



ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Edição Comemorativa

Rio de Janeiro - 2015

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO



Edição Comemorativa

Rio de Janeiro - 2015

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Lorena Andrade de Tavares
Revisão Ortográfica

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Editoração Eletrônica

*A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
Acompanham esta publicação 02 DVDs com a memória do Congresso 25 Anos de
Vigência da Constituição da República: Nova Ordem Constitucional, realizado em 14
de outubro de 2013, no auditório da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.*

Pede-se permuta
On demande l'échange
We ask for exchange

Redação e Administração

Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080,
telefones/Fax (0xx21) 2219.3370 e (0xx21) 2219.3371 (Direção), para onde deve ser
dirigida toda correspondência.

www.mprj.mp.br
e-mail: revista@mprj.mp.br

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

Edição Comemorativa / Ministério Público do Estado do Rio
de Janeiro. - Vol. 1, n.1 (jan./jun. 1995)- . - Rio de Janeiro:
Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995 - v. ; 23 cm

Trimestral

ISSN 1413-3873

1. Direito - Periódicos. I. Rio de Janeiro (Estado). Ministério
Público.

CDD 340.05
CDU 34(05)



REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Edição Comemorativa

ISSN 1413-3873

**Procuradoria-Geral de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro**

Marfan Martins Vieira
Procurador-Geral de Justiça

José Eduardo Ciotola Gussem
Subprocurador-Geral de Justiça de Administração

Ertulei Laureano Matos
*Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos
Institucionais e Judiciais em exercício*

Eduardo da Silva Lima Neto
Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

Ertulei Laureano Matos
*Subprocurador-Geral de Justiça
de Direitos Humanos e Terceiro Setor*

Dimitrius Viveiros Gonçalves
Secretário-Geral do Ministério Público

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral do Ministério Público

Dennis Aceti Brasil Ferreira
Subcorregedor-Geral

Márcia Álvares Pires Rodrigues
Subcorregedora-Geral

**Órgão Especial do Colégio de
Procuradores de Justiça**

Marfan Martins Vieira
Presidente

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral

Membros natos

Carlos Antonio da Silva Navega
Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Dalva Pieri Nunes
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho
Fernando Chaves da Costa
Ertulei Laureano Matos
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Márcio Klang
Sérgio Bastos Vianna de Souza

Membros eleitos

Walberto Fernandes de Lima
Claudia M^a Macedo Perlingeiro dos Santos
Márcia Álvares Pires Rodrigues
Marcelo Daltro Leite
Dirce Ribeiro de Abreu
Kátia Aguiar Marques Selles Porto
Patrícia Silveira da Rosa
Maria Luiza De Lamare São Paulo
Joel Tovil
Sumaya Therezinha Helayel

Conselho Superior do Ministério Público

Marfan Martins Vieira
Presidente

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Antonio Carlos da Graça de Mesquita
Rogério Carlos Scantamburlo
Marlon Oberst Cordovil
Alexandre Viana Schott

Pelos Promotores de Justiça

Alexandre Araripe Marinho
Anna Maria Di Masi
Cristina Medeiros da Fonseca
Cláudio Henrique da Cruz Viana

**Associação do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

**Caixa de Assistência do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

Arthur Pontes Teixeira
Diretor-Presidente

**Fundação Escola Superior do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

Karine Susan Oliveira Gomes de Cuesta
Diretora-Presidenta

**Centro dos Procuradores de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro**

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidenta

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Presidente

Editorial

Toda e qualquer sociedade possui uma identidade, moldada com o passar do tempo e que apresenta inúmeras vicissitudes no curso de sua evolução. Essa identidade é facilmente condensada no conceito de cultura. É justamente esse *acquis* social, que forma um processo contínuo e inacabado, o responsável por estabelecer um liame entre a geração passada e a atual e entre esta e a vindoura. A cultura é um amálgama que une gerações e permite a sua interpenetração e continuidade.

A cultura é multidimensional, absorvendo desde os mais mezinhos aspectos da vida diária até as complexas fórmulas da física quântica. Tanto o letrado como o iletrado, cada qual ao seu modo, a possuem. As relações entre sociedade e cultura se interpenetram de tal modo que é impossível conceber uma desacompanhada da outra. Todo e qualquer produto da sociedade influencia e é influenciado por esse processo cultural, que alcança, por óbvias razões, as estruturas estatais de poder, dentre as quais se inclui o Ministério Público.

Em razão de sua própria *ratio essendi*, tratando-se de Instituição constitucionalmente vocacionada à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, é grande a influência que o Ministério Público, a um só tempo, recebe da sociedade, destinatária última de sua atuação, e exerce sobre ela.

A influência que a cultura, enquanto força exógena, exerce sobre o Ministério Público, não afasta a necessidade de a própria Instituição atuar como elemento de propulsão de uma cultura institucional, inicialmente endógena e que termina por espalhar-se sobre a sociedade e as demais estruturas estatais de poder. Com os olhos voltados ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, temos um instrumento particularmente valioso, que é a nossa Revista de Direito. Trata-se de publicação tradicionalíssima e de indiscutível valor científico.

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro tem contribuído, nas últimas cinco décadas, para a formação e a disseminação de uma cultura institucional. Nela são encontrados trabalhos de renomados juristas, nacionais e internacionais, e de jovens promessas, as quais o tempo se encarregou de sedimentar o valor, alçando-as aos mais relevantes cargos de nossa República.

Com o objetivo de resgatar um passado ainda atual e auxiliar na construção de um futuro mais que presente, resolvemos organizar uma edição comemorativa, que alcança as três fases da Revista, principiando pela Guanabara, conforme breve nota histórica que apresentamos a seguir. Para tanto, em pouco menos de dois anos, analisamos todo o acervo da Revista, selecionamos os textos a serem publicados, procedemos à digitação da grande maioria, concluímos o processo de editoração e realizamos uma ampla revisão. O resultado desse trabalho, que somente se tornou possível graças ao empenho de uma equipe mais que comprometida, é o volume que ora oferecemos ao público, composto de mais de 2000 páginas e que veicula 171 artigos de elevada importância científica. O critério de escolha dos textos, é importante frisar, não se baseou no maior valor dos escolhidos em detrimento dos preteridos, mas, sim, na diversidade das matérias versadas. Nossa vontade seria publicar todos os artigos, o que somente não se tornou realidade em razão da absoluta inviabilidade material da empreitada. Para remediar esse estado de coisas, inserimos, no final da obra, a relação de todos os autores que já honraram a Revista com os seus textos. Esta edição comemorativa é dedicada justamente a eles.

Aproveitamos, ainda, a oportunidade para prestar uma homenagem à Constituição de 1988, mediante a distribuição, em anexo a este livro, da memória do Congresso *25 Anos de Vigência da Constituição da República: Nova Ordem Constitucional*, realizado em 14 de outubro de 2013, no auditório da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Emerson Garcia
Diretor da Revista de Direito

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor da Revista de Direito



REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Cinco Décadas Promovendo o Conhecimento Jurídico

48 | 1967
anos | Primeira Fase
Publicados 20 números

40 | 1975
anos | Segunda Fase
Publicados 32 números

20 | 1995
anos | Terceira Fase
Publicados 54 números

Revista do Ministério Público Cinco Décadas Promovendo o Conhecimento Jurídico

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro é uma publicação científica, voltada à difusão do conhecimento jurídico. Foi instituída por meio do Decreto “E” nº 1.174, de 02 de agosto de 1966, do então Governador do Estado da Guanabara, Francisco Negrão Lima. À época, a Procuradoria-Geral de Justiça do então Ministério Público do Estado da Guanabara era chefiada por Arnoldo Wald. Na primeira fase da Revista, que abrange o período de 1967 a 1974, sucederam-se em sua direção Paulo Dourado de Gusmão, Clóvis Paulo da Rocha e Simão Isaac Benjô.

No primeiro número publicado, um editorial inaugural apresentava o objetivo do periódico: acolher “trabalhos sobre todos os temas jurídicos”, a fim de “servir de fonte de consulta aos membros do Ministério Público, cuja ação, em nossa época, se faz sentir em todos os campos do Direito”, uma vez que a Instituição é “chamada a se pronunciar sobre questões de direito público e de direito privado”. Por esse motivo, optou-se pelo designativo “Revista de Direito”. Sua edição seria relevante “não só aos membros do Ministério Público, como, também, aos do Poder Judiciário e aos advogados”. Para cumprir essas metas, o Decreto “E” nº 1.174, que dispôs sobre o início do funcionamento da Revista, especificou que a publicação seria limitada a, no máximo, quatro edições ao ano. Foi prevista, ainda, a circulação “em todo território nacional, com distribuição gratuita aos tribunais, estabelecimentos de ensino superior, bibliotecas públicas e, especialmente, aos órgãos do Estado da Guanabara”.

Em sua primeira configuração editorial, que foi reproduzida de forma muito similar durante toda a história do periódico, apresentavam-se as seguintes seções: (1) *Doutrina*, que trazia artigos sobre temas relevantes de ciência jurídica; (2) *Pareceres*, com importantes manifestações processuais dos membros da Instituição; (3) *Jurisprudência Cível e Jurisprudência Criminal*, com a reprodução de relevantes acórdãos exarados pelos principais tribunais do país, em matéria cível e criminal; (4) *Notas*, em que se veiculavam atos normativos, além de discursos e questões de provas de concurso para acesso à carreira do Ministério Público; (5) *Bibliografia*, com a compilação de publicações sobre determinados temas jurídicos; (6) *Revista em revista*, que apresentava os sumários de notórios periódicos da área jurídica, nacionais e internacionais; e (7) *Legislação*, com a reprodução dos principais atos normativos editados no período abrangido pela publicação. Ao final, dispunham-se os índices de autores e de assuntos.

Apesar de o formato estabelecido no primeiro número ter norteado a estruturação dos subsequentes, foi natural que alterações fossem promovidas com o passar dos anos. Em 1969, na Revista de nº 7, foi inserida a seção *Atualidades*, na qual se apresentavam textos versando sobre assuntos contemporâneos, como comentários sobre novas leis, notícias jornalísticas e fatos da realidade, além de discursos de posse e, até, crônicas e memórias de membros aposentados. Essa seção, na Revista nº 10, de 1970, ganharia o nome de *Estudos e Atualidades*, a fim de abranger mais o aspecto científico que o meramente informativo.

O primeiro Diretor, Paulo Dourado Gusmão, possuía ampla capacidade de conciliar a atividade intelectual com o desempenho das funções institucionais. Sob sua gestão, foram publicadas, quadrimestralmente, 14 revistas, entre os anos de 1967 e 1971, tendo sido exonerado, a pedido, em maio de 1972. Três anos depois, Dourado Gusmão seria nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde encerraria sua carreira jurídica.

Com a saída de Dourado Gusmão, o próprio Procurador-Geral de Justiça, Clóvis Paulo da Rocha, assumiu a coordenação dos trabalhos editoriais. De maio a dezembro de 1972, Paulo da Rocha publicaria dois números da Revista, 15 e 16, tendo a tiragem do periódico sido elevada, em sua gestão, a 5 mil exemplares.

A primeira edição sob a chefia do Procurador-Geral contaria com uma mensagem do Governador do Estado da Guanabara, Chagas Freitas, em virtude da comemoração, naquele ano, dos 150 anos da Independência do Brasil. Também foi acompanhada de separata (organizada por Paulo Dourado Gusmão), com o índice geral do conteúdo dos 14 periódicos anteriores, editados desde a fundação da Revista. Na última publicação daquele ano, a de nº 16, a Revista reproduziu, em sua página de abertura, o discurso proferido pelo Presidente da República, o General Médici, por ocasião do IV Congresso Interamericano do Ministério Público, realizado na Cidade de Brasília, de 22 a 25 de maio de 1972. O General Médici abriu os trabalhos do Congresso, sem deixar de destacar o encargo do Ministério Público “de zelar pela ordem e pelo cumprimento da lei”.

Na mesma publicação de nº 16, foi introduzida uma inovação editorial. Em decorrência da inspiradora publicação de um relato acerca da vida e da obra do jurista Pontes de Miranda na Revista de nº 15, foi criada a seção *Biografias*. Nesta, apresentavam-se a vida e a obra de grandes nomes do pensamento jurídico brasileiro e internacional. Abrindo a série, Simão Isaac Benjó discorreu sobre Roberto Lyra, cuja inestimável importância para a sociedade lhe valera a alcunha de Príncipe dos Promotores.

Ao deixar a Procuradoria-Geral em dezembro de 1972, Clóvis Paulo desvinculou-se, também, de suas atribuições no comando da Revista. Posteriormente, assim como Dourado Gusmão, Clóvis Paulo da Rocha foi nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Anos depois, a biblioteca institucional do Ministério Público seria batizada com seu nome.

No ano de 1973, o Promotor de Justiça Simão Isaac Benjó ascendeu à coordenação da Revista. Natural de Parintins, no centro da Amazônia, o prestigiado professor de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá destacar-se-ia como primoroso examinador da mesma matéria no primeiro concurso, após a fusão, para ingresso na carreira do Ministério Público do Rio de Janeiro.

De 1973 a 1974, Simão Isaac Benjó editou, semestralmente, os últimos 4 números da Primeira Fase da Revista (17, 18, 19 e 20). Nas duas primeiras publicações, foi mantido o mesmo formato editorial, instituindo, na terceira, uma pequena modificação. Na Revista nº 19, a seção *Estudos e Atualidades* foi dividida em duas. Os estudos publicados sobre acontecimentos jurídicos contemporâneos foram ganhando tamanha importância que se fez necessário separá-los das notícias relativas aos eventos institucionais.

Após a unificação do Estado da Guanabara com o Estado do Rio de Janeiro, a Revista passou a integrar o *Parquet* do novo Estado, inaugurando-se sua Segunda Fase. A edição inaugural contou com um artigo do primeiro Procurador-Geral de Justiça do novo Estado, Raphael Cirigliano. Nesse estudo, foram comentados aspectos do Decreto-Lei nº 11, de 15 março de 1975, que determinou a unificação das duas unidades federativas.

Durante a Segunda Fase da Revista, que se estendeu de 1975 a 1995, foram publicados, semestralmente, 32 periódicos. Nesses 16 anos, diversos membros da

instituição ocuparam a direção do órgão. Foram eles, em sequência cronológica: Simão Isaac Benjó, Sergio Demoro Hamilton (por duas vezes), Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Valneide Serrão Vieira, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea e Fernando Fernandy Fernandes.

A nova fase da publicação teve um aspecto de continuidade. O último diretor da Primeira Fase, Simão Isaac Benjó, voltou à coordenação do órgão durante a publicação de seus primeiros seis números. Nestes, o formato editorial consagrado durante todo o período anterior foi mantido.

Benjó continuaria à frente do periódico de março de 1975 a abril de 1978. Após a publicação de 10 edições, ele deixaria o cargo para ser substituído, no mesmo ano, por outro notório professor, Sergio Demoro Hamilton, que também desempenhou importante função nas bancas dos concursos de acesso à carreira.

Na Revista nº 7, a primeira publicada sob a coordenação de Demoro, foi incluída a *Lista de Antiguidade dos Membros do Ministério Público* e a *Lista de Antiguidade dos Membros da Assistência Judiciária* (nome dado à Defensoria Pública, quando esta ainda se encontrava subordinada à Procuradoria-Geral). Em 1981, a última deixou de ser publicada, isso em virtude da definitiva desvinculação da Defensoria Pública da estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça. Do nº 14 em diante, passou a ser publicada somente a lista do *Parquet*.

Sergio Demoro permaneceria no cargo de abril de 1978 a novembro de 1982. Após dois meses de afastamento, em janeiro de 1983, ele reassumiria a Direção, ali permanecendo por apenas mais dois meses. Durante esse período, como Diretor, publicou 9 revistas.

No interregno entre as gestões de Sergio Demoro, ocupou a chefia do periódico o Promotor de Justiça Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Suas gestões foram divididas em dois períodos de dois meses cada, o primeiro de novembro a dezembro de 1982 e o segundo de março a abril de 1983.

Com a saída de Sergio Demoro no ano de 1983, Valneide Serrão Vieira foi nomeado Diretor da publicação. Era reconhecido, na Instituição, por ter presidido, entre 1978 e 1980, a Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Em sua também curta gestão, de abril de 1983 a setembro de 1984, foram publicados 3 números, do 17 ao 19.

Em 1984, Serrão Vieira foi substituído por Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, que também desempenhou importante papel nas bancas examinadoras do concurso para ingresso na Instituição. Foi responsável pela publicação de 13 números da Revista, entre outubro de 1984 e janeiro de 1993. Durante sua gestão, a partir do ano de 1988, a *Lista de Antiguidade* parou de ser publicada.

No decorrer dos anos de 1993 e de 1994, a direção do periódico foi exercida por Fernando Fernandy Fernandes, que, no período, acumulou o cargo de Diretor da Revista com o de Secretário-Geral do Ministério Público. Em sua gestão, não foram publicadas novas edições. Alguns anos depois, ele seria nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Em 1995, iniciar-se-ia a Terceira Fase da Revista, sob a coordenação de Sergio Demoro Hamilton, que assumiu a chefia do órgão pela terceira vez. Inaugurava-se um momento áureo na história da publicação. Na Resolução nº 698, de 24 de abril de 1996, o Procurador-Geral de Justiça Hamilton Carvalhido ressaltou a “necessidade

da existência de um órgão cultural do Ministério Público, sob a forma de publicação periódica”, o qual realizaria a importante função de “divulgação dos trabalhos de doutrina, pareceres e razões dos membros do Ministério Público”. Destacou, ainda, a “conveniência da publicação de estudos doutrinários emanados de juristas de notório saber jurídico, ainda que estranhos ao *Parquet*, mas que se disponham a prestar sua colaboração, sem qualquer ônus para a Instituição”. Por fim, observou que a publicação do periódico institucional manteria “vivo e atualizado o pensamento jurídico dos membros da Instituição”.

Após reiterar a importância de manter-se “uma publicação de alto nível cultural, onde, em suas páginas, desfilaram nomes da maior expressão do mundo jurídico”, Carvalhido explicou, também, a razão da mudança de nome. De Revista de Direito a publicação passou a ser chamada de Revista do Ministério Público, o que a imbuíu de acentuado cunho institucional.

As primeiras revistas dessa Terceira Fase, seguindo a fórmula já consagrada nas anteriores, com pequenas alterações, foram editadas com periodicidade semestral e tiveram o conteúdo dividido nas seguintes seções: *Doutrina, Pareceres e Razões, Jurisprudência, Noticiário, Lista de Antiguidade dos Membros do Ministério Público e Índices de Autores e de Assuntos*. Quando alcançou o sexto número, Sergio Demoro restabeleceu a seção *Biografias*, que não vinha sendo publicada desde a Revista nº18, da Segunda Fase, e inovou, criando a seção *Perfil*, em cuja inauguração foi publicado artigo sobre o centenário do notório Procurador-Geral André de Faria Pereira. A primeira dessas seções destinava-se a apresentar nomes importantes do pensamento jurídico-filosófico em toda a história do Direito ocidental. A segunda direcionava sua atenção à vida e à obra de membros da instituição.

No terceiro número da revista, de 1996, iniciou-se a publicação, na seção *Jurisprudência*, dividida em cível e criminal, das mais relevantes decisões do Superior Tribunal de Justiça. No periódico número 5, do ano seguinte, foram apresentadas, também, as decisões do Supremo Tribunal Federal. Embora já fossem publicadas jurisprudências selecionadas, a partir de 1997, passaram a ser reproduzidas apenas as decisões dos dois mais importantes Tribunais do País. Na revista de nº 7, seria feita mais uma inovação, com a criação da seção *Memória do Ministério Público*, a qual se destinaria à publicação de fotos e de documentos de eventos históricos da Instituição.

No ano seguinte, por meio da Portaria nº 1, de 26 de outubro, a Revista do Superior Tribunal de Justiça deferiria o pedido da Revista do Ministério Público para ser registrada como seu repositório autorizado de jurisprudência. Em 16 de abril de 1999, foi publicada, no Diário Oficial, a inscrição da Revista também como repositório autorizado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A partir da edição de nº 9, do mesmo ano, publicou-se, também, uma subseção de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a qual, após a Revista de nº 11, passou a ser eventual. Posteriormente, a mesma subseção esteve presente nas publicações de nº 13, 16, 17, 20, 22, 23 e 24.

Nas revistas seguintes, mais especificamente nos nºs 10, de 1999, e 12, de 2000, as inovações continuaram. Na primeira, foi criada a seção *Jurisprudência Comentada* e, na segunda, a seção *Relíquias do Júri*, na qual seriam apresentados relatos sobre a atuação de membros do Ministério Público do Rio de Janeiro no Tribunal do Júri. A publicação de nº 12 contou, também, com a edição das primeiras dez Revistas em CD-ROM.

Quando foi editado o periódico de nº 16, em 2002, além da *Lista de Antiguidade dos Membros*, foram igualmente apresentadas a *Lista dos Membros Inativos* e a *Relação de Integrantes do Superior Tribunal de Justiça* e do *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro egressos do Ministério Público Fluminense*. Desse momento em diante, a Revista manteria a mesma estrutura editorial, com todas as referidas inovações, até o nº 46.

Em 03 de janeiro de 2003, foi editada a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Lei Complementar nº106, a qual, em seu artigo 168, mantém a Revista “como órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, na estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça”. Em seguida, o Procurador-Geral de Justiça, Antônio Vicente da Costa Júnior, por meio da Resolução nº 1120, de 17 de janeiro, ao disciplinar a estrutura orgânica da Procuradoria-Geral de Justiça, atribuiu, no artigo 5º, a competência de formular políticas e projetos de natureza institucional, administrativa e cultural à Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento. Segundo a Resolução, entre os órgãos dessa Subprocuradoria, a Revista ficava incumbida da “divulgação de trabalhos de doutrina, estudos e pareceres de membros do Ministério Público e juristas de notório saber, com o objetivo de manter vivo e atualizado o pensamento jurídico dos integrantes da Instituição”. A Resolução nº 1120 consolidou a função institucional do órgão, uma vez que confirmou a disposição da Resolução nº 698, de 1996, acerca da identidade do periódico. Em 2005, o Procurador-Geral de Justiça Marfan Martins Vieira reproduziu a fórmula da Resolução anterior na Resolução nº 1280, de 17 de janeiro de 2005. Com a Resolução nº 1796, de 17 de janeiro de 2013, a Revista do Ministério Público passou a ser subordinada diretamente ao Procurador-Geral de Justiça.

A terceira gestão de Sergio Demoro encerrou-se em novembro 2007, totalizando doze anos e 25 números publicados. Após ele, seguindo a tradição de diretores com renomada prática no magistério e ampla produção de conhecimento jurídico, foi nomeado, em novembro de 2007, o Procurador de Justiça José Maria Leoni Lopes de Oliveira. Publicou 5 números, permanecendo no cargo até janeiro de 2009, quando Sergio Demoro retornou à Diretoria da publicação, que, desde janeiro de 2008, passara a ser trimestral, requisito para que mantivesse o *status* de repositório autorizado do Superior Tribunal de Justiça.

Sergio Demoro encerraria, em 2013, sua longa gestão à frente do periódico, passando ao cargo de Diretor Honorário, pequena homenagem à sua imensa contribuição para a evolução da cultura institucional. Na Terceira Fase da Revista, ele publicara 41 números, sendo responsável pela estruturação e consolidação da Revista do Ministério Público como referência para o pensamento jurídico institucional.

Para dar continuidade aos trabalhos editoriais, foi escolhido como Diretor da Revista Emerson Garcia, Promotor de Justiça e professor, com experiência editorial nacional e internacional e diversas participações em bancas examinadoras de concursos públicos. Emerson assumiu a direção do periódico em janeiro de 2013, quando publicou a Revista nº 47 da Terceira Fase, na qual a seção *Noticiário* passou a publicar somente informações de extremo valor histórico-institucional, o que decorreu da constatação de que assuntos destituídos de importância cultural poderiam ser facilmente localizados no sistema informatizado da Instituição.

A Revista também passou a contar com um Vice-Diretor, o Promotor de Justiça Robson Renauld Godinho, emérito processualista, também com intensa participação nas bancas examinadoras dos concursos de acesso à carreira.

Atualmente, prioriza-se o aspecto científico da Revista, ampliando-lhe a visibilidade com a publicação de textos de autores com elevada projeção acadêmica. A gestão atual busca realizar um desejo antigo, presente nas Resoluções e Mensagens dos Procuradores-Gerais acerca do periódico: expandir seu alcance para além do âmbito institucional. Torná-la uma referência no mundo acadêmico. Nesse sentido, o projeto editorial atual visa à elevação da categoria científica da publicação e à ampla distribuição das edições, de modo a alcançar o maior número possível de instituições de ensino superior. Ademais, foram disponibilizadas assinaturas da Revista aos servidores da Instituição, também fruto do projeto de democratização do conhecimento.

Entre as modificações realizadas, a seção *Doutrina* ganhou maior destaque; foi criada a seção *Peças Processuais*, a qual se dividiu em *Ações*, *Pareceres*, *Consulta e Promoção Ministerial*. Na Revista de número 47, foi apresentada a seção *Resenha*. Na de número 48, foi instituída a seção *Observatório Jurídico*, na qual são apresentados pequenos textos de juristas renomados acerca da realidade nacional e internacional. A tradicional seção *Jurisprudência* continua apresentando acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. A publicação passou ainda a contar com um Índice Alfabético-Remissivo a partir da Revista nº 50. Com o nº 55, correspondente ao primeiro trimestre de 2015, a Revista passou pela mais ampla reformulação desde a sua criação, sendo alterado seu formato editorial, com o objetivo de modernizá-la e tornar a leitura mais agradável. No plano do conteúdo, passou a contar com a seção de *Jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos*, isso com o objetivo de estimular uma visão sinérgica do direito interno e do direito internacional em matéria de direitos humanos.

Durante a Terceira Fase da Revista, até o início de 2015, foram publicadas 54 Revistas do Ministério Público. Totalizando as três fases, editaram-se 106 periódicos.

No início de 2015, é distribuída aos assinantes a presente Edição Comemorativa, contemplando os 48 anos da Primeira Fase da Revista, os 40 da Segunda e os 20 da Terceira. Essa edição conta com cerca de 2000 páginas, congregando uma pequena amostra das centenas de artigos jurídicos publicados desde o surgimento da Revista.

**REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DIRETORES
(1967-2015)**

**Primeira Fase
(1967-1975)
20 Periódicos**

Paulo Dourado Gusmão (1967 - 1972)
Volumes 01 a 14

Clóvis Paulo da Rocha (1972)
Volumes 15 e 16

Simão Isaac Benjó (1973-1975)
Volumes 17 a 20

**Segunda Fase
(1975-1995)
32 Periódicos**

Simão Isaac Benjó (1975-1978)
Volumes 1 a 6

Sergio Demoro Hamilton (1978-1982)
Volumes 7 a 15

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (1982)
Volume 16

Sergio Demoro Hamilton (1983)

Valneide Serrão Vieira (1983-1984)
Volumes 17 a 19

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea (1984-1993)
Volumes 20 a 32

Fernando Fernandy Fernandes (1993-1995)

**Terceira Fase
(1995-2015)
54 Periódicos**

Sergio Demoro Hamilton (1995-2007)
Volumes 1 a 25

José Maria Leoni Lopes de Oliveira (2007-2009)
Volumes 26 a 30

Sergio Demoro Hamilton (2009-2013)
Volumes 31 a 46

Emerson Garcia (2013-2015)
Volumes 47 a 54

SUMÁRIO

Direito Constitucional

As Origens da Liminar em <i>Habeas Corpus</i> no Direito Brasileiro <i>Arnoldo Wald</i>	3
Estado Federal Brasileiro: Estado Terminal? <i>Bruno Ferolla</i>	9
Jurisdição Constitucional: a Atualidade do Caso <i>Marbury Vs Madison</i> e a Inconstitucionalidade da Lei 10.628/02 <i>Carlos Roberto de Castro Jatahy</i>	17
O Princípio da Isonomia e as Classificações Legislativas <i>Carlos Roberto de Siqueira Castro</i>	27
Ainda sobre o Efeito Vinculante <i>Ellen Gracie Northfleet</i>	47
Dignidade da Pessoa Humana: Referenciais Metodológicos e Regime Jurídico <i>Emerson Garcia</i>	49
Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade <i>Fábio Konder Comparato</i>	71
Réquiem para uma Constituição <i>Fábio Konder Comparato</i>	83
Ministério Público Federal e Competência da Justiça Federal <i>Fredie Didier Jr.</i>	91
A Tutela Constitucional dos Interesses Difusos <i>Gianpaolo Poggio Smanio</i>	95
Código de Processo Constitucional: é Necessária a Codificação do Direito Processual Constitucional Brasileiro? <i>Guilherme Peña de Moraes</i>	105
Mandado de Segurança: a Comprovação dos Fatos como Pressuposto Específico de Admissibilidade do <i>Writ</i> <i>Helcio Alves de Assumpção</i>	109
O Mandado de Injunção <i>Hélio Tornaghi</i>	119
Art. 127 da Constituição Federal - Inadequada Interpretação? <i>Heloisa Maria Daltro Leite</i>	133

Da Norma Anti-elisão <i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	141
Idéia e Realidade do Estado. O Elemento Humano na Formação do Estado <i>João José de Queiroz</i>	149
A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana <i>Jorge Miranda</i>	155
O Ser das Regras, das Normas e dos Princípios Constitucionais <i>José Afonso da Silva</i>	165
A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas <i>José Carlos Barbosa Moreira</i>	175
A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o Ideário Liberal-individualista Clássico <i>Lenio Luiz Streck</i>	187
Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional <i>Luís Roberto Barroso</i>	207
A Função Social da Propriedade e a Justiça Social <i>Luiz Fux</i>	221
Direito Constitucional Comporta “Princípios Gerais”? <i>Nelson N. Saldanha</i>	227
O Manejo da Medida Cautelar e a Busca do Efeito Suspensivo a Recursos Constitucionais <i>Nilo Augusto Francisco Suassuna</i>	231
O Poder Executivo no Estado Moderno <i>Themístocles Cavalcânti</i>	239

Direito Administrativo

Substituição Processual e Relação de Direito Administrativo <i>Alcino Pinto Falcão</i>	257
O Conflito de Atribuições (CA), a Ação Civil Pública (ACP) e o Controle Constitucional das Políticas Públicas <i>Arnoldo Wald</i>	263
O Contrôlo da Administração e a Nova Constituição do Brasil <i>Caio Tácito</i>	269
Improbidade é Sinônimo de Desonestidade? <i>Emerson Garcia</i>	275

O Poder de Polícia, o Desenvolvimento e a Segurança Nacional <i>Francisco Mauro Dias</i>	283
Princípios Informativos do Direito Administrativo <i>José Cretella Júnior</i>	305
O Motivo no Ato Administrativo <i>José dos Santos Carvalho Filho</i>	315
O Devido Processo Legal e a Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente do Planejamento <i>Lúcia Valle Figueiredo</i>	325
Da Impossibilidade de Delegação das Atividades de Trânsito a Particulares <i>Luciano Oliveira Mattos de Souza</i>	345
Desapropriação <i>Luiz Fabião Guasque</i>	351
Zona de Luminosidade dos Agentes Públicos <i>Rogério Pacheco Alves</i>	361
Ninguém Pode Fazer Justiça por Si Mesmo: o Princípio e seus Limites no Direito Administrativo Brasileiro <i>Sergio de Andréa Ferreira</i>	377

Direito Tributário

Decadência: Contagem do Prazo no Caso de Lançamento por Homologação <i>Antônio de Pádua Ribeiro</i>	407
Processo Tributário Referente às Áreas de Direito Tributário e Direito Processual Civil <i>Arruda Alvim</i>	417
O Sistema Tributário na Constituição de 1988 <i>Hugo de Brito Machado</i>	437
Incidência do IPTU sobre Bens da União em Posse de Entidades não Imunes <i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	451

Direito Eleitoral

O Abuso de Poder no Procedimento Eletivo <i>Emerson Garcia</i>	469
A Condenação Criminal Transitada em Julgado e seus Reflexos no Direito Eleitoral <i>Marcos Ramayana</i>	499

Direito Ambiental

Da Educação Ambiental Moderna e da Destinação de Multa Compensatória Extrajudicial em Favor de Projetos de Conscientização Comunitária <i>José Marinho Paulo Junior</i>	523
--	-----

Direito Internacional

O Direito Internacional e a Lei da Socialidade <i>Giorgio Del Vecchio</i>	537
Pirataria Aérea, Nôvo Delito Internacional <i>Haroldo Valladão</i>	541
A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais - Situação Atual no Brasil e no Mercosul <i>Nadia de Araújo</i>	549

Direito Institucional

O Ministério Público e o Controle da Atividade Policial <i>Afrânio Silva Jardim</i>	559
O Ministério Público no Segundo Grau de Jurisdição <i>Carlos Octávio da Veiga Lima</i>	567
Perspectivas do Ministério Público <i>Clóvis Paulo da Rocha</i>	573
O Ministério Público como Órgão Agente e como Órgão Interveniente no Processo Civil <i>Clóvis Paulo da Rocha</i>	581
O Ministério Público tem Direito ao Contraditório em <i>Habeas Corpus</i> <i>Eduardo Sens dos Santos</i>	591
Exercício de Funções Eleitorais, pelos Promotores de Justiça, perante os Juízes e Juntas Eleitorais. Poder de Designação do Ministério Público Estadual <i>Emerson Garcia</i>	599
O Conselho Nacional do Ministério Público e a Semântica do “Controle” <i>Emerson Garcia</i>	609
O Poder Discricionário do Ministério Público na Avaliação dos Interesses Indisponíveis <i>Heloisa Helena Barboza</i>	625
Modernização da Segunda Instância do Ministério Público <i>Hugo Nigro Mazzilli</i>	635

A Pessoa Idosa e o Ministério Público <i>Hugo Nigro Mazzilli</i>	647
Histórico dos Congressos Interamericanos do Ministério Público <i>J.A. César Salgado</i>	651
O Controle da Polícia pelo Ministério Público <i>Versus</i> Domínio Policial da Investigação na Europa, especialmente na Alemanha <i>Kai Ambos</i>	659
A Concepção Cênica da Sala de Audiência e o Problema dos Paradoxos <i>Lenio Luiz Streck</i>	677
Ministério Público e as Entidade Filantrópicas: Novas Atribuições <i>Lincoln Antônio de Castro</i>	691
Ministério Público, <i>Ombudsman</i> e Ouvidor na Fiscalização dos Serviços Públicos <i>Márcio Souza Guimarães</i>	697
Da Tutela Preventiva dos Direitos Difusos pelo Ministério Público <i>Paulo Cezar Pinheiro Carneiro</i>	713
A Tecnologia e o Ministério Público Brasileiro. Admirável Mundo Novo. <i>Pedro Borges Mourão Sá Tavares de Oliveira</i>	723
O Inquérito Civil dos 150 Anos da Primeira Ferrovia do Brasil <i>Pedro Elias Erthal Sanglard</i>	729
Trechos de Acusações e Arrazoados <i>Roberto Lyra</i>	737
Ministério Público como Assistente Simples: o Interesse Institucional como Expressão do Interesse Jurídico <i>Robson Renault Godinho</i>	743
Escolha e Exoneração do Procurador-Geral da República em Portugal e Possíveis Repercussões no Exercício da Investigação Criminal <i>Rodrigo da Silva Brandalise</i>	767
Apontamentos sobre o Conflito de Atribuições <i>Sergio Demoro Hamilton</i>	797
A Quebra do Sigilo Bancário por Ato do Ministério Público Estadual <i>Walberto Fernandes de Lima</i>	803

Direito da Criança e do Adolescente

Da Possibilidade de Participação do Psicólogo na Inquirição de Crianças <i>Beatrice Marinho Paulo</i>	821
--	-----

Em Defesa do Superior Interesse da Criança como Princípio Constitucional e sua Interpretação pelas Cortes Superiores no Brasil nas Demandas de Relações Parento-filiais <i>Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel</i>	829
A Importância de Um Olhar Diferenciado para a Questão do Abuso Sexual Intrafamiliar <i>Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos</i>	859
As Portarias Expedidas pela Autoridade Judiciária com Base no Art. 149 do ECA e os Novos Paradigmas que Regem o Direito da Criança e do Adolescente <i>Rosa Carneiro</i>	863

Direito Empresarial

A Introdução “Leasing” no Brasil <i>Arnoldo Wald</i>	885
A Responsabilidade dos Administradores das Sociedades por Ações <i>Fábio Ullhôa Coelho</i>	893
Ligeiras Explicações sobre a Alienação Fiduciária <i>J.C. Sampaio de Lacerda</i>	913
A Teoria de Despersonalização: Aspectos Materiais e Processuais <i>Jorge de Miranda Magalhães</i>	919
Princípios de Governança Corporativa <i>Jorge Lobo</i>	933
A Sociedade Empresária como Fornecedora e o Código de Defesa do Consumidor <i>Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho</i>	949
A Crise do Direito Falimentar Brasileiro. Reforma da Lei de Falências <i>Rubens Requião</i>	959

Direito Civil

A Sucessão na União Estável <i>Ana Paula Ribeiro Rocha de Oliveira</i>	971
A Empresa no Código Civil <i>Arnoldo Wald</i>	977
Divórcio Consensual e Litigioso <i>Caio Mário da Silva Pereira</i>	983
A Lei Italiana sobre a Dissolução do Casamento Civil ou Cessação dos Efeitos Cíveis do Casamento Religioso <i>Eugenio de Vasconcelos Sigaud Giuseppe Cassará</i>	993

Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas <i>Gustavo Tepedino</i>	1005
Inegociabilidade da Matéria Orgânica. Transplante de Órgãos ou Partes do Corpo <i>Luiz Roldão de Freitas Gomes</i>	1017
Napoleão e o Código Civil <i>Oscar Tenório</i>	1039
Contribuição à Crítica das Concepções Jurídicas do Estado <i>Paulo Braga Galvão</i>	1049
A Natureza Jurídica das Obrigações Solidárias <i>Regis Fichtner Pereira</i>	1057
O Afeto e a Dignidade como Centro do Direito de Família: a Inconstitucionalidade da Discussão da Culpa na Separação Judicial e a Nova Parentalidade à Luz do Código Civil <i>Rosana Barbosa Cipriano Simão</i>	1065

Direito Processual Civil

Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo <i>Fredie Didier Jr.</i>	1081
Recurso Extraordinário: Requisitos Constitucionais de Admissibilidade <i>Helcio Alves de Assumpção</i>	1091
Notas Sobre o Litisconsórcio Necessário no Direito Brasileiro e no Alemão <i>José Carlos Barbosa Moreira</i>	1123
A Duração dos Processos: Alguns Dados Comparativos <i>José Carlos Barbosa Moreira</i>	1129
Apontamentos para Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária <i>José Carlos Barbosa Moreira</i>	1137
Coisa Julgada e Declaração <i>José Carlos Barbosa Moreira</i>	1149
O Mandado de Segurança e o Recurso de Terceiro Prejudicado <i>Miguel Seabra Fagundes</i>	1157
A Ética e os Personagens do Processo <i>Paulo Cezar Pinheiro Carneiro</i>	1161
A Autonomia das Partes e os Poderes do Juiz entre o Privatismo e o Publicismo do Processo Civil Brasileiro <i>Robson Renault Godinho</i>	1169

O Estado e o Juízo Arbitral <i>Sergio de Andréa Ferreira</i>	1205
As Exceções no Direito Romano <i>Simão Isaac Benjó</i>	1213

Direito Processual Coletivo

Ação Civil Pública: Instrumento para a Implementação de Prestações Estatais Positivas <i>Eduardo Santos Carvalho</i>	1223
Da Legitimidade do Ministério Público para a Defesa dos Contribuintes <i>Emerson Garcia</i>	1245
Algumas Considerações sobre a Lei da Ação Popular <i>Guilherme Magalhães Martins e Humberto Dalla Bernardina de Pinho</i>	1261
Notas sobre o Objeto da Ação Civil Pública <i>Hugo Nigro Mazzilli</i>	1279
A Administração Pública e a Ação Popular <i>José Carlos Barbosa Moreira</i>	1287
A Ação Civil Pública e a Língua Portuguesa <i>José Carlos Barbosa Moreira</i>	1293
A Nova Limitação do Efeito <i>Erga Omnes</i> na Ação Civil Pública <i>José dos Santos Carvalho Filho</i>	1297
Interesses e Direitos Essencialmente e Acidentalmente Coletivos <i>Marcelo Daltro Leite</i>	1303
A Legitimidade no Ministério Público para a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos <i>Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa</i>	1317
A Responsabilidade Coletiva de Torcidas Organizadas <i>Pedro Rubim Borges Fortes</i>	1345
Ação Civil Pública: Competência para a Causa e Repartição de Atribuições entre os Órgãos do Ministério Público <i>Teori Albino Zavascki</i>	1351

Direito Penal

Considerações sobre a Introdução da Medida de Redução Química da Libido no Direito Penal Brasileiro <i>André Guilherme Tavares de Freitas</i>	1363
O Panorama Nacional a Respeito das Penas de Prisão <i>Antonio Vicente da Costa Júnior</i>	1377

A Teoria Normativa do Dolo e a Irrelevância do Êrro de Direito <i>Basileu Ribeiro Filho</i>	1389
Educação Domiciliar Constitui Crime? <i>Damásio de Jesus</i>	1407
O que é a “Teoria da Imputação Objetiva”? <i>Fernando Capez</i>	1411
Falsidade Inócua. O Problema do Prejuízo <i>Fernando da Costa Tourinho Filho</i>	1413
A Luta contra o Crime <i>Giorgio Del Vecchio</i>	1417
O Direito Penal Contemporâneo - Fundamentos <i>João Marcello de Araújo Junior</i>	1423
Antinomias Inconcebíveis entre os Códigos Penais Comum e Militar <i>Jorge Alberto Romeiro</i>	1435
Alguns Aspectos da Estrutura dos Crimes Omissivos <i>Juarez Tavares</i>	1443
A Informação Privilegiada (<i>insider trading</i>) nas Bolsas de Valores e o Estelionato <i>Mário Slerca Jr.</i>	1475
A Teoria da Ação Finalística no Direito Penal <i>Nelson Hungria</i>	1479
Novas Teorias e Diretrizes do Direito Penal <i>Nelson Hungria</i>	1483
Alternativas às Penas Privativas de Liberdade no Código Penal Argentino de 1922 <i>Nilo Batista</i>	1491
A Tentativa no Flagrante Provocado <i>Patrícia Mothé Glioche Béze</i>	1499
O Princípio do Respeito às Autonomias Culturais <i>Raúl Cervini</i>	1509
Literatura Social e Criminalidade <i>Roberto Lyra</i>	1525
Apologia do Direito Penal <i>Roberto Lyra</i>	1535
Introdução ao Estudo do Direito Penal Adjetivo <i>Roberto Lyra</i>	1541

Direito Processual Penal

A Imputação Alternativa no Processo Penal <i>Afrânio Silva Jardim</i>	1551
O Requerimento Abusivo de Medidas Cautelares Típicas e Atípicas no Processo Penal <i>Alexander Araujo de Souza</i>	1565
O Valor Mínimo da Indenização Cível Fixado na Sentença Condenatória Penal: Notas sobre o Novo Art. 387, IV do CPP <i>Antonio do Passo Cabral</i>	1585
Confrontação do Depoimento com Redução de Danos (Abordagem desde uma Perspectiva Criminal) <i>Décio Alonso Gomes</i>	1605
Da Competência pela Prerrogativa de Função <i>Fernando Tourinho Filho</i>	1619
Eficácia da Lei Processual no Tempo <i>Fernando Tourinho Filho</i>	1639
Os Problemas Sexuais Durante a Privação da Liberdade <i>Günter Suttinger</i>	1645
A Motivação da Sentença na Aplicação da Pena <i>Heleno Cláudio Fragoso</i>	1657
Da Revisão Criminal <i>Jacyr Villar de Oliveira</i>	1665
Revisão Criminal: Enobrecimento da Magistratura <i>Jorge Alberto Romeiro</i>	1673
O Processo Penal Norte-americano e sua Influência <i>José Carlos Barbosa Moreira</i>	1679
A Representação e a Lei n. 9.099/95 <i>Julio Fabbrini Mirabete</i>	1689
Problemas Relativos à Interceptação Telefônica <i>Marcellus Polastri Lima</i>	1695
Anotações sobre a Atividade de Inteligência e Investigação Criminal Financeira: o Relatório de Inteligência Financeira do Conselho de Controle de Atividades Financeiras <i>Mateus Picanço de Lemos Pinaud</i>	1705
O Tribunal do Júri nos Estados Unidos <i>Nadia de Araujo e Ricardo R. Almeida</i>	1719

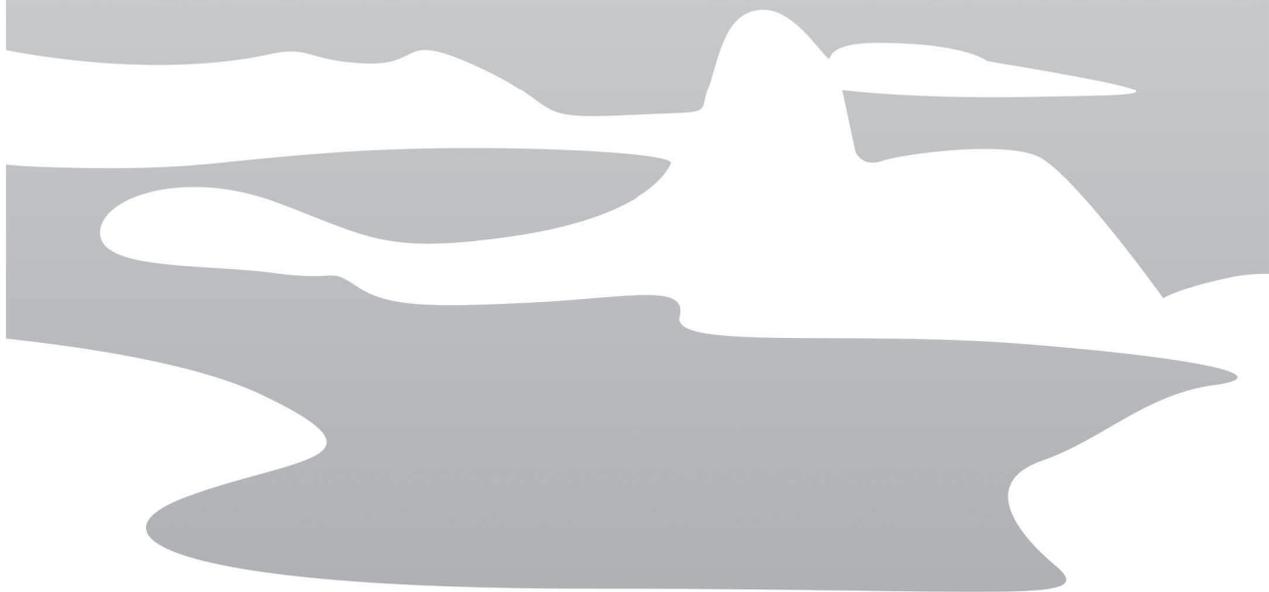
Justa Causa, um Conceito Polêmico <i>Sergio Demoro Hamilton</i>	1735
A Viabilidade no Recurso Adesivo no Processo Penal <i>Sergio Demoro Hamilton</i>	1741
A Técnica do Parecer <i>Sergio Demoro Hamilton</i>	1749
A Técnica da Denúncia <i>Sergio Demoro Hamilton</i>	1765
A Questão do Promotor <i>Ad Hoc</i> <i>Sergio Demoro Hamilton</i>	1789
A Técnica das Alegações Finais <i>Sergio Demoro Hamilton</i>	1799
O Poder de Requisição do Ministério Público e o Princípio da Verdade Real <i>Sergio Demoro Hamilton</i>	1813
O Saneamento no Processo Penal <i>Weber Martins Batista</i>	1821

Teoria Geral do Direito

A Ética como Princípio Fundamental da Justiça Humana à Luz de um Breve Estudo sobre a Ética da Responsabilidade de Emmanuel Lévinas <i>Adolfo Borges Filho</i>	1859
Inseminação Artificial Humana - As Descobertas Científicas e o Direito Brasileiro <i>Arthur de Castilho Neto</i>	1871
As Fontes do Direito Positivo <i>Barna Horvath</i>	1885
A Justiça Carioca de 1500 a 1822 <i>Carlos Sussekind de Mendonça</i>	1895
A Judicialização da Política <i>Cláudio Henrique da Cruz Viana</i>	1911
Clóvis Beviláquia e Contardo Ferrini <i>Clóvis Paulo da Rocha</i>	1927
A “Mudança de Sexo” e suas Implicações Jurídicas: Breves Notas <i>Emerson Garcia</i>	1931
Unidade Fundamental da Ética, sob as Formas da Moral e do Direito <i>Giorgio Del Vecchio</i>	1945

Visão Científica do Ambiente Carcerário <i>João Marcello de Araújo Júnior</i>	1949
A Justiça no Limiar de Novo Século <i>José Carlos Barbosa Moreira</i>	1957
A Sobrevivente Ética de Maquiavel <i>José dos Santos Carvalho Filho</i>	1969
As Empresas e o Conceito de Consumidor <i>Marcos Maselli Gouvêa</i>	1977
O Direito de Morrer a Própria Morte <i>Maria Zelia de Alvoarenga e Oswaldo Henrique Duek Marques</i>	1985
A Cadeira de Introdução à Ciência do Direito <i>Paulino Jacques</i>	2001
Princípios Gerais do Direito <i>Paulo Dourado de Gusmão</i>	2005
Limites da Lei no Tempo <i>Paulo Dourado de Gusmão</i>	2011
<i>Autores que colaboraram com a Revista do Ministério Público (1967-2015)</i>	2015

Direito Constitucional



AS ORIGENS DA LIMINAR EM *HABEAS CORPUS* NO DIREITO BRASILEIRO

ARNOLDO WALD*

1. Por mais estranho que pareça, não se concebia a concessão da medida liminar em *habeas corpus* até 1964, enquanto a mesma se tinha consolidado, em virtude de normas legais expressas, na legislação do mandado de segurança. Embora este tivesse sido decorrente da ampliação dada ao *habeas corpus* e da idéia de se estruturar, no direito brasileiro, um *habeas corpus* civil, em matéria processual¹, a liminar foi prevista pelo legislador no mandado de segurança, sem que, por mais de meio século, a jurisprudência a tivesse estendido ao remédio em defesa da liberdade de ir e vir.

2. Em recente obra, o Ministro Evandro Lins e Silva assinala que teria ocorrido no Supremo Tribunal Federal, no caso do *habeas corpus* impetrado, em 13.11.64, por SOBRAL PINTO, em favor de Mauro Borges, o primeiro caso de concessão de medida liminar em *habeas corpus*. Afirma o eminente criminalista que se tratou de:

*“um fato inédito na história do habeas corpus em nosso país. Até aquele dia jamais se concedera medida liminar para evitar a ameaça de constrangimento ilegal por parte da autoridade. A decisão foi comunicada aos responsáveis pela arbitrariedade iminente e abortou a violência premeditada e em andamento.”*²

3. Na realidade, no caso do Governador Mauro Borges, o Ministro Gonçalves de Oliveira concedeu a medida liminar no *Habeas Corpus* nº 41.296, em 14.11.1964, e, em 23.11.1964, levou o processo ao plenário, que confirmou a medida liminar para que:

*“não possa a Justiça Comum ou Militar processar o paciente sem o prévio pronunciamento da Assembléia Estadual, nos termos do art. 40 da Constituição do Estado de Goiás, decisão unânime”.*³

4. No seu voto proferido no plenário, o Ministro Gonçalves de Oliveira fundamentou a concessão da liminar, invocando a jurisprudência já existente em mandado de segurança e lembrou a existência de decisão concessiva de liminar em *habeas corpus*, que acabava de ser proferida pelo Superior Tribunal Militar. Assim foi justificada a concessão da medida liminar em *habeas corpus*:

“O habeas corpus, do ponto de vista da sua eficácia, é irmão gêmeo do mandado de segurança. Quando este último foi instituído na Carta Política de 1934, dispôs o art. 113, § 33, que o seu ‘ processo será o mesmo do habeas corpus.’ O processo, como se vê, é o mesmo. A Constituição de 1946 trata do habeas corpus e do mandado de segurança num

* Advogado, Parecerista e Professor Catedrático de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

1 ARNOLDO WALD, *Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 35.

2 EVANDRO LINS E SILVA, *O Salão dos Passos Perdidos*, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira S.A., 1997, p. 390.

3 RIJ 33/616.

dispositivo junto ao outro, os parágrafos 23 e 24. Se o processo é o mesmo, e se no mandado de segurança **pode o relator conceder a liminar até em casos de interesses patrimoniais, não se compreenderia que, em casos em que está em jogo a liberdade individual ou as liberdades públicas, a liminar, no habeas corpus preventivo, não pudesse ser concedida, principalmente, quando o fato ocorre em dia de sábado, feriado forense, em que o Tribunal, nem no dia seguinte, abre as suas portas. Se qualquer dúvida pudesse subsistir ao propósito, Vossa Excia., Senhor Presidente, as dissipou na nota que o Supremo Tribunal distribuiu à imprensa e redigida por Vossa Excia., nota amplamente divulgada, em que V. Excia. lembra precedente, a saber, liminar recentemente concedida pelo Almirante Espíndola, do Superior Tribunal Militar, em favor do Dr. Evandro Correia de Menezes, Procurador da Caixa Econômica, para isentá-lo de injusto procedimento. Foi suspensa a investigação, diz a nota fornecida à imprensa, e a ordem deferida pelo Superior Tribunal Militar, unanimemente.**"⁴

5. Assim, na realidade, a decisão do Superior Tribunal Militar no *Habeas Corpus* nº 27.200, na qual o Ministro Almirante de Esquadra José Espíndola concedeu, em **31.8.64**, a medida liminar em *habeas corpus*, por mim impetrado, em favor de Evandro Moniz Corrêa de Menezes, foi anterior ao acórdão do STF de **23.11.64**, que a invocou como precedente, e ao próprio deferimento da liminar pelo Ministro Gonçalves de Oliveira, em 14.11.64.

6. Em despacho conciso, mas preciso, que se tornaria documento histórico, o Ministro Espíndola, atendendo ao pedido do impetrante de 27.8.64 e ao aditamento do mesmo, salientando a necessidade urgente de concessão da liminar, de 31.8.64, assim decidiu, no mesmo dia:

"À Secretaria

Sejam solicitadas as informações necessárias ao Sr. Encarregado do Inquérito Policial Militar Tenente Coronel Paulo Ignácio Domingues, esclarecendo o mesmo qual o motivo da abertura do inquérito.

Como preliminar, determino que o Sr. Encarregado do Inquérito se abstenha de praticar qualquer ato contra o paciente até definitivo pronunciamento deste Egrégio Tribunal, telegrafando-se ao mesmo, com urgência, para o referido fim".

7. Após a prestação das informações em 8.9.64, o Superior Tribunal Militar ratificou a liminar e concedeu o *habeas corpus* por unanimidade, em 12.9.1964, nos seguintes termos:

"Ementa: Habeas Corpus concedido. Incompetência da Justiça Militar para conhecer de fato ocorrido em repartição que nenhuma relação tem com a administração militar. Não cabe o exame da matéria transitada em julgado, por falta de justa causa.

Relator: Ministro Alm. Esq. José Espíndola

⁴ RTJ 33/597.

Paciente: Evandro Moniz Corrêa de Menezes, alegando, por seu advogado, que está sofrendo coação por parte do Encarregado do IPM junto à Caixa Econômica Federal do Paraná, pede liminarmente para não comparecer no dia marcado para o depoimento, bem como seja excluído do referido IPM.

Vistos e relatados os presentes autos de Habeas Corpus, impetrado em favor de Evandro Moniz Corrêa de Menezes, civil, Consultor Jurídico do Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, por seu advogado Dr. Arnoldo Wald, deles se verifica o seguinte:

Pede liminarmente o paciente, para não comparecer no dia marcado para o depoimento, como se vê do documento de fls. 10.

A liminar foi concedida até o pronunciamento final deste Superior Tribunal.

A petição é longa e está dividida em cinco partes, para o seu melhor entendimento.

Consta do pedido abundante prova documentária em que se fundamenta o impetrante, para pedir a exclusão do paciente do Inquérito Policial Militar, em causa.

Alega o impetrante que se verifica pelo Doc. nº 1 que se trata, especificamente, de um enquadramento no artigo 227 do C.P.M., como crime de desobediência passível pela lei penal, decorrendo a competência do Superior Tribunal Militar, para conhecer do pedido.

O impetrante aprecia à luz de dispositivos legais a incompetência da autoridade militar para determinar, como no caso, que se trata de ato do funcionário civil praticado em exercício de suas funções em repartição civil, e matéria que pela sua própria natureza escapa à competência da Justiça Militar, por não configurar a atuação do paciente crime militar, nem mesmo em tese.

Diz o impetrante que o inquérito envolvendo a administração dos Drs. Evandro Menezes, paciente, e Manoel Franco, na Caixa Econômica Federal do Paraná, foi julgado e arquivado há cinco anos. Ambos foram punidos e demitidos da direção da Caixa.

Talvez, jamais tenha havido no Brasil, um processo que haja ensejado tantos pronunciamentos definitivos das autoridades competentes, quer judiciais, quer administrativos.

Espera a concessão da ordem a fim de excluir do Inquérito Policial Militar, em causa, o paciente, cuja atuação na Caixa Econômica Federal do Paraná, já foi definitivamente apreciada pelos órgãos administrativos e tribunais do país.

Solicitadas informações, foram estas prestadas pelo Tenente Coronel Paulo Domingues, Encarregado do IPM, considerada autoridade coatora, por via telegráfica e por via postal, como se vê dos documentos de fls. 45 e 49.

Isto posto:

Considerando que da intimação feita pelo Encarregado do IPM (doc. de fls. 10) verifica-se ameaça à liberdade de locomoção do paciente;

Considerando que a abundante prova documentária do processo, mostra à sociedade que o paciente foi devidamente julgado e demitido do cargo,

pelos atos praticados durante a sua gestão na Caixa Econômica Federal do Paraná, quer administrativamente, quer judicialmente, e, posteriormente dado como inocente;

Considerando que da informação prestada (fls. 49) se trata de apurar os mesmos atos da improbidade praticados pelo paciente quando Presidente da Caixa Econômica do Paraná, o que já foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal e considerado transitado em julgado;

Considerando que não há como estender-se aos civis o foro especial da Justiça Militar, fora dos casos definidos em lei, ACORDAM os Ministros deste Superior Tribunal, a unanimidade de votos, em conceder a ordem, por incompetência da Justiça Militar, para o fim de ser o paciente excluído do IPM, por se tratar de matéria já transitada em julgado”.

8. O fato foi narrado pelo advogado Dr. Jurandir Scarcela Portela nos seguintes termos:

*“ Embora nunca tenha funcionado anteriormente em processos criminais, Arnoldo Wald, na fase mais difícil da Revolução de 1964, atendeu apelos de clientes para impetrar **habeas corpus**, tanto no STM quanto no STF. Num caso do Paraná, pleiteou a concessão de medida liminar em **habeas corpus**, perante o STM, o que na época ainda não era comum, e o Relator do processo, Alm. Espíndola, embora não tendo formação jurídica específica, convenceu-se de suas razões. A medida liminar foi concedida e, dias depois, o STF, ao apreciar o caso do Governador Mauro Borges, fundamentava-se na decisão do STM para, por sua vez, conceder a liminar em **habeas corpus** (HC 41.296). Comentava-se, na ocasião, que era a primeira vez que o STF adotava nova jurisprudência com base nas decisões da Justiça Militar”.*⁵

9. Por longo tempo, tivemos dúvida quanto a ser realmente a decisão do Superior Tribunal Militar a primeira existente na matéria, pois embora não se encontrasse referências na doutrina e na jurisprudência, era possível que, em determinado caso, a liminar em *habeas corpus* tivesse sido conhecida anteriormente e não houve a possibilidade de fazer pesquisa aprofundada, na matéria, em todos os tribunais do país.

10. O recente depoimento do mestre Evandro Lins e Silva, que foi Procurador-Geral da República, Ministro do Supremo Tribunal Federal e, anterior e posteriormente, advogado no crime, por mais de cinquenta anos, e julgou inúmeros processos criminais na Corte Suprema nos parece esclarecer definitivamente a matéria.

11. Do ponto de vista histórico e em relação aos problemas da interpretação construtiva do direito, é interessante notar que a primeira liminar em *habeas corpus* no Brasil foi dada, em pleno regime militar, por um ilustre Almirante-de-Esquadra, no exercício do cargo de Ministro do Superior Tribunal Militar, cuja sensibilidade e bom senso fizeram com que, após verificar a ampla documentação constante do processo, atendessem o pedido e os argumentos de um então jovem advogado.

⁵ O Direito na Década de 1990: Novos Aspectos (Estudos em Homenagem ao Professor Arnoldo Wald), obra coordenada por PAULO DOURADO DE GUSMÃO e SEMY GLANZ, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 447/448.

12. Por outro lado, tendo o mandado de segurança se inspirado na doutrina brasileira do *habeas corpus*, houve um fenômeno reflexo, arguindo-se a analogia entre os dois institutos, para conceder, para a proteção da liberdade de ir e vir, a medida liminar que constava da legislação do mandado de segurança. Essa decisão do Superior Tribunal Militar acabou influenciando e justificando, pela existência de um precedente, a posição do Supremo Tribunal Federal e, daí por diante, tornou-se um procedimento banal e corriqueiro em favor da liberdade individual.

13. Decorridas mais de três décadas da decisão proferida no regime militar, pareceu-me importante restabelecer a verdade histórica, utilizando o depoimento imparcial do Ministro Evandro Lins e Silva (que participou da primeira decisão no Supremo Tribunal Federal) e prestando uma justa homenagem à Justiça Militar e especialmente ao Superior Tribunal Militar. Se a coragem é a dignidade sob pressão, conforme lembra ERNEST HEMINGWAY, a concessão da medida liminar em *habeas corpus*, pelo Superior Tribunal Militar e pelo Supremo Tribunal Federal, nas condições existentes na época, representou tanto uma construção jurídica necessária e fecunda quanto uma importante contribuição para a defesa do Estado de Direito e uma prova inequívoca da independência e da coragem cívica da nossa magistratura.

**Publicado originalmente na Revista nº 8 jul./dez. 1998, p. 67.*

ESTADO FEDERAL BRASILEIRO: ESTADO TERMINAL?

BRUNO FEROLLA*

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado”, artigo 60, parágrafo quarto, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

“A Federação Brasileira é insuportável, pelas profundas distorções de representatividade e pela criação de entidades autônomas estaduais e municipais, sem quaisquer condições de auto-sustentação” (IVES GANDRA MARTINS, in *O Estado do Futuro*).

A taxativa e dura afirmativa do ilustre jurista IVES GANDRA é o diagnóstico claro, peremptório, de alguém já convencido do seguinte: o Estado federal brasileiro está gravemente enfermo.

Tal diagnóstico impõe-nos momentos de reflexão.

Estaria a federação brasileira realmente doente?

Seria grave a enfermidade a ponto de permitir o desaparecimento da mesma?

E a imutabilidade federativa constitucional, garantida em “cláusula pétreia”, por consequência, estaria com seus dias contados?

Nossa indagação implicará na busca de resposta a ser obtida através da análise de dados e fatos cotidianos, que, evidentemente, não representarão conclusão científica, mas diverso diagnóstico, objetivo, acessível aos cidadãos brasileiros em geral.

Esta, pois, nossa proposta: identificar possíveis sintomas de enfermidade do Estado brasileiro, ensejadores, ou não, da conclusão já destacada no início, e que, em sendo confirmada, evidenciaria a necessidade de mudanças de rumo do mesmo.

Iniciemos, então, nossa avaliação.

A fim de formar quadro sintomatológico do paciente, que nos permitirá concluir sobre eventual enfermidade sofrida, vamos investigar a existência de três possíveis sintomas, que acreditamos estar presentes no dia-a-dia de todos nós.

Em um primeiro momento, pensamos, contudo, urgirá, inexoravelmente, pesquisarmos a história do paciente, e, assim, lembraremos a origem do Estado Federal, bem como, posteriormente, sua evolução.

Em seguida, necessário será situar-se o Estado Federal em *habitat* moderno, globalizado, analisando seu comportamento.

Por fim, verificaremos como tem interagido o mesmo diante de realidade política peculiar ao contexto brasileiro do momento.

Estas, ao nosso ver, as mínimas condicionantes para a análise do *thema* e averiguação da saúde do paciente. Esta, acreditamos, a sintomatologia que nos permitirá identificar, ou não, quadro de enfermidade da federação brasileira.

* BRUNO FEROLLA é Promotor de Justiça de 1ª Categoria no Estado do Rio de Janeiro, Titular da 6ª Curadoria de Massas Falidas da Comarca da Capital.

Tentaremos a resposta.

O início de nossa pesquisa situa-se em determinado momento histórico, junto ao nascimento dos Estados Unidos da América.

É que, neste mesmo momento, dar-se-ia a gênese do Estado federal.

Lembra-nos o hoje nobre Deputado Federal MICHEL TEMER, em seus *Elementos de Direito Constitucional*, que as Treze Colônias Inglesas, ao se libertarem da dominação da metrópole, constituíram Estados Soberanos (ordens jurídicas independentes) que firmaram um tratado internacional, criando uma confederação.

Posteriormente, em face das dificuldades para a execução daquele tratado internacional, políticos e juristas norte-americanos da época pregaram a necessidade do estabelecimento de outro pacto entre os Estados contratantes da confederação, de modo que a união entre eles fosse duradoura. Estava plantada a semente da Federação norte-americana, bem como do próprio Estado federal, onde os Estados componentes igualam-se à União, ao contrário do que ocorre na confederação, em que há supremacia dos Estados sobre a União, semente que germinaria mais tarde com o nascimento do atual Estado norte-americano.

Outro doutrinador, não menos ilustre, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em seu *Curso de Direito Constitucional*, registra, por seu turno, a evolução do Estado federal, esclarecendo que nos séculos XVIII e XIX, concebia-se o federalismo como “dualista”. Neste, o ideal era separar duas esferas estanques, a esfera da União de um lado, e a esfera dos Estados Membros de outro.

Depois da Primeira Guerra Mundial, contudo, muda o panorama, passando a se identificar um federalismo tido como “cooperativo”. Neste, o ideal é coordenar as duas esferas, sob a condução da União.

Seguindo a evolução, surgiria uma terceira espécie de federalismo, que se faria presente nos dias atuais, como sendo um federalismo de “integração”. Nesta espécie, vislumbrar-se-ia verdadeira sujeição da esfera estadual à esfera da União. Este federalismo acentuaria os traços do federalismo “cooperativo”, resultando num Estado unitário constitucionalmente descentralizado, isto é, num Estado onde a repartição de competências (administrativa, legislativa e judiciária) estaria à mercê do Poder Central, *in casu*, da União. Assim, ainda que paradoxal, o que se constataria seria a existência de um Estado federal e de um federalismo tendente à **negação da própria Federação**.

Identificada a evolução em nível mundial, teria a mesma se feito presente em nosso Estado?

A resposta nos dá o mesmo MANOEL GONÇALVES, afirmando que “*com a Revolução de 1964 e a Constituição de 1967, mais se acentuou essa tendência, a ponto de ser instaurado, na opinião de muitos, um novo tipo de federalismo, o federalismo de integração*”.

Diante dos dados acima, já seria possível, pensamos, avaliação preliminar. Assim, de se identificar primeiro indício de que a saúde de nosso paciente apresentaria sinais de alguma debilidade, não de agora, destaque-se, mas de há muito.

Contudo, o próprio MANOEL GONÇALVES ventilou a possibilidade de recuperação do paciente após 1988, afirmando que “*a Constituição de 1988 confere maior autonomia aos Estados-membros tentando um reequilíbrio federativo*”. Evidenciou, pois, a tentativa de se

restabelecer o federalismo de “cooperação”, abandonando o federalismo de integração.

Então, de se perquirir se o objetivo hoje, após 11 anos da promulgação de nossa Carta Magna, teria sido alcançado, ou, ao contrário, estaria nosso federalismo, ainda, apresentando os sinais surgidos em 1964?

O Estado federal brasileiro teria caminhado de volta para o federalismo de “cooperação”, abandonando o federalismo de “integração”? E qual sua tendência atual, às portas do novo milênio?

IVES GANDRA, hoje, na mesma obra inicialmente citada, dada a afirmada insuportabilidade da federação e a impossibilidade dos entes estaduais e municipais de se auto-sustentarem, sugere que, *“no Brasil, o poder local poderia ser apenas o federal, em nível de normas gerais e condução de assuntos nacionais, e o poder municipal, com descentralização administrativa real, pois este é o único capaz de atender ao cidadão que nele mora. A estrutura intermediária dos Estados, que apenas encarece o “custo político” do país, é absolutamente prescindível, pelo menos no Brasil”*.

No mesmo sentido, o jurista CELSO RIBEIRO BASTOS, em artigo igualmente publicado na obra inicialmente citada, conclui que *“países federalistas, como o Brasil, deverão assistir também a um relativo enfraquecimento dos seus estados-membros e dos seus municípios, uma vez que haverá políticas que terão uma abrangência mundial e, conseqüentemente, esses entes menores deverão fazer, o mais das vezes, a aplicação dessas normas”*.

Logo, verifica-se que as perspectivas dos aludidos autores são tendentes à negação do federalismo de “cooperação”, mais adequando-se ao federalismo de “integração”.

A avaliação acima, cremos, responde bem a nossa dúvida, permitindo-nos concluir que os sinais de 1964 ainda se fazem presentes e indicativos, já que se adequam às perspectivas de futuro traçadas pelos autores acima.

Não haveria hoje ou no futuro, s. m. j., espaço para retorno ao federalismo de “cooperação”. O que se evidencia é o caminhar no sentido do federalismo de “integração”.

Mas, como dissemos antes, há que se analisar o tema submetendo-o às mínimas condicionantes antes alinhavadas, sob pena de se afastar, por demais, ainda que em sede teórica, e ainda que analisando, tão somente, indícios aleatórios cotidianos, da realidade dos fatos.

Assim, impende agora verificar o comportamento do federalismo à luz da nova modernidade, da globalização.

Imediatamente, modernidade sugere globalização, sinônimos do hoje.

Vejamos, pois, do que se trata.

Desde o fim do comunismo, as fronteiras nacionais passaram a não valer muita coisa para o capital e as empresas transnacionais.

Tal característica, aliada à crescente informatização mundial, permitiu que bilhões de dólares mudassem de mãos a um simples sinal eletrônico.

Em verdade, somente no mercado de câmbio, por exemplo, entre 1 e 3 “trilhões” de dólares circulam diariamente pelo mundo. Neste, os bancos tradicionais perderam campo para fundos de risco, que buscam aplicações em países onde o lucro é maior.

Decorre desta prática uma imensa “volatilidade” de mercados, que ora apresentam desenvolvimento fantástico e ora entram em estado de concordata

ou pré-falência, sem qualquer aviso de alerta às economias que de alguma forma interagem com os mesmos, deixando a todos indefesos, com nefasta e obrigatória imposição de dependência.

Neste sentido, STUART EIZENSTAT, Subsecretário para Assuntos Econômicos do Departamento de Estado Americano, é ilustrativo. De acordo com o mesmo, *“só agora, anos depois que esse processo de integração mundial dos mercados financeiros teve início, ainda sobre os escombros do comunismo, ele começa a ser plenamente entendido. Essa usina – ora construtiva, ora destrutiva – deriva da liberdade de fluxo que os capitais privados, as tecnologias, os bens de consumo e os serviços passaram a desfrutar nos últimos anos. A cada dia mais de 1 trilhão de dólares viajam ao redor do mundo fazendo várias escalas diárias em busca do maior lucro. Para se ter uma idéia real do tamanho e da afoiteza dessa riqueza, é preciso lançar mão de uma comparação. A nuvem do capital global é dezenas de vezes maior e infinitamente mais ágil do que o comércio internacional, que até duas décadas atrás tinha a reputação de ser a mais formidável máquina de gerar riqueza já montada pelas sociedades organizadas. A globalização, portanto, pode produzir o bem ou o mal das economias, quase instantaneamente”*.

Posto o que venha a ser o fenômeno da globalização, em visão sucinta, de se indagar qual a relação existente entre o mesmo e o Estado federal, de modo especial com a federação brasileira.

Mais uma vez, registramos a ótica do DR. IVES GANDRA.

Segundo ele, *“a universalização do Estado, em nível de poderes decisórios, seria compatível com a autonomia dos Estados locais, aceitando-se a federação universal de países e eliminando-se a federação de cada país, que cria um poder intermediário que, muitas vezes, se torna pesado e inútil”*.

Mais adiante, arremata: *“estou convencido de que o Estado do Futuro deverá ser mínimo, com um crescimento da universalização dos espaços nacionais, como forma de enfrentar os desafios crescentes e aparentemente insuperáveis do Terceiro Milênio”*.

Logo, a relação encontra-se no tamanho do Estado federal, que se apresentaria fora de sintonia com a necessidade de agilidade de ações que já demanda o futuro.

Pesadas estruturas estatais se apresentariam indefesas contra a volatilidade da presente globalização, que requer imediatez de respostas, rapidez nos posicionamentos.

O Estado federal, por natureza, representa estrutura pesada, sem a capacidade de adequação necessária à velocidade das mudanças econômicas, razão pela qual já se mostraria anacrônico, passível de questionamento.

No caso da federação brasileira, o problema apresenta agravante.

O casuísmo federativo brasileiro oferece não duas mas três esferas governamentais (União, Estados e Municípios), o que transforma, por si só, a natureza já pesada da federação em verdadeiro paquiderme estatal.

Não bastasse a atual estrutura brasileira, fundada em três distintas esferas, o que se verifica atualmente é uma continuidade de expansão da estrutura, com o surgimento de novos municípios nos diversos cantos do país.

Em reportagem recentemente publicada, a revista *Veja* informou que em 1988 existiam no país 4.185 municípios. Hoje, são 5.507. Assim, a cada 3 (três) dias foi criada uma nova cidade! Há dez anos, as prefeituras reunidas geravam um gasto de 2,4% do PIB. Hoje, representam 4,7%. Ilustrando o tema com o recente exemplo do Município de Búzios, no Estado do Rio de Janeiro, desmembrado que foi do Município

de Cabo Frio, tínhamos em 1996, antes da Fusão, uma despesa orçada em 48 milhões de reais, ao passo que, a partir da Fusão, passou-se para uma despesa de 58 milhões de reais, acarretando despesa adicional de 10 milhões de reais que se apresenta em flagrante contradição com a atual situação de economia dos Estados mundiais menos privilegiados, bem como do Estado brasileiro, visto enfrentar-se período de extrema dificuldade orçamentária e de ajuste de gastos públicos, como é notório.

Dois recentes exemplos podem atestar a contramarcha que se encontra desenvolvendo o Estado federativo brasileiro.

Em entrevista recente ao “Programa Jô Soares onze e meia”, do Sistema Brasileiro de Televisão, o Governador de Alagoas, questionado sobre quanto dinheiro lhe sobrava todo o mês para aplicar em projetos sociais, já descontado o necessário para pagamento de sua folha de pessoal, esclareceu que lhe sobravam exatos 2 milhões de reais, o que, em termos estaduais, representaria muito pouco ou quase nada, acrescentando que somente a Assembléia Legislativa de Alagoas registrava gasto mensal de 4 milhões de reais. De se concluir, pois, que o tamanho da máquina estatal, por si só, inviabiliza qualquer melhoria do bem estar social, razão de ser da própria existência do Estado. Vale dizer, o Estado que existe para servir ao cidadão, amparando, suprimindo suas necessidades, destinando-se ao bem estar social, hoje vive para custear sua própria estrutura, que, assim como concluiu IVES GANDRA, acaba se tornando “inútil”.

Outro exemplo, na mesma linha de raciocínio, nos dá a atuação do Governo do Espírito Santo, através do Governador José Ignácio Ferreira, que vem travando silenciosa guerra contra a atual situação de seu Estado, conforme publicado, mais uma vez, pela revista *Veja*, situação, aliás, semelhante às dos outros Estados da federação, que se encontram muito mais endividados do que poderiam e deveriam, relativamente ao seu funcionalismo, o que denuncia o anacronismo de seus tamanhos frente à realidade dos fatos. Assim, sobram dívidas e faltam recursos para investimentos sociais, razão de ser do Estado. Somente para se ter uma idéia do problema, as folhas de pagamentos de Alagoas, Rio Grande do Sul, Distrito Federal, Rio de Janeiro e Minas Gerais consomem, respectivamente, com seus funcionalismos, 92%, 83%, 79%, 78% e 76% dos recursos disponíveis.

Mais que evidente, portanto, que o Estado está grande demais.

Evidência constatada, também, pelo Ex-Ministro ERNANE GALVÊAS, em artigo publicado na citada obra *O Estado do Futuro*, no qual, de modo expresso, afirmou: “O Estado brasileiro tem dimensões exageradas e consome um terço da renda nacional, sem devolver a seus habitantes-contribuintes uma prestação de serviços correspondente ao peso da carga tributária. Como diz o jurista Ives Gandra, o Estado brasileiro cresceu tanto que já não cabe dentro do PIB”.

Reconheceu isto o Governador José Ignácio, e, dentre as medidas de combate adotadas, cinco atacam o problema de frente. Dispensou 21.000 servidores públicos temporários, obteve autorização legislativa para extinguir todo e qualquer órgão público que julgue desnecessário, reduziu a jornada de trabalho dos funcionários do Executivo até o limite de 30%, com corte proporcional de salários, impôs teto salarial de R\$8.000,00, proibição de acumulação de vencimentos e determinou a realização de auditoria na folha de pagamento para identificar fraudes e funcionários-fantasmas. A idéia é “enxugar” o máximo possível a máquina estatal, torná-la pequena e eficiente, condições mínimas para sua própria sobrevivência.

Paralelamente ao anacronismo do tamanho do Estado federal, e em particular

da federação brasileira, “*pesados*” demais para o momento histórico atual, outro problema se evidencia claramente em tempos globalizados: a instabilidade a que se sujeita todo o Estado Federal diante de condutas estaduais regionalizadas, como recentemente experimentamos com a moratória mineira.

É que, em mundo de economia interligada, o não pagamento de uma conta no canto mais remoto do Brasil, mesmo que justificado, implica no risco de falência de credores em várias partes do planeta.

Contudo, não entendeu isto o ilustre governador mineiro, adotando posicionamento diverso, que lhe rendeu uma enxurrada de críticas em nível nacional e internacional, ainda que injustas...

Vinte dias após a moratória, uma pesquisa realizada pelo Instituto *Vox Populi*, de Belo Horizonte, apontou que um em cada dois mineiros desaprovava a medida, registro da revista *Veja*. E acrescentou a mesma: “é quase certo que o número de cidadãos tenha crescido de lá para cá. Afinal de contas, o calote de Itamar vem causando um estrago considerável na economia do Estado. Uma sondagem da Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais, FIEMG, concluiu que investimentos da ordem de 1 bilhão de dólares deixarão de ser feitos neste ano no Estado. Um dos motivos principais é que os empresários temem o clima de instabilidade que passou a reinar em Minas”.

O problema destacado foi enfocado pelo cientista político HELIO JAGUARIBE, em entrevista à revista *Veja*, na qual concluiu: “*a verdade é que o Brasil gerou uma Federação que deu poder em excesso aos governadores. O papel das administrações locais é gerir os recursos públicos, e não fazer política. O Estado e o Município são importantes para garantir à população segurança, iluminação e limpeza pública. As opções políticas num mundo globalizado ultrapassam completamente o microcosmo da fronteira do Município e do Estado. A globalização reduz completamente a importância do poder normativo do Município e do Estado em relação aos interesses coletivos do país*”.

Do exposto, diante dos sintomas acima, sob a ótica do universo globalizado, parece-nos que o Estado Federal, e, por consequência, a Federação Brasileira, se apresentariam anacrônicos.

Restaria, contudo, antes da conclusão final, verificarmos sua reação diante de fatores políticos nacionais peculiares aos nossos dias.

Neste sentido, cremos passível de interferência na condução da marcha federativa e merecedora de destaque, portanto, a atual forma de relacionamento entre o Poder Executivo Federal e o Congresso Nacional, decorrente do sistema de representatividade política estruturado a nível federal, relativamente aos diversos Estados-membros.

O fator político citado, a nosso sentir condicionante do desempenho da federação brasileira, foi merecedor de destaque pelo mencionado cientista político HELIO JAGUARIBE, que afirmou: “*temos um sistema presidencialista enfraquecido por um Congresso que funciona mal*” ... “*a força do Poder Executivo decorre de sua capacidade de gestão. Mas o verdadeiro poder está sempre nas mãos do Legislativo*”.

Alude o citado autor à dificuldade de decisões de rumo pelo Governo imposta pela fragmentação parlamentar nacional.

Já vimos anteriormente a necessidade de ser o Estado globalizado rápido e eficiente. Logo, Estado sem capacidade de decisões imediatas estará fora do contexto mundial.

No Brasil, estamos longe da eficiência necessária; ao contrário, testemunhando

diariamente quão difícil é a missão governamental, no sentido de receber o apoio legislativo indispensável ao implemento de suas decisões.

HELIO JAGUARIBE sugere a adoção de regime institucional que obrigasse os parlamentares a compor maioria estável em torno de um programa de governo.

Para tanto, identifica como necessária a adoção do voto distrital misto.

Alega que *“na Alemanha, os eleitores escolhem parte dos parlamentares entre os candidatos que representam as comunidades locais. Os demais são pinçados entre políticos cuja liderança ultrapassa o limite do bairro, da cidade e do Estado. Ou seja, os parlamentares são escolhidos ou porque representam de forma clara os interesses de uma comunidade ou porque defendem princípios mais gerais aceitos pelos eleitores, independentemente da região onde moram. Essa seria uma mudança crucial”*. Mais adiante, esclarece ser fundamental a correção da desvalorização do voto dos grandes Estados como São Paulo e Minas Gerais, em benefício de Estados com importância reduzida, que acabam merecendo representatividade parlamentar que propicia espécie de “clientelismo”, formando Congresso não representativo da sociedade mas sim de minorias organizadas.

O que nos parece claro, contudo, é a impossibilidade de manutenção do atual sistema de relacionamento do Governo com o Congresso, ocasionado pela fragmentação deste, decorrência, direta, da forma federativa nacional que influencia na formação e composição da Assembléia Legislativa Federal.

Pela terceira vez, a conclusão que se apresenta é que os interesses locais devem ceder espaço aos interesses gerais, negando-se, novamente, a forma federativa atual.

Cremos, assim, ter delineado o quadro sintomatológico que pretendíamos no início.

Em primeira perspectiva, pois, pensamos ter restado evidenciado, pelo estudo histórico e pela evolução do Estado federal, que este caminha rumo ao federalismo de “integração”, abandonando o de “cooperação”, em nível mundial, e que este fenômeno repercutiu em nível nacional, desde 1964, não sendo crível o retorno do mesmo ao *status quo ante*, reeditando o federalismo “cooperativo”.

Em segundo enfoque, entendemos haver restado igualmente demonstrado que o Estado federal, visto em ambiente globalizado, não poderá apresentar estrutura pesada; ao contrário, deverá ser ágil, capaz de acompanhar a volatilidade da economia moderna, bem como econômico, isto é, com mínima estrutura administrativa, e ainda estável, o que colide com a atual estrutura federativa nacional, ultrapassada, morosa, dispendiosa e sujeita a interesses regionais secundários, reforçando a tendência de caminhada rumo ao federalismo de “integração”.

Por fim, em terceira análise, cremos também haver restado evidenciada a necessidade de se adaptar o sistema federativo nacional às dificuldades governamentais, atualmente influenciadas, sobremaneira, pela fragmentação do Corpo Legislativo Federal, decorrência do presente modelo federativo de indicação de parlamentares, que, por seu turno, igualmente demonstraria o anacronismo da federação brasileira.

Evidenciou-se, além de tudo, a necessidade de se abandonar os interesses locais para priorizar os interesses gerais.

Diante do quadro acima, cremos possível concluir que a federação brasileira realmente apresenta fortes sintomas de enfermidade.

Não queremos aqui condená-la, afirmando ser seu estado terminal, mesmo porque nosso exame não se propôs a ser profundo o bastante para tal, mas sim

reconhecer indícios já presentes, ao alcance de qualquer cidadão, que, em conjunto, caracterizassem determinado perfil, o que, s.m.j., parece-nos inquestionável.

Em verdade, parece-nos que o anacronismo da Federação Brasileira mostra-se evidente, demandando, ao menos, o devido questionamento, com o fim de se definir seu rumo para o novo milênio e seus imensos desafios.

**Publicado originalmente na Revista nº 10 jul./dez. 1999, p. 61.*

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A ATUALIDADE DO CASO MARBURY VS MADISON E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 10.628/02

CARLOS ROBERTO DE CASTRO JATAHY *

I - Introdução. **II** - Breve histórico do Caso *Marbury Vs Madison*. **III** - A supremacia formal da Constituição e a impossibilidade de sua alteração por norma ordinária. **IV** - A Lei 10.628/02 e sua inconstitucionalidade. **V** - A orientação do Ministério Público fluminense. **VI** - Considerações Finais. **VII** - Bibliografia.

I - INTRODUÇÃO

O controle da constitucionalidade das leis, conforme foi idealizado no Constitucionalismo americano, é vital para a compreensão do tema para o Direito Brasileiro, especialmente em face da influência que RUI BARBOSA e demais constituintes de 1891 obtiveram nos precedentes da América do Norte para a implantação do sistema no ordenamento jurídico brasileiro ¹. A noção de supremacia formal da Constituição e da inconstitucionalidade de normas que lhe sejam incompatíveis nasceu do célebre caso *Marbury Vs Madison*, ocorrido em 1803 e que se revela - decorridos dois séculos - de extrema atualidade para o direito contemporâneo.

Com efeito, a idéia de que normas infraconstitucionais não podem alterar o texto da Carta Magna parece não ter sido bem compreendida pelo legislador pátrio, que, nos estertores do ano de 2002, editou a Lei 10.628, de 24 de Dezembro, alterando o Código de Processo Penal e - ao evidente arripio do texto maior - dilargando a competência originária do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, sem as indispensáveis alterações constitucionais.

O presente trabalho visa abordar o caso *Marbury Vs Madison* e sua aplicabilidade, após dois séculos de sua edição, para demonstrar a inconstitucionalidade da referida norma legal.

II - BREVE HISTÓRICO DO CASO MARBURY VS MADISON

A Constituição Americana de 1787 apresenta-se como o primeiro texto constitucional consolidado de um país, trazendo em seu bojo características e institutos marcantes para o exercício e regulação do Poder, tais como, entre outros, a noção de Constituição Escrita e o caráter de Constituição rígida ². Não trouxe,

* CARLOS ROBERTO DE CASTRO JATAHY é Procurador de Justiça/RJ, Mestrando em Direito Público pela UNESA, Professor da Universidade Veiga de Almeida e da Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro.

1 Fundação Casa Rui Barbosa. *Rui Barbosa e a Constituição de 1891*. Rio de Janeiro. 1985.

2 SLAIBI FILHO, Nagib. "Breve História do Controle da Constitucionalidade". In: *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003, p. 44.

entretanto, o texto constitucional americano, a atribuição para qualquer órgão federal do Poder ou mesmo o Parlamento, zelar pela guarda da Constituição.

Como ensina RONALDO POLETTI ³, o denominado “*judicial review*”, mesmo no tocante à Constitucionalidade das leis está, no Brasil, descrito no texto constitucional. Na América, entretanto, os elaboradores da Carta Magna, apesar de discutirem intensamente o assunto, optaram por não inseri-lo no texto pactuado que constituiria a nova nação. ⁴ Os debates que ocorreram na Convenção de 1787 indicavam que os delegados esperavam que as novas Cortes Federais examinassem a Constitucionalidade das Leis elaboradas pelo Congresso, sendo certo que John Marshall, na Convenção de Virginia, chegou a asseverar:

“Se eles (o Congresso) elaborarem uma lei não permitida por um dos poderes enumerados, ela deve ser considerada pelos juizes como infringente à Constituição, da qual eles são a guarda. Eles não deverão considerá-la como lei, ao exercerem sua função jurisdicional. Eles deverão declará-la como nula.” ⁵

No mesmo sentido, ALEXANDER HAMILTON, nos artigos de “*O Federalista*”, quinze anos antes da histórica decisão de Marshall, já sustentava a competência judiciária para a interpretação das leis e que a Constituição devia ser vista pelos Juizes como uma lei fundamental, com prevalência sobre as leis ordinárias ⁶. A idéia da possibilidade do controle de constitucionalidade era latente no texto maior e, apesar de já existirem posicionamentos judiciais neste sentido em diversos Estados americanos, a verdadeira jurisprudência, fundadas nas idéias de Marshall somente prevaleceria depois do famoso aresto proferido pelo então *Chief Justice*.

Mas como ocorreu o célebre *leading case*?

Na década de 1790, nasce na nova nação americana o Sistema Partidário, sendo certo que praticamente todos os “Pais Fundadores” ingressaram no Partido Federalista, detentor do Poder, liderados por George Washington, primeiro presidente americano, que tinha em seu gabinete políticos do porte de Alexander Hamilton (Secretário do Tesouro); Thomas Jefferson (Secretário de Estado) e James Madison. Por razões de ordem política e econômica, Hamilton e Jefferson dissentiram ideologicamente, tendo este último, em virtude de tais divergências, abandonado a facção política originária e – juntamente com o jurista MADISON – fundado o Partido Democrata Republicano (atual Partido Democrata), nascendo daí o célebre bipartidarismo que caracteriza até hoje a história dos Estados Unidos.

O segundo Presidente americano seria John Adams, Federalista, eleito para mandato compreendido entre 1797/1801, que governou sob severas críticas do partido de Jefferson, notadamente quanto à política econômica e de relações externas. Em sua gestão, Adams tinha como principais assessores Hamilton, que continuava na pasta do Tesouro e John Marshall, futuro *Chief Justice*, que desempenhava as funções de Secretário de Estado. No pleito seguinte (1801), apesar de candidato à reeleição,

3 POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 24.

4 KLAUTAU FILHO, Paulo. *A primeira decisão sobre controle da constitucionalidade: Marbury Vs. Madison* (1803).

5 POLETTI, Ronaldo. Ob. cit., p. 24.

6 Cf. ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON, JOHN JAY, *The Federalist*, American Paper, *apud* POLETTI, Ronaldo, ob. cit., p. 26.

Adams é fragorosamente derrotado por Thomas Jefferson, dando início a primeira transição democrática do Poder na nova nação.

Tencionando preservar seus correligionários de eventuais dissabores políticos causados pela investidura do novo governo, Adams, com o apoio de seu Secretário de Estado, John Marshall, resolveu nomear a cúpula do Partido Federalista, derrotado, para cargos no Poder Judiciário, que já possuía garantias e prerrogativas constitucionais, como a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos⁷. Um dos próprios beneficiários de tal decisão foi Marshall, nomeado para a *U.S. Supreme Court*, em Janeiro de 1801, após aprovação pelo Senado. Houve também nomeações para dezesseis cargos de Juiz Federal de Apelação ("*Circuit Court Judges*") e quarenta e dois cargos de Juizes de Paz para o Distrito de Columbia ("*Organic Act of the District of Columbia*").

Estas últimas nomeações foram confirmadas pelo Senado no último dia de Adams no cargo, razão pela qual os magistrados – nomeados no apagar das luzes da Administração Adams – foram denominados "*Midnight Judges*". Apesar de já empossado no novo cargo, Marshall permaneceu acumulando as funções de *Chief Justice* – tendo inclusive ministrado o "juramento do cargo" a Jefferson – com as de Secretário de Estado até a posse de seu sucessor, Madison, o demandado na questão em exame. Ocorre que, para o aperfeiçoamento do ato de nomeação, era indispensável a entrega do título, assinado e selado, ao destinatário da investidura.

Entre o resultado da eleição e a passagem do governo, os denominados "*Midnight Judges*" foram investidos nas funções jurisdicionais, tendo entretanto Marshall – que se desincumbira da tarefa, na qualidade de Secretário de Estado – deixado de entregar alguns títulos de nomeação – já assinados e selados – entre os quais se encontrava o de William Marbury, nomeado para o cargo de Juiz de Paz do Condado de Washington, no Distrito de Columbia. Quando Jefferson tomou posse, recusou-se a prosseguir na entrega dos termos de nomeação ("*commissions*"), negando-se a empossar os magistrados faltantes, por considerar tais atos nulos, dando a seu novo Secretário de Estado, Madison, tal determinação.

Diante de tal fato, Marbury e os outros prejudicados inicialmente notificaram Madison para que apresentasse as razões da recusa e ante a inércia do demandado, interpuseram *writ of mandamus*, baseados em Lei ordinária que dava à Suprema Corte a competência originária para apreciar a questão.

Na decisão em tela, Marshall reconheceu, implicitamente, o direito de Marbury de ser empossado no cargo. Entretanto, declarou a Suprema Corte americana incompetente para apreciar a questão, sob fundamento de que a Legislação ordinária ("*ordinary act*"), invocada no caso por Marbury em suas razões à Corte – o "*Judiciary Act*", de 1789 – era inconstitucional, pois não poderia ter aumentado a competência originária fixada em sede constitucional para a Suprema Corte da nação.

Em conseqüência, declarou a nulidade da norma ("*The rule must be discharged*"), não lhe dando cumprimento. Nascia aí o conceito de supremacia formal da Constituição em relação às normas infraconstitucionais que lhe fossem incompatíveis, com a conseqüente nulidade da espécie normativa em antinomia com o texto maior, no que foi posteriormente denominada pelos constitucionalistas como "Doutrina Marshall".

⁷ POLETTI, Ronaldo, ob. cit., p. 32.

III - A SUPREMACIA FORMAL DA CONSTITUIÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA ALTERAÇÃO POR NORMA ORDINÁRIA

O princípio da Supremacia Constitucional, no entender de Kelsen, denota que a Carta Magna veicula as normas jurídicas de máxima hierarquia no Sistema de Direito Positivo, figurando como fundamento de validade de todo o ordenamento normativo⁸. Como bem acentuado por GUILHERME PEÑA⁹, a noção de supremacia é decomposta nos conceitos de supremacia material e supremacia formal, estando a primeira a indicar a maior importância das normas constitucionais em relação às normas ordinárias e a segunda a induzir a relação de hierarquia entre o texto constitucional, produzido pelo poder constituinte e as normas ordinárias, elaboradas pelo poder constituído.

Tal noção de supremacia gera a necessidade do desempenho da jurisdição constitucional, com a finalidade de efetivamente assegurar a predominância do texto elaborado pelo poder constituinte em relação às normas infraconstitucionais¹⁰.

Ao citar MARSHALL, em *“Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo, ante a Justiça Federal”*¹¹ RUI já asseverava:

“ Toda a construção do Direito americano tem por base a noção de que o povo possui originariamente o direito de estabelecer, para o seu futuro governo, os princípios que mais conducentes se lhe afigurem à sua utilidade. Os princípios, que destarte uma vez se estabeleceram, consideram-se, portanto, fundamentais.... E como a autoridade, de que eles dimanam é suprema, e raro se exerce, esses princípios tem destino permanente.... Nesta última espécie se classifica o governo dos Estados Unidos. Definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e, para que sobre tais limites não ocorresse erro, ou deslembração, fez-se escrita a Constituição. Com que fim se estipularia esta estipulação a escrito, se os limites prescritos pudessem ser ultrapassados exatamente por aqueles, que ela propunha coibir... ***Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar, por medidas ordinárias, a Constituição.*** Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas, não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos da legislação usual, e como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são absurdos esforços do povo.... Ora, com certeza todos os que tem formulado constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a Lei fundamental e suprema da nação; e conseqüentemente, *a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo à Constituição, é nulo.*” (grifos nossos).

8 Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 120.

9 PEÑA, Guilherme. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 128.

10 NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 146.

11 Cf. POLETTI, obra citada, p. 34.

A noção de supremacia da constituição, no mundo contemporâneo, como leciona LENIO STRECK¹², vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade, assumindo um papel de norma diretiva fundamental do Estado Moderno, tornando a Jurisdição Constitucional um requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos. Citando VITAL MOREIRA, STRECK¹³ afirma que “A jurisdição Constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de Direito Democrático.”

A magnitude das funções da Jurisdição Constitucional, traz, como corolário lógico, a necessidade de se reconhecer, no entender do mestre gaúcho, “...a intervenção de um poder (no caso, o Judiciário ou os Tribunais Constitucionais não pertencentes – *stricto sensu* – ao Judiciário), mediante o instrumento de controle da constitucionalidade¹⁴.” Mas, ainda que tais conceitos estejam avançando na doutrina, o legislador ordinário insiste em se arvorar como Constituinte e teima em tentar alterar o texto constitucional mediante o abuso da “liberdade de conformação”, como recentemente ocorreu no Natal passado, na undécima hora da legislatura 1999/2002.

A inconstitucionalidade de tal diploma legal, que dilarga, por norma ordinária, a competência originária da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores – prevista constitucionalmente – demonstra que a decisão proferida por Marshall há dois séculos é de extrema atualidade no mundo contemporâneo.

IV - A LEI 10.628/02 E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

A Lei nº 10.628, sancionada em 24 de dezembro de 2002, conferiu nova redação ao art. 84 do Código de Processo Penal, nele introduzindo dois parágrafos, no seguinte teor:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.”

Ora, tal diploma legal pretendeu, em seu parágrafo primeiro, revigorar a prorrogação do foro especial após a cessação do exercício da função pública, que havia sido extinto pelo Colendo Supremo Tribunal Federal com o cancelamento do

12 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 101.

13 Ob. cit., p. 103.

14 *Idem, ibidem*.

verbete nº 394 da súmula predominante¹⁵ e, em seu parágrafo segundo, estender a “competência por prerrogativa de função”, antes existente tão-somente para o processamento e julgamento de infrações penais, para o conhecimento e julgamento de atos de improbidade administrativa. Com tal efeito, por norma infraconstitucional, pretendeu o legislador pátrio aumentar a competência originária da Suprema Corte (Art. 102, I) e dos demais Tribunais Superiores, em flagrante violação aos princípios da supremacia formal da Constituição e de sua rigidez, trazendo a lume, quase dois séculos após, o célebre caso *Marbury Vs Madison*, examinado no início deste trabalho.

Como é cediço, o sistema adotado pela Carta Política de 1988 determina que a competência originária dos Tribunais seja fixada, restritivamente, no corpo da própria Carta Magna. Tal sistema emerge da dicção dos Artigos 102, I (Competência originária do STF); 105, I (Competência originária do STJ) e demais Tribunais superiores, sendo certo ainda que o Artigo 125, § 1º da Carta Magna determina às Constituições Estaduais a fixação das competências dos Tribunais de Justiça. Logo, a aludida norma legal, ao criar nos dois parágrafos introduzidos no Artigo 84 do CPP, circunstâncias que ensejam a majoração da competência originária do STF, STJ e demais Tribunais, viola o princípio do Juiz Natural (Art. 5º, XXXVII) e deve ser declarada inconstitucional.

A matéria já foi decidida neste sentido pela Suprema Corte na Petição 693 AgR/SP, relator o eminente Ministro Ilmar Galvão:

“Competência do Supremo Tribunal Federal. Ação civil pública contra Presidente da República. Lei n. 7.347/85. A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os feitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade.”¹⁶

Como afirma ALEXANDRE DE MORAES¹⁷, citando o Ministro Celso de Mello na Petição nº 1026-4/DF “A competência originária do Supremo Tribunal Federal qualifica-se como *“um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional”*, não comportando a possibilidade de extensão, que extravasem os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no Artigo 102, I da Carta Política. A definição da competência originária dos tribunais é matéria sujeita a reserva de constituição, sendo defeso ao legislador infra-constitucional disciplinar tal matéria, como tentou fazê-lo ao promulgar a Lei n. 10.628/02, arvorando-se, dessa forma, no papel do Poder Constituinte Derivado.

A inconstitucionalidade do diploma legislativo em tela emerge também da aferição do desrespeito ao comando esculpido no art. 125, § 1º, do Texto maior, que determina expressamente seja a competência originária dos Tribunais de Justiça definida pela respectiva Constituição Estadual e não por lei ordinária, como ocorre no diploma legislativo ora em análise. Além disso, é da sistemática e da tradição de

15 Inq. 687-SP QO, caso Jabes Pinto Rabelo, Rel. Min. Sydney Sanches; *Informativo STF* 159.

16 RTJ 159/28, Rel Min. Ilmar Galvão; *Informativo STF* 172.

17 MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 12ª Edição. São Paulo: Atlas. 2002, p. 598.

nosso direito que as hipóteses de foro privilegiado somente possam ser disciplinadas na Constituição Federal, ou, quando muito, nas Constituições estaduais, não se admitindo, portanto, como sintetizado por ALEXANDRE DE MORAES, ampliação por norma de estatura inferior: "...a Constituição Federal, consagrando o princípio do Juiz Natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), não permite alterações de foro por conveniências ou analogias políticas"¹⁸.

Ao emitir parecer na ADIn 2.797-2/600 ¹⁹, em que a CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – questiona a constitucionalidade do dispositivo ora em exame, o então Procurador-Geral da República, citando a doutrina Marshall, afirma:

“Vislumbra-se, portanto, sério vício que resulta na inconstitucionalidade formal a macular a norma inserta no § 1.º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 10.628/02, pois somente o próprio Supremo Tribunal Federal é que teria que adotar tal exegese da norma constitucional sobre sua própria competência originária e não o legislador ordinário. Há, assim, a nosso ver, violação do disposto no art. 2.º, da Constituição da República.

*O § 1º viola o princípio da independência e harmonia dos poderes e usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião máximo da Constituição, segundo o caput do art. 102. A lei neste ponto interpreta a Constituição, na verdade, **revogando** a exegese mais recente do Supremo Tribunal Federal e lembra o caso emblemático *Marbury v. Madison da Suprema Corte Americana.**

*Aliás, como se sabe, toda a teoria judicial **review** começa com a inconstitucionalidade formal naquele caso, sob inspiração do Chief Justice MARSHALL, quando o Congresso Americano pretendeu, por lei, criar competência originária para a Suprema Corte relativa ao **writ of mandamus**. A competência originária daquela corte é somente a definida no próprio texto da Constituição e não em leis (“Statutes”) do Congresso.”*

A matéria encontra-se atualmente (13/11/2003) com vista ao Ministro Sepúlveda Pertence, relator da ADIn supra-referida, aguardando a sociedade a solução da jurisdição constitucional no sentido da declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos em tela, como forma de efetivação do Texto maior em detrimento das “maiorias eventuais” que teimam em desconsiderá-lo.

V - A ORIENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FLUMINENSE

Dentro desta linha de raciocínio – entendendo que os dispositivos em exame violam a supremacia constitucional – o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio de seu Procurador-Geral de Justiça editou, em 20/02/03, a Resolução nº 1129, onde foi expedida recomendação, sem efeito normativo, aos membros do *Parquet* que as ações civis públicas de improbidade administrativa,

¹⁸ MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 2645.
¹⁹ Disponível em <http://www.conamp.org.br>, acesso em Outubro de 2003.

fundadas na Lei nº 8.429/92, sejam ajuizadas perante o Juízo de primeiro grau, independentemente da natureza funcional do agente público responsável pela conduta. No mesmo sentido, a recomendação aduz que, nas causas referidas, deva ser argüida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 2º do art. 84, do Cód. Proc. Penal, com a alteração introduzida pela Lei n.º 10.628, de 24.12.2002. Finalmente, propugna-se que, nas ações civis públicas, propostas em face de agentes com foro especial, que já estejam tramitando no Juízo de primeiro grau, deva também ser suscitada a inconstitucionalidade incidental do mesmo dispositivo do Código de Processo Penal.

Tal medida visa a estimular o controle de constitucionalidade, por intermédio do sistema difuso, da norma em exame, servindo de multiplicador para as inúmeras decisões judiciais que certamente vão advir da questão ora exposta.

VI - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face ao exposto, afere-se que o legislador ordinário, ao editar a Lei 10.628/02 arvorou-se em Poder Constituinte e acrescentou mais uma competência originária ao rol exaustivo de competências de cada tribunal existente no ordenamento jurídico nacional. Tal conduta viola a tradição do ordenamento brasileiro que preceitua expressamente ser a repartição da competência jurisdicional – especialmente da competência originária dos Tribunais – fixada na Constituição da República, de forma expressa e exaustiva, vedada qualquer interpretação extensiva.

O comando se aplica com relação ao Supremo Tribunal Federal, aos tribunais superiores, aos Tribunais Regionais Federais e aos juízes federais, bem como aos tribunais estaduais, cuja competência também há de ser fixada em sede constitucional estadual, segundo expresse mandamento da Constituição Federal, previsto no Artigo 125 § 1º da Carta da República. Agindo desta forma, traz o legislador ordinário a lume – dois séculos depois – a controvérsia judicial do caso *Marbury Vs Madison*, precedente que institucionalizou a idéia de jurisdição constitucional e supremacia formal da Carta Magna em relação às normas infraconstitucionais.

Com efeito, os limites da competência dos tribunais estão descritos no texto constitucional, quer federal, quer estadual, sendo vedado ao legislador ordinário ultrapassá-los, acrescentando nova competência ao rol exaustivo posto na Constituição, como se poder constituinte fosse.

Não pode, pois, a lei ordinária regular matéria que só pode ter sede constitucional, sob pena de violação do caráter rígido da Carta Magna; sua supremacia formal e material sobre todas as espécies normativas e, especialmente, a independência e a harmonia dos poderes do Estado, determinada no artigo 2º da Constituição Republicana.

Tal noção, de clareza curial, demonstra a atualidade da doutrina Marshall e a contemporaneidade do precedente para os estudiosos do Direito Constitucional.

VII - BIBLIOGRAFIA

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KLAUTAU FILHO, Paulo. "A primeira decisão sobre constitucionalidade: Marbury v. Madison (1803)". Artigo distribuído pelo Professor Lenio Luiz Streck aos alunos da disciplina Teoria da Constituição no Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá. Outubro de 2003.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. 12ª Edição. São Paulo: Atlas, 2002.

NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

PEÑA, Guilherme. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

**Publicado originalmente na Revista nº 19 jan./jun. 2004, p. 81.*

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AS CLASSIFICAÇÕES LEGISLATIVAS

CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO*

“A Lei não pode obrigar que os brancos me amem, mas pode impedir que eles me discriminem”.

Martin Luther King

SUMÁRIO

I – Introdução

II – Legislação e classificação legislativa

III – O sentido do princípio da isonomia

IV – Limitações da idéia jurídica da igualdade

V – Possibilidades exegéticas do princípio da isonomia

I – Introdução

Objetiva este estudo analisar de modo sucinto e crítico o princípio de que todos são iguais perante a lei, que ganhou espaço próprio em quase todos os documentos constitucionais editados após a Revolução Francesa, quando esta no ano de 1789 fez sepultar o *ancien régime*, abrindo caminho às aspirações antiabsolutistas e igualitárias.

É certo, todavia, que a Constituição dos Estados Unidos da América, elaborada pela Convenção de Filadélfia em 1787, já anteriormente à vitória dos revolucionários franceses, dera notícia ao mundo da consagração jurídica do ideal da soberania popular e, assim, da igualdade política na formação e titularidade do Estado, o que vai simbolizado na locução – *we the people* – que inaugura o preâmbulo daquela notável lei fundamental. Organizavam-se então as colônias recém-independentes da Nova Inglaterra sob a forma de Estado federal, adotando o sistema de separação funcional do poder público, bem como a noção de supremacia e rigidez constitucional, que, a esse tempo, ainda sem o amparo da rica teorização doutrinária e jurisprudencial acerca do *judicial review* que se seguiu ao célebre voto de *Chief Justice* Marshall no caso *Marbury v. Madison*¹, exsurgia de maneira implícita da cláusula *in pursuance thereof*, conforme contida no artigo 6.º Constituição².

Inobstante a sua índole pioneira, a Lei Magna norte-americana, posto exemplificar o modelo clássico e sintético de constituição, mais apropriado à mentalidade liberal e burguesa então reinante, que não se ocupava de assuntos que não aqueles relacionados com os traços genéricos e estruturais da sociedade política, não apresentou desde logo um elenco de direitos e garantias individuais oponíveis ao

* Advogado, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Subprocurador Geral da República aposentado e “Master of Laws” (LL.M.) pela University of Michigan, EUA.

1 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

2 Essa disposição contida na segunda parte do artigo 6º da Constituição americana está assim redigida: “**This Constitution and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof. . .**”

próprio Estado. A rigor, o “*Bill of Rights*” americano foi sendo introduzido na ordem constitucional daquele país mediante sucessivas emendas à constituição, entre elas a Emenda 14, somente adotada em 1868, e que incorporou expressamente o princípio da isonomia, lá identificado sob a fórmula da “*equal protection of the laws*”³.

Foi por conseguinte o direito público francês que formalizou em primeiro lugar a nível constitucional a idéia jurídica da igualdade, estampando-a logo no artigo 1.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, depois incorporada à guisa de preâmbulo ao texto constitucional adotado a 3 de setembro de 1791⁴.

Tendo a partir daí o ideal da “*égalité*” alcançado lugar cativo nas constituições modernas, nascia no plano jurídico-positivo poderoso instrumento de reação contra os privilégios pessoais e a hierarquização das classes sociais, que, com variantes puramente culturais, vigorou por toda a antiguidade, na Idade Média e no Renascimento absolutista. Nascia também com o princípio da isonomia a fonte inesgotável de argumentos para o ideário igualitarista, que a partir da 2.ª metade do século 19 incendeia a história do pensamento político-econômico, espalhando até os nossos dias suas centelhas cada vez mais acesas.

Paradoxalmente, porém, o avanço dos movimentos em prol da igualdade social fez resultar o conflito, até hoje insolvido, entre a limitada noção da igualdade jurídica, que de acordo com suas origens históricas preconiza não mais, ou pouco mais, que a abolição dos privilégios pessoais e o desejo de igualdade real, isto é, de igualdade de fato entre os homens no meio social, conflito esse que passou a constituir tormento de todo regime político.

Ocorreu, então, que a idéia da igualdade dita jurídica ou formal deixou de servir aos postulados da igualdade dita material ou real, chegando mesmo a tornar-se obstáculo a ser transposto pela sociedade política se se quiser saltar do estágio de Estado de Direito, de natureza puramente jurídico-positiva, para o estágio de Estado de Justiça, que representa um avanço teórico na concepção da entidade estatal, por isso que enfoca axiológica e sociológica as estruturas internas da organização política⁵.

Tem-se aí tema de vocação verdadeiramente enciclopédica que, por sua amplitude, não pode nem de longe ser aprofundado nos estreitos contornos deste trabalho. Consciente dessa circunstância, minha intenção aqui foi tão-só a de examinar em breves linhas, mas de modo o tanto quanto possível crítico, a problemática que envolve o princípio da isonomia, pondo em confronto o seu reduzido sentido original

3 Assim dispõe a parte final da seção 1 da referida Emenda 14: “... **nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws**”.

4 Nesse sentido dispõe o artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada a 25 de agosto de 1789: – “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”. Cabe registrar, aqui, que o inteiro teor dessa Declaração continua fazendo parte integrante do direito constitucional em França, vez que tanto a Constituição de 1946 quanto a de 1958, ainda vigente, proclamam de modo expresso e solene sua adesão às disposições de tal documento revolucionário.

5 Observe-se, nesse sentido, que a idéia do Estado de Direito, seja conforme originalmente formulada na Alemanha por Von Mohl (“**Reich Staat**”), seja conforme mundialmente celebrizada por Jefferson (“**government of laws**”), em que pese a sua imensa utilidade teórica para a concretização dos anseios iniciais de limitação jurídica do público, apresenta pouca valia para o questionamento científico das crises sociais intestinas da organização política. É que, retratando o ordenamento jurídico, o regime político-econômico subjacente à organização estatal, a distância entre o Estado de Direito e o Estado Social ou de Justiça pode ser a mesma que separa, na linguagem das filosofias antipositivistas, o “**legal**” do “**justo**”. Sobre o assunto recomenda-se a excelente obra de Michel Mialle, **L'État du Droit, Presses Universitaires de Grenoble**, 1978, especialmente as págs. 183 e segs.

com as dificuldades atuais que sua aplicação apresenta. Procurei ainda especular acerca das suas imensas possibilidades exegéticas, para o que tomei por modelo a construção acadêmica e jurisprudencial que tem sido levada a efeito ultimamente nos Estados Unidos da América, onde se lança mão dos mais sofisticados esquemas de análise constitucional com vistas a romper as históricas barreiras jurídico-positivas que impedem ou limitam a utilização do princípio isonômico como instrumento eficaz para a proteção de direitos de indivíduo e para a realização da justiça social.

II – Legislação e classificação legislativa

Não se deve supor que a regra constitucional da isonomia⁶ impede que se estabeleçam desigualdades jurídicas entre os sujeitos de direito. Não. Tal não é assim, porquanto o fenômeno da criação legislativa importa inevitavelmente em classificar pessoas e coisas segundo toda sorte de critérios fáticos. No que respeita em especial à classificação legislativa dos indivíduos, os homens são discriminados juridicamente com base em uma miríade de índices classificatórios, seja em razão da sua qualificação profissional, em razão do montante de sua renda, em razão da sua idade, e assim por diante segundo uma incontável ordem de diferenciação. Ninguém poderá objetar, nesse sentido, por exemplo, com a inconstitucionalidade do sistema de alíquotas progressivas instituído na legislação do imposto de renda, que classifica os contribuintes para fins de tributação em diversas classes de acordo com a renda líquida de cada um, o mesmo se podendo dizer no tocante à recente Lei n.º 6.708, de 30 de outubro de 1979, estabelecendo reajustamento semestral de salário, onde se prevêem níveis de reajuste diferenciados segundo diversas faixas salariais.

De fato, à luz do princípio da igualdade apenas formal ou jurídica, de inspiração liberal e burguesa, que é de todo condescendente com as desigualdades oriundas da economia de mercado, as classificações legislativas podem reproduzir as incontáveis diferenças de toda ordem encontradas no meio social, o que bem evidencia a relatividade da regra isonômica assim concebida como instrumento de promoção da igualdade material entre os homens. Nessa linha de considerações, a lei pode até mesmo, e sem vulneração do princípio igualitário, classificar um só, uma única pessoa, destacando-a no contexto social para torná-la isoladamente sujeito de direito, desde, é claro, que não haja na realidade idêntico paralelo fático a exigir o mesmo tratamento normativo. É o que se dá, por exemplo, com as cognominadas “*leis de favor*” ou “*leis de um só*”, como aquelas que concedem isenções tributárias de caráter individualizado, ou as que conferem pensões às expensas do tesouro público a viúvas de vultos nacionais como reconhecimento de sua contribuição aos valores da pátria⁷. A rigor, mesmo quando consubstanciadas em atos legislativos formais,

6 Entre nós ela vem prevista no art. 153, § 1º, da Constituição Federal, com a redação seguinte: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas...”

7 A propósito já há muito preconizava Esmein, na conhecida passagem: “... Ce sont là, croyons-nous, les vrais principes; mais les lois particulières (privilegia), rendues pour ou contre certaines personnes, ne sont pas cependant totalement éliminées de notre législation. Nous voyons d’abord certaines lois rendues parfois en faveur d’une personne vivante ou d’une personne morale; mais nous savons par avance que c’est là une simple apparence, qu’on n’a pas alors devant soi de véritables lois, mais des actes d’administration ou de gouvernement, qui, pour des raisons spéciales, exigent le consentement du pouvoir législatif. Telles sont les lois d’intérêt local; telles les lois qui accordent parfois une pension extraordinaire à un éminent citoyen ou à sa veuve; telles les lois qui décident que les funérailles d’un grand citoyen seront faites aux frais de l’état et seront des funérailles nationales”. (A. Esmein, in **Eléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé**,

isto é, quando editadas pelas assembléias e parlamentos, tem-se nesses casos atos normativos de efeito e conteúdo concreto, portanto destituídos de generalidade e abstratividade, o que lhes imprime a natureza peculiar aos atos administrativos⁸. Por isso pode-se buscar a sua anulação, tanto na esfera executiva quanto judiciária, tal qual ocorre com os atos administrativos em geral, isto mediante invocação de desvio ou abuso de poder, demonstrando-se para tanto o indevido favoritismo pessoal ou a lesividade ao Erário que possam esses atos eventualmente ensejar.

O fenômeno de que o exercício da atividade legislativa costuma importar em toda sorte de classificações jurídicas foi retratado de forma magistral por Morris Forkosch, ilustre Professor de Direito Constitucional da “*Brooklyn Law School*”, nos Estados Unidos da América, que expõe:

“The right to legislate implies the right to classify... From the very necessities of society, legislation of a special character, having these (police power) objects in view, must often be had in certain districts... Special burdens are often necessary for general benefits... In other words, general legislation which applies to all persons (or property), and gives or takes equally from all, is contrasted with special legislation which applies to less than all, and gives or takes special burdens to or from this special group. This inequality... is of no significance upon the question of constitutionality”⁹.

Quem traduziu entre nós, com aguda percepção, o fenômeno de que as classificações jurídicas são essenciais à atividade normativa do Estado, foi o saudoso San Tiago Dantas, que observou:

“Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior, raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre os distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade da valia que oferecem a todos, raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas distinções, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade”¹⁰.

Paris, 1921, tomo II, pág. 515).

8 Nesse sentido está a lúcida observação de San Tiago Dantas, que expõe: “É verdade que os Parlamentos votam leis formais, concedendo a indivíduos, nominalmente determinados, pensões ou benefícios, declarando de utilidade pública a desapropriação de certo imóvel, isentando de impostos uma fábrica, concedendo um serviço público. Todos esses atos, que formalmente são leis, não contêm norma geral, mas preceito concreto, individualizado, e, tecnicamente, falando, têm a forma de uma lei e o conteúdo de um ato administrativo. Tais leis não são inconstitucionais, nem ferem o princípio da igualdade, apenas porque são atos conformes a uma outra lei, de caráter geral, que os autoriza” (F. C. San Tiago Dantas, **in Problemas de Direito Positivo**, Rio, 1953, págs. 58 e 59).

9 Morris Forkosch, **Constitutional Law**, The Foundation Press, 2nd. ed., pág. 519.

10 San Tiago Dantas, **Problemas de Direito Positivo**, 1953. p. 56.

E cabe reparar que as discriminações legislativas podem ser tão numerosas quanto podem ser os critérios indicativos de distinção entre os homens, dos quais se pode valer o legislador como suporte fático para a edição das normas jurídicas. Nessa linha de idéias é natural que quanto maiores forem as diferenças econômicas e sociais observadas no meio social, o que obedece sempre ao grau de desenvolvimento das nações, maiores serão os indícios fáticos utilizáveis para as classificações legislativas. Tudo porque, consoante se verá no item seguinte, o princípio constitucional da isonomia não exige a equivalência real entre os homens, mas tão-só a igualdade de tratamento jurídico para idênticas situações de fato. Tratar igualmente os iguais é o seu escopo único, embora nada impeça, ao contrário, tudo aconselha, que o processo legislativo seja utilizado para eliminar ou diminuir as desigualdades reais entre os homens.

É certo que determinados traços distintivos não podem servir como critérios de classificação normativa, o que se dá sempre que a Constituição ela mesma considera odiosa a classificação feita com base em tais critérios "*inviduous discrimination*" – segundo a nomenclatura norte-americana, como é o caso típico entre nós das discriminações por motivo de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Tal ocorrendo, fica subtraída à competência do legislador ordinário a faculdade de estabelecer classificações com base em tais indícios fáticos de diferenciação, incorrendo, na eiva de inconstitucionalidade, o ato normativo que estabelecê-las.

III – O sentido do princípio da isonomia

A regra de que todos são iguais perante a lei traduz, segundo sua origem histórica mais genuína, a exigência da simples igualdade formal entre os sujeitos de direito, proibindo que se crie tratamento jurídico diverso para idênticas situações de fato. Impede, em suma, que o legislador trate desigualmente os iguais.

Por isso, conforme se anotou no item anterior, o princípio isonômico, de acordo com sua concepção original francesa ("*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*" – dispunha o artigo 1.º da célebre Declaração de 1789), jamais foi impeditivo de toda sorte de classificações legislativas, requerendo apenas (o que é muito pouco) o igual tratamento jurídico para todos ou, pelo menos, para todos quantos estejam na mesma situação de fato. É que, resultando a regra igualitária da explosão de liberdade vivida pela sociedade política ao fim do século 18, sua noção nasceu individualista, ao invés de coletivista, nada aduzindo, portanto, quanto à distribuição da riqueza e dos meios de sobrevivência no organismo social. Bastava que a lei fosse igual para todos, ou igual para os iguais, sem adoção dos privilégios vigorantes no período absolutista, para que ficasse satisfeito o cânone da igualdade jurídica. Sua função, destarte, não era outra se não a de permitir que a liberdade individual pudesse operar como força motriz do desenvolvimento sócio-econômico, dando a cada um o que é seu, por direito de herança ou conquista.

Essa visão nitidamente individualista e libertária da regra isonômica fez com que o direito constitucional moderno, mormente no século 19, embutisse a idéia da igualdade no ideal prevalente da liberdade, de maneira a exigir do Estado uma atitude de omissão ou parcimônia na regulamentação da economia, que deveria organizar-se de acordo com a lei natural do "*laissez faire, laissez passer*". Daí porque a esse tempo não se impôs à entidade estatal ações positivas e de conteúdo concreto com vistas à correção das desigualdades existentes no meio social, o que só veio ocorrer nas constituições socialistas e em algumas neo-liberais do século XX, a exemplo da

mexicana, de 1917, da alemã de Weimar, de 1919, da soviética, de 1923, e da italiana, de 1947, entre muitas outras¹¹.

Chega-se historicamente a essa conclusão, se se considerar que a Revolução Francesa, não no seu limiar, mas na sua consagração final, foi muito mais um movimento de reformulação política do que um movimento de reformulação social. É que a elite burguesa que então assumiu o poder político em França, longe de pretender estabelecer um regime de igualdade material extensivo à classe camponesa e às camadas inferiores do chamado terceiro estado (*le tiers-état*), seus aliados do início da revolução, pretendeu tão-só destruir as estruturas políticas de dominação e privilégio absolutistas que tanto prejudicavam o exercício da liberdade necessária à exploração da atividade econômica manipulada pela burguesia. A vitória revolucionária de julho retrata, com efeito, muito mais uma conquista da liberdade política capitalista do que uma conquista da igualdade social, aspiração essa logo sufocada com a instalação em Versailles da classe burguesa, a esta altura já livre do jugo absolutista. Daí porque a queda do antigo regime representa não apenas a falência dos dogmas institucionais do absolutismo, notadamente a vocação hereditária ao trono e a concentração de poderes nas mãos do rei, mas, sobretudo, a ruptura com o sistema hierárquico de organização social, que dificultava o acesso da burguesia mercantil ao lucro desenfreado.

Como bem esclarece André Hauriou: por essa razão histórica, o ideal de igualdade que se conseguiu concretizar no desfecho da revolução vitoriosa foi tão apenas o da isonomia formal e jurídica, sem substância concreta, consistente na simples abolição dos privilégios atribuídos à nobreza e ao clero, de maneira a operar-se a transformação do Estado de uma sociedade politicamente hierarquizada para uma sociedade juridicamente igualitária¹². Semelhante análise é feita por Francis Paul Benoît, na sua magnífica e recente obra acerca da democracia liberal, onde sustenta: – *L'égalité en effet, à l'inverse de la liberté, n'est pas alors reconnue comme un droit: elle n'est considérée que comme un moyen, de portée générale, qui permettra d'assurer de façon effective le respect des droits reconnus. L'égalité n'a pas de contenu concret propre, elle n'est précisément que l'égalité en droits, elle est la condition de la réalité des droits qui vont être reconnus, et donc, notamment la condition de la liberté... Tel est en effet l'essentiel: l'Ancien Régime avait pour base l'inégalité en droits; le nouveau régime social issu de la Révolution aura pour base l'égalité en droits. Mais cette égalité en droits ne joue que le rôle de base fondamentale, de principe directeur de l'organisation sociale, un rôle d'orientation. En elle-même elle est sans contenu concret. Une deuxième étape s'impose donc: celle de la définition de ces droits, qui seront, bien sur, également reconnus à tous, mais surtout dont les contenus concrets seront en harmonie avec le principe de base de la société, l'égalité*¹³.

11 Vale transcrever neste passo, como ilustração dessa nova mentalidade constitucionalista, que já não mais se limita a adotar em nível formal e jurídico o princípio da isonomia, o artigo 3º da Constituição da Itália de 1947, onde bem se vislumbra a preocupação do legislador constituinte com as injustiças e disparidades sociais que podem advir do sistema da livre concorrência. Textualmente: “**Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono equali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese**”.

12 Eis na íntegra a prestigiosa opinião de André Hauriou: “*La Révolution de 1789 a certes été, au principal, une révolution politique, mais elle a été aussi, dans une large mesure, une révolution sociale en ce sens qu'elle a fait succéder, tout au moins sur le plan juridique, une société égalitaire à une société hiérarchisée et inégalitaire. Jusqu'en 1789, la société française est, en effet, divisée en trois ordres ayant chacun un statut juridique particulier, le Clergé, la Noblesse et le Tiers-Etat*” (in *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Ed. Montchrestien, 1975, págs.778-779).

13 Francis-Paul Benoît, *La Démocratie Libérale*, Presses Universitaires de France, Paris, 1978, págs. 24-25.

Essa concepção jurídica e limitada da igualdade impregnou todo o mundo liberal da época moderna e contemporânea, vinculando até os nossos dias a mentalidade constitucionalista no Ocidente, conforme se verá mais adiante, embora aqui e ali já se esbocem esquemas exegéticos na tentativa de ampliar o seu sentido, de modo a utilizar a regra de isonomia como instrumento jurídico de promoção da justiça social.

No Brasil, o princípio isonômico, considerado este como simples vedação formal a privilégios individuais, adentrou a nossa primeira constituição republicana, promulgada a 24 de fevereiro de 1891, cujo artigo 72, § 2.º, assim prescrevia:

“Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.”

Em face da própria letra com que se redigiu a nossa primeira regra constitucional de isonomia, João Barbalho e Carlos Maximiliano, sem dúvida os dois maiores comentadores da Carta Magna do limiar da República, foram unânimes em concluir pelo sentido puramente formal daquela recém-adotada norma de igualdade. O primeiro deles foi categórico no expor: “Não há, perante a lei republicana, grandes e nem pequenos, senhores nem vassallos, patrícios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o Direito. Não existem privilégios de raça, casta ou classe, nem distinções quanto às vantagens e ônus instituídos pelo regime constitucional. E a desigualdade proveniente de condições de fortuna e de posição social não influi nas relações entre o indivíduo e a autoridade pública. A lei, a administração, a justiça são iguais para todos”¹⁴. A sua vez, com análise mais penetrante, sustentou Carlos Maximiliano: “... Todavia, a igualdade como garantia fundamental da lei básica não tem caráter absoluto, mas, ao revés, é relativa. Tratam-se igualmente situações semelhantes e desigualmente situações dessemelhantes. A igualdade assegurada pelas Constituições não é uma igualdade de fato ou material, consistente numa parificação mecânica. Consiste, na verdade, numa potencial paridade jurídica de todos os membros da coletividade estatal perante a lei”¹⁵.

E foi na trilha desse entendimento formalístico e liberal, fiel às mais legítimas tradições franco-anglo-americanas, que o constitucionalismo brasileiro delineou o alcance da nossa regra de isonomia. Assim está, por exemplo, a conclusão sucinta a que chegou o Professor Paulino Jacques no trabalho de tese com que concorreu à cátedra de Direito Constitucional na antiga Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, sob o título *Da Igualdade perante a Lei*. Textualmente:

“No Brasil de nossos dias, portanto, todos são iguais perante a lei significa tratamento igual para os que se encontram nas mesmas condições e debaixo de idênticas circunstâncias”¹⁶.

Vale assinalar, neste passo, que a teorização brasileira do princípio da isonomia, posto que atrelada à concepção formalista da igualdade, desprezou por completo o problema da igualdade dita real ou material, acatando, assim, os postulados do liberalismo clássico, por demais condescendente para com as desigualdades sociais geradas pelo regime de incontrolada concorrência econômica. Bem exemplifica esse enfoque doutrinário a opinião de Francisco Campos, que aduz: “Ele (o princípio da igualdade) se difunde por todo o tecido das relações humanas que possam constituir

14 João Barbalho, *Comentários à Constituição de 1891*, art. 72, § 2º, pág. 303.

15 Carlos Maximiliano, *A Constituição Brasileira Comentada*, vol. V, pág. 248.

16 Paulino Jacques, *Da Igualdade perante a Lei*, Ed. Forense, 1957, pág. 167.

objeto de regulamentação jurídica, ou seja, suscetíveis de configurar-se em conteúdo de um ato ou de um comando da autoridade pública. Não é princípio adstrito a um aspecto ou a uma forma de organização social: é um postulado de ordem geral, destinado a reger o comércio jurídico em todas as modalidades, de modo a assegurar, particularmente sob as constituições liberais e democráticas, o regime da concorrência, que é a categoria sob a qual elas concebem não somente a ordem social, como a ordem política, a ordem econômica e a ordem jurídica”¹⁷.

Modernamente, nada ou quase nada se fez no Brasil no sentido de questionar o excesso de formalismo liberal da regra da “igualdade perante a lei”, ao contrário do que ocorre nos centros culturais mais desenvolvidos política e economicamente, a exemplo dos Estados Unidos, França e Alemanha, onde a idéia da igualdade jurídica a toda hora recebe pinceladas teóricas que lhe dão vida nova, adaptando-a às modernas exigências sociais. É de ressaltar-se entre nós, porém, como sendo das poucas mas honrosa exceção, a crítica atirada ao princípio jurídico da isonomia por Pontes de Miranda, que de maneira percuciente comenta o conflito entre a igualdade de direito e a igualdade de fato: “Para se chegar, no direito, a maior igualdade entre os homens, é preciso criarem-se, no mundo fático, mais elementos comuns a todos. Maior igualdade não se decreta, se bem se possa decretar redução de desigualdades artificiais, isto é, fora do homem”¹⁸.

Tal se explica porque a igualdade real ou material entre os homens na sociedade política depende em grande parte do modelo político-econômico adotado pelas nações, e não do fato de o Estado estar subordinado a uma ordem jurídica que imponha de forma apenas normativa e abstrata o ideal da igualdade, ou de estarem os atos estatais sujeitos ao controle jurisdicional, sendo eles, por isso suscetíveis de invalidação se discrepantes do direito vigente.

Todavia, como se exporá a seguir, são muitos os que, alhures, preconizam a reformulação teórica da regra isonômica, buscando libertá-la das suas limitações de origem e desse modo transformá-la em instrumento útil para o desenvolvimento social e político da cambiante sociedade contemporânea, de vocação nitidamente humanista e socializante.

17 Conf. *Revista de Direito Administrativo*, vol. X, pág. 380. Vale notar que esse ponto de vista conservador, onde resulta implícito que o poder público não tem a obrigação constitucional de corrigir as desigualdades ocorrentes no meio social, e que essas desigualdades constituem uma consequência natural e inevitável do regime de liberdade econômica, foi o que efetivamente prevaleceu também nos Estados Unidos até meados da década de 30. A decisão da Suprema Corte americana no caso *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), invalidando lei estadual que objetivava proteger esforços no sentido da organização profissional e sindical, considerada indesejável a essa época, bem reflete essa mentalidade típica do classicismo liberal. Reconheceu, então, aquela alta Corte, em voto hoje em dia inteiramente ultrapassado na jurisprudência americana, que – **inequalities are but the normal and inevitable result of the exercise of rights of contract and property**. Contudo, conforme se exporá nos tópicos seguintes, a partir da década de 40, o constitucionalismo norte-americano empenhou-se para distinguir, inclusive na área econômica, entre desigualdades permitidas e desigualdades não permitidas. É certo, porém, que o forte compromisso ideológico das instituições político-econômicas americanas com os cânones da economia de mercado não permitiu que a **equal protection of the laws**, em que pese a todo o seu avanço exegético naquele país, se saísse vitoriosa no mister de eliminar por inteiro as desigualdades existentes na vida social. As conquistas sociais que lá se alcançaram decorreram, por isso, muito mais da iniciativa do legislador ordinário, do que do trabalho judicial de análise e aplicação da Constituição, do que faz exemplo eloqüente o **Civil Rights Act**, votado pelo Congresso americano no ano de 1964, garantindo de forma específica o direito à igualdade em inúmeros aspectos da vida social.

18 Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1969*, vol. IV, pág. 671.

IV – Limitações da idéia jurídica da igualdade

O grande dilema que abate o princípio da isonomia repousa na impotência virtual que o mesmo apresenta para eliminar ou diminuir, a pretexto de exigência constitucional, as desigualdades materiais entre os homens¹⁹. É porque, como se anotou acima, seu elemento teleológico cinge-se a exigir igual tratamento jurídico para todos quantos estejam na mesma situação de fato, nada aduzindo acerca do grau de justiça e moralidade das relações humanas no contexto social.

O magnífico trabalho jurisprudencial que tem sido levado a efeito nos tribunais norte-americanos fornece exemplos eloqüentes desse conflito inexorável entre a igualdade formal e a igualdade real, bem como das imaginosas tentativas que lá se vem fazendo para superar o impasse criado pelos estreitos contornos do princípio jurídico da isonomia.

Ainda recentemente a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu uma série de controversias em que se buscou impugnar, por motivo de inconstitucionalidade, programas governamentais de cunho econômico e social, sobretudo de natureza previdenciária, para o que se argumentou, em linha de princípio, com a deficiência de tais projetos públicos em superar desigualdades materiais mediante tratamento jurídico desigual e mais benigno para os segmentos populacionais mais carentes da sociedade americana. Pretendeu-se mesmo, com audácia, estabelecer a nível de *common law* uma proteção constitucional da pobreza, seguindo-se a linha da mais genuína tradição intervencionista do judiciário americano nos grandes temas nacionais, que caracterizou a convenionada *polley judge made*, e que marcou sobretudo a presidência de *Chief Justice Warren*, quando a Suprema Corte, a *latere* e independentemente do Poder Legislativo, muito inovou na ordem jurídica daquele país, criando políticas jurisprudenciais para a proteção de inúmeros direitos, bem como para a reparação de desigualdades sociais, de que faz exemplo a política de integração racial compulsória nas escolas públicas, formulada no caso *Brown v. Board of Education*²⁰, e a de regulamentação do procedimento policial para o interrogatório dos indiciados criminalmente, formalizada no julgamento do caso

19 Cogita-se aqui, evidentemente, das desigualdades sociais corrigíveis, a exemplo da riqueza, grau de instrução, oportunidades de emprego etc., porquanto as diferenças genéticas e inerentes aos homens, como a cor da pele, a inteligência, a aptidão física etc., que a doutrina norte-americana denomina **immutable traits**, são insuscetíveis de serem corrigidas faticamente, muito embora se possa proibir, no plano jurídico, que se estabeleçam classificações legislativas com base nesses caracteres distintivos, podendo-se, ainda, além disto, impor ao legislador, em sede constitucional, a obrigação de fixar no direito ordinário tratamento discriminatório mais benigno para os grupos inferiorizados por fatos da natureza, como os inválidos de toda espécie. A recente Emenda nº 12 à vigente Constituição do Brasil, assegurando aos deficientes, embora de modo programático, a melhoria de sua condição social e econômica, configura genuíno exemplo dessa última hipótese de correção de desigualdades. Não é demais registrar, por oportuno, que essa distinção entre desigualdades mutáveis e desigualdades imutáveis remonta a priscas eras, sendo de notar que Rousseau, no seu discurso acerca da origem da desigualdade humana, já expunha: – **I conceive two species of inequality among men; onde which I call natural, or physical inequality, because it is established by nature, and consists in the difference of age, health, bodily strength, and the qualities of the mind or the soul; the other which may be termed moral, or political inequality, because it depends on a kind of convention, and is established, or at least authorized by the common consent of mankind. This species of inequality consists in the different privileges, which some men enjoy to the prejudice of others, such as that of being richer, more honored, more powerful, and even that of exacting obedience from them** (Jean-Jacques Rousseau, in *The Social Contract and Discourse on the Origin of Inequality*; tradução inglesa pela Washington Square Press, 1977, pág. 175).

20 347 U.S. 483 (1954).

Miranda v. Arizona²¹. Essa adaptação pretoriana da ordem jurídica às realidades emergentes no meio social caracteriza o que se convencionou chamar de a concepção instrumental (*instrumental conception*) do direito anglo-americano, que avista o sistema de normas positivas como um sistema vivo e dinâmico de valores destinado a reger as cambiantes realidades sociais e, por isso, judicialmente adaptável a essas mesmas realidades²².

Convém acrescentar que os reclamos por uma sociedade mais justa e igualitária têm conduzido nos Estados Unidos a um intenso controle judicial sobre as classificações legislativas dotadas de repercussão econômica e social, tendo mesmo se chegado na década de setenta ao extremo de se reivindicar para a pobreza (*poverty*) o *status* de classificação suspeita (*suspect classification*), a exemplo das classificações em razão de raça (*racial discrimination*)²³ ou em razão de origem nacional (*alienage*)²⁴, que segundo a prática constitucional americana faz desencadear o controle judicial rígido (*strict scrutiny*) da classificação legislativa, expondo-a ao crivo quase discricionário dos juízes, como intérpretes finais que são das leis e da constituição²⁵. Dentre as inúmeras tentativas feitas nesse sentido, cabe destacar os casos Dandridge v. Williams²⁶, Richardson v. Belcher²⁷, Jefferson v. Hackney²⁸, Lindsey v. Normet²⁹, San Antonio Ind. School Dist. v. Rodriguez³⁰, Dept. of Agriculture v. Moreno³¹, Jimenez v. Weinberger³².

Em Dandridge v. Williams a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou compatível com a Constituição Federal o programa de previdência social (*welfare benefits program*) formulado pela Assembléia Legislativa do Estado de Maryland, que fixava o limite máximo mensal de certos benefício previdenciários em 250 dólares

21 384 U.S. 436 (1966).

22 O desenvolvimento da concepção instrumental do direito americano que teve lugar no início do século 19, e que foi responsável pela maioria das relevantes mudanças ocorridas nos Estados Unidos tanto no campo do direito público quanto do direito privado, é analisado em profundidade pelo professor Horwitz, para quem **what dramatically distinguished nineteenth century from its eighteenth-century counterpart is the extent to which common law judges came to play a central role in directing the course of social change** (Cf. Morton J. Horwitz, *The Emergence of an Instrumental Conception of American Law – 1780-1820*, pág. 287).

23 A discriminação legislativa em razão de raça só foi definitivamente considerada uma **suspect classification** na motivação (**reasoning**) da decisão (**holding**) no caso Korematsu v. United States, 323 US 214 (1944), quando, por contraditório que pareça, a Suprema Corte dos Estados Unidos manteve a condenação criminal de cidadão americano da chamada raça amarela, em virtude de violação de regulamento militar editado ao tempo da última Grande Guerra que proibia a presença em determinadas áreas litorâneas, sobretudo na costa oeste, de pessoas com ancestrais japoneses. Assim fazendo, aquela alta Corte entendeu compatível com a Constituição o questionado regulamento militar, para o que exerceu decisiva influência o então estado de beligerância entre os Estados Unidos e o Japão.

24 O critério da nacionalidade como base de classificação legislativa foi considerado suspeito pela Suprema Corte americana no caso Graham v. Richardson, 403 US 365 (1971), que declarou inconstitucional a lei estadual que discriminava, para fins de concessão de benefício de natureza previdenciária, entre residentes americanos e residentes alienígenas.

25 Sobre a discriminariedade judicial no julgamento dos atos normativos em face da constituição consulte-se a notável obra de Kenneth Culp Davis, **Discretionary Justice**, University of Illinois Press, 1976, especialmente às págs. 151 e seguintes.

26 397 U.S. 471 (1970).

27 404 U.S. 78 (1971).

28 406 U.S. 535 (1972).

29 405 U.S. 56 (1972).

30 411 U.S. 1 (1973).

31 413 U.S. 528 (1973).

32 471 U.S. 628 (1974).

por cada família, isto independentemente do tamanho do grupo familiar ou do seu grau de necessidade econômica. Para tanto, entendeu aquela alta Corte que os benefícios da previdência social podem ser concedidos mediante um valor uniforme e geral, não exigindo a Constituição a adoção de um sistema de auxílio que considere casuisticamente as diferenças sócio-econômicas da imensa classe de contribuintes do *social security system*. Com essa decisão a Suprema Corte americana inaugurava uma grande série de pronunciamentos judiciais que em conjunto transmitem o princípio de que os programas de previdência pública não são obrigados, por imperativo constitucional, a corrigir as desigualdades econômicas existentes no meio social. Adotou-se, em outras palavras, o princípio de que a correção de injustiças sociais deve advir da deliberação política e incondicionada do legislador ordinário, que não está impelido a tanto pelos superiores comandos da constituição.

Nessa linha de decisão, entendeu a Suprema Corte no ano seguinte, ao julgar o caso *Richardson v. Belcher*, que a lei previdenciária federal pode, sem qualquer vulneração da Lei Maior, estabelecer reduções no valor do benefício por invalidez, de maneira a compensar, desonerando o Tesouro Nacional, outras rendas percebidas a qualquer título pelo beneficiário do *disability benefit*, pouco importando ainda que tal redução não seja igualmente exigida nos contratos de previdência privada (*private insurance benefits*). O que ressalta implícito nesse acórdão é justamente a idéia de que a promoção da igualdade através das classificações legislativas pode ser alcançada mediante a supressão apenas parcial das desigualdades, não sendo exigência de ordem constitucional que elas abranjam toda a plêiade de situações desiguais existentes no mundo fático.

No caso *Jefferson v. Hackney*, o órgão máximo da Justiça norte-americana, ao declarar condizente com a Constituição Federal um programa legislativo do Estado do Texas, formulou o entendimento de que os diversos projetos de previdência pública promovidos por uma mesma unidade federativa podem estabelecer diferentes índices de necessidades familiares a serem supridas pelos respectivos programas assistenciais.

Em *Lindsey v. Normet*, a Suprema Corte americana proferiu decisão de alta repercussão social ao entender como sendo constitucionalmente válido o procedimento judicial da ação de despejo por falta de pagamento adotado pela Legislatura de Oregon. Os suscitantes da inconstitucionalidade argumentavam então com a obrigação do Estado de evitar a qualquer custo o despejo, até mesmo mediante o pagamento dos aluguéis em atraso a cargo dos inquilinos insolventes, de modo a impedir que alguém pudesse ser vítima desamparada da pobreza. Invocava-se, no fundo, um direito constitucional à moradia, argüível contra o poder público em caso de comprovada carência econômica. Aqui a Suprema Corte foi categórica em repelir o pleito de correção do desequilíbrio financeiro entre os proprietários de imóveis e inquilinos, aduzindo que a constituição protege a propriedade privada contra o confisco e que, além disso, não existem remédios constitucionais para todos os males sociais. Em outras palavras, esse pronunciamento pretoriano contém implícita a idéia, sempre presente nessa linha de questões, de que compete ao Poder Legislativo, no exercício de sua função inovadora e constitutiva da ordem jurídica, e o direito aplicável, tomar a iniciativa para a correção das desigualdades sociais. É ilustrativa nesse ponto a passagem do voto de Justice White, representando a maioria da Corte, onde se lê: *We do not denigrate the importance of decent, safe and sanitary housing. But the Constitution does not provide judicial remedies for every social and economic ill. We are unable to perceive in that document any constitutional guarantee of access to dwellings of a*

*particular quality or any recognition of the right of a tenant to occupy the real property of his landlord beyond the term of his lease, without the payment of rent. Absent constitutional mandate, the assurance of adequate housing and the definition of landlord-tenant relationships is a legislative not a judicial function. Nor should we forget that the Constitution expressly protects against confiscation of private property or the income therefrom*³³.

Em San Antonio Ind. School Dist. v. Rodriguez julgado no ano de 1973, foi trazida às barras da Suprema Corte americana questão que há tempos vinha agitando o debate jurídico nos Estados Unidos, relativo à constitucionalidade dos sistemas estaduais de financiamento da educação pública inteiramente apoiados na arrecadação do imposto predial (*property tax*), sistemas esses que classificavam, para fins de custeio das escolas públicas, os diversos distritos educacionais (*school district*) de acordo com o respectivo índice de arrecadação da *property tax*. Sustentava-se, então, que os residentes nos distritos educacionais mais pobres, posto que dotados de padrão residencial mais precário e apresentando, por conseguinte, menor arrecadação do imposto sobre a propriedade imobiliária, estariam condenados a receber um nível de educação inferior àquele oferecido nos *school districts* melhor aquinhoados pela receita derivada do imposto predial. Pretendia-se, em suma, o reconhecimento de um direito constitucional a igual nível de educação nas escolas públicas, isto independentemente da capacidade contributiva do distrito educacional a que pudesse pertencer a criança em idade escolar. E é bom que se diga, à guisa de esclarecimento, que as escolas públicas estaduais e municipais representam nada menos que 90% das instituições de ensino de 1º e 2º graus nos Estados Unidos, o que bem dá conta da repercussão nacional do julgamento do caso Rodriguez. Cabe reparar ainda que os fundamentos para a argüição da inconstitucionalidade de tal sistema financeiro-educacional eram articulados com base na teoria, muito prestigiada na mentalidade constitucional norte-americana, da interdependência das normas constitucionais (*the nexus theory*), para o que se argumentava que uma educação qualitativamente desigual poderia resultar numa desigual participação popular no sufrágio eleitoral, comprometendo ainda as condições necessárias para um igual exercício da manifestação de opinião, que são garantias asseguradas livres de toda sorte de constrangimento pelas 1.^a e 15.^a Emendas da Constituição dos Estados Unidos.

Tem-se aí um eloqüente exemplo da capacidade inventiva do jurista saxônico em tirar o máximo de proveito da fonte primeira de direitos que é a Constituição. No caso em exame, todavia, a atual Suprema Corte dos Estados Unidos (*"The Burger Court"*), de tendência mais tímida, senão conservadora, e menos intervencionista do que a *"Warren Court"*, que na década de 50 invalidou cerca de 200 textos legislativos da política do *"New Deal"* capitaneada pelo Governo Roosevelt³⁴, concluiu no sentido da constitucionalidade do questionado *"system of financing public education"*, no caso adotado pela Legislatura do Texas. Assim fazendo, considerou aquele Tribunal que a pretendida igualdade dos padrões de ensino público, embora socialmente desejável, não configura direito individual protegido constitucionalmente. E por não configurar direito constitucional, não é dado a ninguém invocá-lo enquanto o Poder Legislativo, e só ele, não deliberar conceder tal direito na via da legislação ordinária.

Mais recentemente, como que excepcionando essa linha de parcimônia na aplicação da *"equal protection of the laws"* na área econômica e social, a Suprema Corte americana, no caso Dept of Agriculture v. Moreno, considerou inconstitucional

33 Cf. Gerald Gunther, *Constitutional Law - Cases and Materials*, Foundation Press, 1975, págs. 849 e 850.

34 Cf. Gunther, ob. cit., pág. 658.

dispositivo do “*Federal Food Stamp Program of Assistance to Households*”, que condicionava o gozo de tal benefício previdenciário à comprovação do vínculo de parentesco pelas pessoas que co-habitassem um mesmo imóvel. Tal se deve porque aquela Excelsa Corte vislumbrou na classificação legislativa em apreço uma tentativa governamental disfarçada e ilegítima no sentido específico de excluir de tal proteção previdenciária as chamadas comunidades “*hippies*” (“*hippie communities*”), aparentemente consideradas indesejáveis pelo governo americano, o que configuraria uma “*inviduous discrimination*”. Como se verifica, a preocupação judicial no invalidar essa distinção legislativa entre “*moradores parentes*” e “*moradores não parentes*” assenta-se menos em razões de igualdade econômica, e mais em razões de privacidade individual (“*privacy*”), que sabidamente constitui um valor sacrossanto na longa história das liberdades públicas naquele país.

No ano de 1974, julgando o caso *Jimenez v. Weinberger*, a mesma Corte de Justiça invalidou ainda o preceito constante da lei federal de previdência social (“*Social Security Act*”) que suprimia o pagamento do auxílio invalidez (“*desability benefit*”) para os filhos ilegítimos nascidos após a inabilitação física e laboral do titular do benefício previdenciário. O objetivo maior do dispositivo invalidado era, à evidência, estimular aqueles em gozo de tal benefício a não gerarem filhos, de modo a não se onerar ainda mais os altos encargos da previdência social. O que ressalta dessa decisão é o propósito judicial de impedir a discriminação desnecessária e odiosa entre duas classes de filiação ilegítima, qual seja a dos nascidos antes e a dos nascidos após a ocorrência da incapacidade física do segurado.

Todos esses exemplos da belíssima jurisprudência norte-americana servem para evidenciar o impasse exegético que enfrenta o princípio jurídico da isonomia quando invocado para corrigir as desigualdades materiais ocorrentes no mundo fático, evidenciando que o sistema de igualdade puramente legal acaba por distinguir entre duas espécies de desigualdades para fins de controle jurisdicional: as desigualdades constitucionalmente permitidas e as desigualdades não permitidas pela Constituição. Isto vem comprovar o que se disse de início, que o princípio jurídico da igualdade é, no fundo, um princípio autorizativo de desigualdades sociais e econômicas entre os homens nos sistemas constitucionais que o adotam. Servem ainda os exemplos examinados acima para trazer à tona o conflito institucional de competência entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, que sempre se estremece quando se invoca a Constituição para a proteção das igualdades fundamentais entre os homens.

No Brasil, embora de forma ainda muito acanhada, tem-se experimentado já, particularmente no campo do funcionalismo público, os reflexos do impacto entre a idéia jurídica da igualdade e a aspiração pela igualdade de fato. Assim é que em diversas oportunidades o nosso Supremo Tribunal Federal tem repellido pretensões de funcionários por equivalência de vencimentos feitas sob fundamento da identidade concreta de funções³⁵. Nesses casos, como dá conta o enunciado da Súmula 339 da jurisprudência do Pretório Excelso, tem-se entendido reiteradamente que o fato da estruturação dos cargos públicos em carreira, bem como o da fixação por lei dos respectivos vencimentos, desautoriza o Poder Judiciário a criar ou estender vantagens à revelia do órgão dotado de competência legislativa para criá-las ou estendê-las³⁶.

35 Por exemplo, os acórdãos prolatados nos recursos extraordinários números 79.053-SP /74 e 82.953-SP/76, publicados respectivamente na **Revista Trimestral de Jurisprudência**, vols. 71 pág. 886 e 80 pág. 871.

36 É de registrar que infundáveis questões análogas a essas são diariamente suscitadas perante a Justiça do Trabalho no Brasil relativamente à aplicação da regra isonômica contida nos artigos 5º e 461 da CLT, que impõem a equivalência salarial por trabalho de igual valor.

O que se deve notar, para concluir esse tópico, é que inobstante as limitações inerentes ao princípio jurídico da isonomia pode ele operar como fonte inesgotável de proteção ao indivíduo contra os excessos de intromissão do Estado intervencionista. Nesse sentido, a regra constitucional da igualdade passa a operar quase como mais um princípio garantidor da liberdade econômica formal nos sistemas de democracia liberal. Basta, para tanto, que as instituições políticas e jurídicas saibam reanimá-lo com imaginação e perseverança, porquanto a experiência das nações ensina que o sucesso de toda ordem constitucional repousa menos na qualidade técnica das Constituições e mais na virtude dos homens e das instituições que lhes dão vida e sentido. Nessa linha de convicção, passa-se ao item final deste singelo estudo, apreciando-se as imensas possibilidades exegéticas do princípio da isonomia no campo dos chamados direitos humanos.

V – Possibilidades exegéticas do princípio da isonomia

A potencialidade da regra de que todos são iguais perante a lei reside a meu ver no instrumental que tal norma oferece para controle pelos órgãos judicantes, notadamente aqueles do Poder Judiciário, do próprio conteúdo dos atos normativos, sejam eles oriundos das Câmaras Legislativas ou editados por agentes da Administração Pública, conforme a tendência que por toda parte se vai generalizando.

Considerando que legislar importa, via de regra, em classificar, consoante procurei demonstrar de início, para que a classificação legislativa seja válida, faz-se preciso, em primeiro lugar, que se proponha ela a fins constitucionalmente legítimos, o que vale dizer, por exemplo, que não busque discriminar indivíduos em razão de sexo, de raça, trabalho, credo religioso e convicção política, o que é expressamente vedado pela Constituição do Brasil³⁷.

É preciso, além, disso, que a classificação legislativa se apresente razoável e se revista da indispensável racionalidade. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária ou caprichosa, mas que deve, ao revés, funcionar como meio idôneo e hábil para o atingimento de uma finalidade constitucionalmente válida. Para tanto, há de existir necessariamente um mínimo de compatibilidade e congruência entre a classificação em si e o fim a que ela está voltada. Se tal relação de identidade entre meio e fim ("*meansen relationship*"), segundo a expressão norte-americana da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a classificação resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, vez que nem mesmo ao legislador é dado discriminar leviana e injustificadamente entre os homens e grupos na sociedade política.

Nesse particular, a doutrina e a jurisprudência brasileira não acompanharam o avanço teórico do constitucionalismo norte-americano onde assentamos as raízes de nossa República, tendo-se ambas mantido numa atitude tímida e obsoleta com relação ao princípio jurídico da igualdade. A rigor, poucos, pouquíssimos foram entre nós os que se aperceberam do potencial da regra isonômica como técnica de controle do mérito da atividade normativa do poder público, seja ela levada a efeito pelo órgão legislativo ordinário ou pela Administração Pública no exercício de função legislativa

37 Artigo 153, § 1º.

delegada³⁸. A exceção mais honrosa está representada nesse campo pelo tão douto quanto saudoso Amílcar de Araújo Falcão, que embora preso ao conceito clássico e jurídico de isonomia, consegue admitir, com arrimo na doutrina alemã de Nawiasky e Kaufmann, a prestabilidade da regra isonômica para servir como instrumento de controle do arbítrio legislativo. Eis o que comenta o ilustre jurista brasileiro: “Só num extremo se admite o controle jurisdicional da lei discriminatória: é quando o seu dispositivo não pode encontrar a mínima justificativa, ou se reduz ao puro arbítrio... Tem-se, em conclusão, que é um princípio diretivo, endereçado ao legislador, o da igualdade entre fatos, situações ou coisas (*“sachliche Rechtsgleichheit”*) e que ao intérprete não é dado fazer aplicações desse preceito, nem ao Judiciário se permite instaurar, com tal fundamento, um controle de legalidade ou de constitucionalidade, salvo se se configurar a hipótese extrema de absoluta inexistência de qualquer justificativa para a distinção, diferenciação ou discriminação legal. Tal discriminação cabe ao legislador, que para tanto dispõe de ampla discricção³⁹.”

Ante a ausência de contribuição mais específica ao tema em apreço por parte da nossa literatura jurídica, resta oportuno atualizar a teoria constitucional pátria com base na moderna reformulação do princípio da igualdade jurídica conforme realizada alhures, notadamente nos Estados Unidos da América, o que torna-se especialmente válido quando existe uma profunda relação entre os sistemas constitucionais em confronto, como a que ocorre entre o brasileiro e o norte-americano, cujo entrelaçamento foi talvez o traço mais característico de nossa formação republicana.

Nos Estados Unidos da América o grande papel contemporâneo da *“equal protection of the laws”*, segundo prevista na 5.^a e 14.^a Emendas à Constituição daquele país,⁴⁰ é justamente o de abolir o abuso do poder governamental em todas as suas exteriorizações, repelindo os males da irracionalidade e irrazoabilidade e, não raro, do favoritismo e da perseguição pessoais, de que não estão livres às gigantescas burocracias modernas. Desempenharia o princípio da igualdade, nesse sentido, a nível de controle da legislação, papel semelhante ao desempenhado pela teoria francesa do desvio de poder (*“détournement de pouvoir”*) para o controle da moralidade dos atos praticados a nível da Administração Pública⁴¹.

No curso da sua evolução jurisprudencial nos Estados Unidos, a regra da igualdade (*“equality rule”*) atingiu o sofisticado estágio de exigir que as classificações

38 A propósito da delegação legislativa no direito constitucional norte-americano, veja, deste autor, o trabalho de tese jurídica apresentado à University of Michigan – Law School, sob o título *“The nondelegation doctrine in the American Constitutional Law”*, publicado no Brasil, na Revista **Arquivos do Ministério da Justiça**, vol. 149, ano 1979, págs. 95 a 196.

39 Amílcar de Araújo Falcão, no parecer publicado na **Revista de Direito Administrativo**, vol. 49, ano 1957, pág. 498. Cabe acrescentar que deve parecer evidente, em que pese ao comedimento nesse particular de tão ilustre comentário, que, se podem apresentar-se inconstitucionais as discriminações destituídas de qualquer justificativa, é natural que possa o Poder Judiciário exercer generalizadamente sobre as classificações legislativas o salutar **“judicial review”**, sem o que não se poderá determinar quais dentre elas não encontram guarida no sistema jurídico comandado pela constituição.

40 Convém esclarecer que a 5.^a Emenda da Constituição americana contempla uma série de direitos individuais endereçados à observância da União Federal, mas não fazendo expressa menção ao princípio da **“equal protection of the laws”**, consoante aquela que é feita com relação apenas aos Estados-Membros da Federação, na 14.^a Emenda. Contudo, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos pacificou a questão surgida em torno dessa omissão, entendendo que a **“due process clause”** contida na 5.^a Emenda abriga de modo implícito o princípio da isonomia, que deve, por isso, como aliás não poderia deixar de ser, merecer também o respeito do legislador federal.

41 Sobre o assunto, veja, deste autor, o estudo *“Considerações acerca do desvio de poder na Administração Pública”*, publicado na **Revista de Direito da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, vol. 5, ano 1977, págs. 259 e 268.

legislativas atendam aos requisitos da razoabilidade (“*reasonableness*”) e racionalidade (“*rationality*”), ambos já considerados uma garantia constitucional implícita contra as investidas excessivas do atual Estado intervencionista.

Expondo a respeito dessa evolução histórica da “*equal protection of laws*”, Laurence Tribe, o festejado Professor de Direito Constitucional da “Harvard Law School”, leciona em sua obra mais recente:

“The Supreme Court, from its earliest examination of socioeconomic regulation, has considered that equal protection demands reasonableness in legislative and administrative classifications. The Court’s original conception of the reasonableness required, however, was very limited: no regulatory provision was repugnant to equal protection as long as it placed under the same restrictions, and subject (ed) to like penalties and burdens, all who... (where) embraced by its prohibitions; thus recognizing and preserving the principle of equality among those engaged in the same (regulated activities)⁴². But this narrow view of non discriminatory application within the established class was soon discarded as empty of content, since persons or activities treated differently by government could for that very reason be deemed not the same. Unaccompanied by any independent measure of when persons or acts were inherently equivalent, the original test afforded virtually no scope for review. To provide such scope, equal protection came to be seen as requiring some rationality in the nature of the class singled out, with the rationality tested by the classification’s ability to serve the purposes intended by the legislative or administrative rule: The courts must reach and determine the question whether the classifications drawn in a statute are reasonable in light of its purpose...”⁴³

Nessa linha de exposição, Gerald Gunther, eminente Professor de Direito Constitucional da “Stanford University”, chega a sustentar que, além da relação de congruência entre a classificação legislativa e o fim a que a mesma se destina, o princípio da “*equal protection of the laws*” exige que as classificações criadoras de desigualdades jurídicas entre os cidadãos devam ser justificadas por “*compelling state interests*”, isto é, por interesses públicos necessários e inadiáveis. Eis na íntegra o comentário do ilustre jurista americano:

“Legislation qualifying for new equal protection strict scrutiny required a far closer fit between classification and statutory purpose, a far closer congruence between means and ends, than the rough and ready flexibility traditionally tolerated by the old equal protection. Moreover, equal protection became a source of ends scrutiny as well: legislation in the areas of the new equal protection had to be justified by compelling state interests”⁴⁴.

A rigor, todos os expoentes do moderno Direito Constitucional norte-americano poderiam ser aqui invocados, já que o sistema das liberdades públicas naquele país de há muito consagrou a nova concepção da “*equal protection of the*

42 Repare-se ser exatamente essa a noção conservadora do princípio da isonomia ainda hoje adotada pelo constitucionalismo brasileiro.

43 Laurence Tribe, **American Constitutional Law**, Foundation Press, 1978, págs. 994-995.

44 Gerald Gunther, ob. cit., págs. 519-520.

laws”, exigindo certa razoabilidade às classificações legislativas, a ser apurada pelos órgãos judicantes do Estado mediante a comparação entre os fins supostamente almejados pelas normas classificatórias e os meios estabelecidos pelo legislador para o atingimento desses fins. Pode-se, então, concluir com o magistério do já citado Professor Morris Forkosch, que:

“Indeed, the very idea of classification is that of inequality so that it goes without saying that the fact of inequality in no manner determines the matter of constitutionality. The nub of the situation is the degree of permitted classification. In effect, we ask whether there can be classification of the persons and the items involved, and then to what extent or degree can this classification penetrate. The test for justifying a classification is whether it can be deemed to be founded on some rational or otherwise constitutionally permissible state policy. Phrased differently, a classification itself must be reasonable or natural under the particular circumstances involved. If it is arbitrary or capricious, or if there is no reasonable relation to the objects to be accomplished, or if it runs afoul a specific constitutional prohibition, or a federal power is unduly affected, then it is denounced”⁴⁵.

Acatando esse entendimento doutrinário, de há muito a Suprema Corte americana vem exigindo que as classificações legislativas sejam razoáveis e apresentem uma plausível relação de justificativa entre a classificação em si e os fins objetivados pela norma classificatória. Assim é que, já no ano de 1920, aquele excelso Tribunal, julgando o caso *Royster Guano Co. v. Virginia*, 253 U.S. 412 (1920), expressamente manifestava tal exigência: – “a classification must be reasonable, not arbitrary, and must rest upon some ground of difference having a fair and substantial relation to the object of the legislation, so that all persons similarey circumstanced shall be treated alike.”

Por suas potencialidades verdadeiramente ilimitadas como instrumento de controle da “racionalidade” e “razoabilidade” das classificações legislativas em face da constituição, de que se pode sempre lançar mão quando esgotadas todas as reservas de argumentação jurídica para se obter a invalidação judicial das normas classificatórias, foi que Holmes, um dos mais eminentes Juízes que passaram pela Suprema Corte Americana, referiu-se ao princípio da isonomia como “the usual last resort of constitutional arguments”⁴⁶.

Faz-se oportuno notar que a invocação da regra da igualdade, bem como o julgamento constitucional que se possa fazer com base nela, não impede que o Poder Legislativo retorne outra vez ao assunto, dispondo novamente sobre a matéria objeto da legislação invalidada. Tudo porque a declaração de inconstitucionalidade em casos que tais apenas significa que a regulamentação normativa em questão deva ter um impacto mais global, uma abrangência maior, de modo a dela se eliminar a especificidade classificatória tida por contrária à constituição. Trata-se, pois, de situação bastante diversa daquela em que se invalida um ato normativo por considerar o seu objeto incompatível com a constituição, como se passa, por exemplo, entre nós, com a lei que prejudica o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada ⁴⁷. Nessa hipótese é inútil a atividade legislativa renovar-se na esperança

⁴⁵ Morris D. Forkosch, ob. cit., págs. 519-520.

⁴⁶ Essa expressão foi proferida por Holmes em seu voto no caso *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927).

⁴⁷ Vide o artigo 153, § 3º, da Constituição do Brasil.

vã de angariar a conformidade constitucional, vez que a inconstitucionalidade aí, resultando do próprio objeto do ato normativo, é de todo incorrigível.

Em virtude da sua flexibilidade epistemológica, bem como da fácil manipulação que o princípio da isonomia oferece tanto aos legisladores quanto aos juízes, permitindo renovadas chances de regulamentação e julgamento da matéria objeto de uma lei invalidada com base em tal princípio constitucional, isto mediante a oportuna correição da classificação legislativa considerada intolerável, é que a jurisprudência norte-americana, sobretudo com o patrocínio da “*Warren Court*”, nas décadas de 50 e 60, não hesitou em valer-se da regra isonômica para controlar o próprio mérito dos atos normativos, notadamente no que toca à racionalidade e razoabilidade das classificações legislativas. Tal se deu com muita ênfase e constância no campo das classificações consideradas suspeitas ou quase suspeitas (“*suspect classification*”), como aquelas relativas à raça, sexo, origem nacional etc. Tendo em vista, porém, que os pronunciamentos da Suprema Corte americana ventilando essas classificações suspeitas se contam às centenas, criando um verdadeiro sistema de tratamento jurisprudencial para cada uma dessas categorias sociais, fica apenas o registro da intensa utilização do princípio da isonomia como poderoso instrumento de “*judicial review*” para a proteção das denominadas minorias étnicas e econômicas naquele país.

Poder-se-á contrapor, no entanto – à luz da tradição jurídica brasileira, que estabelece profundas limitações ao controle jurisdicional dos atos do poder público, desautorizando julgamentos acerca do mérito dos atos chamados discricionários, dos quais o ato *legislativo, por seu conteúdo político, é certamente o exemplo mais expressivo* –, que a utilização judicial do princípio da igualdade como meio de controle do objeto das normas jurídicas importaria em sobrepor as decisões judiciais às deliberações legislativas, de modo a transmutar, indevidamente, os juízes em superlegisladores. Encarado o problema sob esse ângulo apenas, é certo que os excessos de interferência judicial na atividade parlamentar devem ser evitados por isso que esta é, ou pelo menos presume-se que seja, representativa da soberania popular. Todavia, há que se levar em conta, em primeiro lugar, que nos últimos anos significativa parcela da competência legislativa passou a ser exercida por agentes da Administração Pública, portanto por legisladores livres do controle oriundo do sufrágio eleitoral. Demais disto, resta deixar claro que o que pode estar em jogo toda vez que se invoca a tutela da regra isonômica são direitos constitucionais, o que vale dizer garantias fundamentais do indivíduo oponíveis ao próprio Estado. E cabe reparar, ainda, que tanto mais numerosos e eficazes serão esses direitos constitucionais quanto maior for o alcance normativo da constituição, a ser determinado pela experiência das instituições nacionais, concretizadas notadamente pela atuação dos órgãos da magistratura, como intérpretes derradeiros que são da Lei Maior nos países, como o Brasil, onde prevalece o sistema jurisdicional de controle da constitucionalidade das leis. Tudo se reduz, em suma, em saber qual o sentido das normas constitucionais. Quanto maior ele for, menor será, na mesma medida, a área de liberdade para classificar as pessoas e as coisas. Em outras palavras, quanto mais amplo quantitativa e qualitativamente for o elenco de direitos reconhecidos de modo explícito ou implícito na constituição ⁴⁸, mais reduzidas serão as chances de discriminações arbitrárias e injustificadas por parte do poder público. Se assim for, como acredito que seja, ampliando-se o alcance exegético

48 Observe-se, aqui, que tanto a Constituição brasileira quanto a norte-americana, aquela no art. 153, § 36, e esta na 9ª Emenda, são expressas no afirmar que a enumeração que fazem de direitos individuais não exclui outros direitos que possam decorrer do sistema de princípios adotados por cada uma delas.

do princípio da isonomia, poder-se-á chegar, conforme se logrou chegar nos Estados Unidos da América, ao reconhecimento de um direito de nível constitucional contra as classificações legislativas destituídas de motivo ou de finalidade legítima. Em prol desse tipo de experiência jurisprudencial, vale assinalar, ainda, que, se é o ideal de igualdade entre os homens que está em jogo, o acanhamento institucional na sua proteção pode gerar prejuízos irreparáveis, não apenas ao indivíduo ou grupo que é vítima da discriminação, mas a toda a sociedade política, que em virtude desse acanhamento fica permanentemente exposta a toda sorte de arbítrio e desatino do legislador, bem como a toda sorte de pressões por parte dos grupos que manipulam o poder político e econômico.

Essas ligeiras considerações acerca de conflitos institucionais de competência que podem surgir nos sistemas de separação funcional do poder público em torno do princípio da isonomia, pela sua natural magnitude, devem ser objeto de trabalho acadêmico autônomo. O registro que a elas se faz tem em mira apenas dar notícia de alguns dos muitos problemas de ordem político-institucional que a aplicação da regra da igualdade perante a lei enseja. O aprofundamento dessas considerações, porém, posto transbordar de muito os estreitos objetivos deste estudo, fica reservado para uma outra oportunidade.

**Publicado originalmente na Revista nº 11 jan./jun. 1980, p. 74.*

AINDA SOBRE O EFEITO VINCULANTE

ELLEN GRACIE NORTHFLEET *

Os Professores **Arnoldo Wald** e **Ives Gandra da Silva Martins**, na edição do “**Estadão**”, de 15.4.96, desenvolveram com absoluta clareza as duas linhas de pensamento que se colocam, hoje, nos meios jurídicos, uma para defender, outra para antagonizar a adoção de algum efeito vinculante para as decisões dos Tribunais Superiores. Alinho-me entre os que acreditam que a maior parte das questões trazidas ao foro, especialmente ao foro federal, são causas repetitivas, onde, embora diversas as partes e seus patronos, a *lide* jurídica é sempre a mesma. São causas que se contam aos milhares em todo o país e que dizem respeito a matérias exaustivamente discutidas e de há muito pacificadas pela jurisprudência. Como exemplo, as devoluções de empréstimos compulsórios, as causas em que se busca a correção monetária dos salários de contribuição, para efeito de cálculo das aposentadorias, aquelas em que os depositantes reivindicam a aplicação de índices expurgados ao cálculo de seus saldos em cadernetas de poupança, entre inúmeras outras.

É impossível sustentar que processos dessa natureza devam prosseguir congestionando o Judiciário e percorrendo suas diversas instâncias na sucessão, quase interminável, dos recursos colocados à disposição das partes pela legislação processual. Nenhum progresso para a ciência jurídica resultará do julgamento desses feitos. Eles nada mais são que uma reprodução de peças padronizadas. Da petição inicial ao acórdão derradeiro, nada será acrescentado ao entendimento que já se cristalizou a respeito da matéria. É inútil e custoso manter a máquina judiciária ocupada com questões que já não oferecem relevo ou dificuldade. Mais que isso, tal atitude desvia atenção e recursos do Judiciário, os quais deveriam estar melhor aplicados nas questões que têm maior atualidade e demandam reflexão e atividade criativa por parte dos magistrados. São ademais infundados os temores de que a adoção do efeito vinculante pudesse coarctar de alguma forma a independência dos juízes, essa garantia constitucional que não se erige em privilégio para uma categoria, mas em garantia para o cidadão. Em países de extensa tradição democrática o sistema é utilizado sem qualquer arranhão ao devido processo legal e à garantia de um julgamento isento. Por isso pareceu-me adequado trazer alguma informação suplementar sobre a forma como, no sistema anglo-saxão, se aplica a doutrina do *stare decisis*. Não se trata - como parece que alguns imaginam - de mera repetição acrítica de julgamentos anteriores. Ao contrário, na afirmação do Prof. **Brumbaugh**, em seu livro *Legal Reasoning and Briefing*, “os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para determinar a posição atual da Corte com relação ao caso anterior”. Por isso mesmo, **Benjamin Cardozo**, em seu *The Nature of the Judicial Process*, adverte: “Na aplicação de um precedente, o jurista precisa determinar a *autoridade* desse precedente. Será ele vinculativo ou meramente persuasivo? Se ele for vinculante, o princípio estabelecido no caso antecedente deve ser aplicado e define o julgamento no caso subsequente. Se for apenas persuasivo,

* **Ellen Gracie Northfleet** é Juíza Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

uma variedade de fatores adicionais deve ser considerada para que se decida sobre sua aplicação e sobre a extensão e o grau desta aplicação”. O exame dos fatos do caso-paradigma e daquele em julgamento definirá, em grande parte, a adequação ou não do precedente. Mas mesmo o fundamento de direito do precedente pode ser posto à prova. É o que afirma o Chanceler **Kent** em seus *Commentaries*: “Uma decisão formal a respeito de uma questão de direito torna-se paradigma para caso semelhante, e os juízes devem acompanhar tal decisão enquanto ela não for superada, a menos que possa ser demonstrado que a lei foi mal compreendida ou mal aplicada naquele caso específico.”

Sem dúvida, o legislador brasileiro, quando cogitar da adoção de algum efeito vinculante para as decisões judiciais, levará em consideração todas as nuances que emprestam particular eficiência ao sistema tal como é adotado nos países do *common law*. Não seria razoável imaginar que, desde logo, se garanta força de precedente a súmulas que não foram concebidas para terem tal extensão. Será necessário que os Tribunais Superiores revisem os enunciados já emitidos, para cancelá-los como precedentes, e redobrem suas cautelas ao editar novas formulações. Mais importante que tudo, porém, especialmente no que diz respeito às matérias da competência da Justiça Federal, é que a jurisprudência firmada seja considerada como a interpretação autorizada da lei do país, e, como tal, vincule a administração pública.

Este detalhamento permitirá que se concretize o anseio manifestado pelos Profs. **Arnoldo Wald** e **Ives Gandra**, ecoando, neste particular, as exigências da própria sociedade brasileira por “decisões céleres e justas, sem que o Direito deixe de evoluir de modo construtivo.”

**Publicado originalmente na Revista nº 4 jul./dez. 1996, p. 59.*

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: REFERENCIAIS METODOLÓGICOS E REGIME JURÍDICO

EMERSON GARCIA *

SUMÁRIO: 1. Contextualização do tema. 2. Os percursos metodológicos à dignidade. 3. A dignidade humana e sua carga semântica. 4. A positivação da dignidade humana. 5. A dignidade humana como limite material de revisão constitucional. 6. Regime jurídico. 6.1. A dignidade humana como direito subjetivo público. 6.2. A dignidade como mandado constitucional ou princípio diretor. 7. Epílogo. 8. Referências Bibliográficas.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

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

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

A exemplo do que se verifica em um governo despótico ou antidemocrático, que jamais será rotulado como tal no respectivo texto constitucional¹, também nos Estados onde a inobservância dos direitos humanos é uma constante, a apologia de sua importância é contraditoriamente entusiástica. Diminutos são os Estados que não consagram o respeito

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

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

aos direitos humanos como um valor fundamental, mas múltiplos são aqueles que não observam os mais mezinhos princípios relacionados à sua proteção.

Atenuar o distanciamento entre os vetores axiológico e real exige seja densificada a plasticidade retórico-semântica – da já referida perspectiva idealístico-formal dos direitos humanos – e despertada sua eficácia transformadora, permitindo aproximá-la da concreidade inerente à perspectiva material. Esse *iter* metodológico, *prima facie*, não pode ser principiado e ultimado num ambiente acadêmico e, muito menos, integralmente percorrido com um mero lance de tinta. Ainda que o jurista identifique o seu fundamento e estabeleça as suas bases de sustentação, à fórmula haverá de ser integrado o componente sociopolítico, permitindo que os “*fatores reais de poder*”, isto para utilizarmos a sugestiva expressão de LASSALLE², tornem efetivo aquilo que existe em potência. Ignorar a importância do componente sociopolítico redundará em imperfeição semelhante àquela que se busca combater: o distanciamento entre o discurso retórico-semântico e a realidade.

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

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

2. OS PERCURSOS METODOLÓGICOS À DIGNIDADE

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

De logo, vale lembrar que as correntes metodológicas não se sucedem num “*movimento lógico-temporal*” de substituição das antecedentes pelas conseqüentes; pelo contrário, “*convivem no mesmo horizonte cronológico*”, permitindo, em busca de uma maior solidez do discurso, que soluções de problemas concretos sejam fundamentadas em elementos metodológicos de correntes diversas³. Por vezes, esses elementos não só coexistem em determinado ato decisório, como se influenciam reciprocamente, terminando por integrar-se em prol da conclusão pretendida.

Na senda do direito natural, a dignidade humana seria informada por valores inerentes ao homem em um estado de natureza, originários e inalienáveis⁴, sendo

2 Cf. FERDINAND LASSALLE, *A Essência da Constituição*, Rio de Janeiro, 2000, pp. 10/11.

3 Cf. MARCOS KEEL PEREIRA, *O Lugar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência dos Tribunais Portugueses. Uma Perspectiva Metodológica*, Working Paper, Lisboa, 2002, pp. 13/14.

4 A referência a direitos inalienáveis ou intangíveis do homem pode ser encontrada em vários textos

oponíveis ao próprio poder soberano⁵. Quanto ao “*alicerce metafísico-teológico de que carece qualquer direito natural*”⁶, estaria ele associado a paradigmas de ordem religiosa, com especial deferência ao cristianismo na cultura ocidental⁷. Apesar da pureza dos fins, sendo concebida como antagonismo ao poder estatal absoluto (*absoluter staatlicher Herrschaft*), essa teoria não logra demonstrar como seria possível conceber um direito (*Recht*) dissociado de uma relação jurídica (*Rechtsbeziehung*)⁸.

Se o fundamento teleológico mostra-se enfraquecido e cambaleante⁹, a tese de direitos inatos do homem, desta feita lastreada em valores sociais e acautelada pelo poder de coerção estatal, ainda mantém um sopro de vida. De qualquer modo, o alegado direito pressuposto não subsiste por si, mas integrado pelos valores diretivos das relações intersubjetivas.

Partindo da noção de sistema e de um critério de racionalidade intrínseca, a *jurisprudência dos conceitos* busca demonstrar a existência de uma “*pirâmide de conceitos*”, em cujo vértice se apõe o conceito de maior generalidade possível, no qual venham a se subsumir, como espécies e subespécies, em escala decrescente de generalidade, todos os demais conceitos, de modo que os conceitos derivados sempre possam ser reconduzidos ao originário¹⁰, dando origem a um sistema de regras logicamente claro, sem contradições e sem lacunas. O positivismo normativo de Kelsen¹¹ pode

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

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

6 Cf. REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, Lisboa, 1997, p. 146.

7 SÃO TOMÁS DE AQUINO, na década de 1250 (in *Os Princípios da Realidade Natural*, Porto, 2003), afirmava que deveria ser entendido por natureza “*tudo o que, de algum modo, pode ser apreendido pela inteligência, pois uma coisa só é inteligível mediante a sua definição e essência*” (p. 54). “*Tudo o que convém a qualquer coisa é causado pelos princípios da sua natureza, como a capacidade de rir do homem, ou provém de algum princípio extrínseco, como a luz na atmosfera, proveniente do Sol. Ora, é impossível que o mesmo ser seja causado pela mesma forma ou quiddidade da coisa – falo como de causa eficiente – porque assim determinada coisa seria causa de si própria e se produziria a si própria na existência. Portanto, importa que toda a realidade, cujo ser é diferente da sua natureza, receba o ser de outrem. E porque tudo o que é por outrem se reduz ao que é por si, como à sua causa primeira, importa que haja alguma realidade que seja causa de ser de todas as realidades, porque ela própria é apenas Ser. Aliás, ir-se-ia até ao infinito nas causas, porque tudo o que não é apenas Ser tem causa do seu ser, como se disse. É claro, portanto, que a inteligência é forma e ser e que tem o ser a partir do primeiro Ente, que é apenas Ser. Este Ser é a causa primeira: Deus*” (pp. 79/80).

8 Cf. HEINER BIELEFELDT, *Philosophie der Menschenrechte, Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos*, Frankfurt, 1998, p. 162.

9 O pensamento dos direitos humanos, segundo BIELEFELDT (*op. cit.*, p. 185), visa a um direito secular, sendo desconhecido um Direito de Deus material (*materialen Gottenrechte*), o que é um indicativo de que a liberdade humana é independente de fundamentos religiosos e que a política e o direito ultrapassam a perspectiva teológica. Quanto à invocação de Deus na *Grundgesetz*, tem ela caráter meramente simbólico, não um verdadeiro sentido.

10 Cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, 1997, pp. 23, 310/312.

11 *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, 1979, p. 269.

ser integrado a essa estrutura, sendo o topo da pirâmide ocupado pela *Grundnorm*, norma pressuposta fonte de legitimidade de todo o ordenamento jurídico.

O processo dedutivo preconizado por essa teoria terminaria por conduzir, conforme a posição ocupada na pirâmide, à precedência, em abstrato, de uns direitos sobre outros, relegando ao ostracismo o critério da ponderação dos bens jurídicos em colisão¹². Acresça-se, ainda, que a atividade jurisdicional se vê limitada à subsunção dos fatos aos contornos prefixados da norma, que está integrada em um sistema fechado de conceitos jurídicos¹³. Com isto, a unidade interior do sentido de direito derivaria de uma idéia de justiça de matiz lógico-formal ou axiomático-dedutivo, o que não se compadece com a sua real feição, de tipo valorativo ou axiológico¹⁴.

Rompendo com esse critério subsuntivo, a *jurisprudência dos interesses*, contrariamente à *jurisprudência dos conceitos*, que preconiza o “*primado da lógica do trabalho juscientífico*”, sustenta o “*primado da indagação da vida e da valoração da vida*”¹⁵. Essa teoria, direcionada à “*ciência prática*” ou “*dogmática do Direito*”, tem o mérito de conferir maior mobilidade ao juiz, viabilizando que tanto a investigação da norma como das relações da vida – o que permite identificar os interesses reais que levaram à edição da norma – conflua para uma decisão objetivamente adequada, sendo especificamente direcionada à tutela dos interesses contemplados na norma, que, em si, é um produto de interesses. No entanto, como nem todos os interesses podem ser facilmente visualizados a partir de uma operação valorativa previamente realizada pelo legislador, a operação valorativa do juiz não poderia ser reconduzida a um esquema legal. Assim, a idéia de interesse mostrava-se equívoca, ora sendo “*entendida como fator causal da motivação do legislador, ora como objeto das valorações por ele empreendidas ou mesmo como critério de valoração*”¹⁶.

Em relação à integração da norma pelos valores inerentes ao meio social, esse viés metodológico é inerente à *jurisprudência dos valores*, que não se reconduz a uma concepção jusnaturalista. Para essa teoria, as normas, em especial as de estrutura principiológica como a dignidade humana, devem ser integradas por valores supralegais e transcendentais que alicerçam e estruturam o sistema jurídico, os quais em nada se confundem com uma ordem natural pressuposta¹⁷: a partir de um discurso *racional*, a norma, cuja parte visível até então se cingia a um furtivo padrão normativo, é integrada e seu conteúdo descortinado. Essa teoria é indicativa de uma vertente pós-positivista, em que a atividade de mera subsunção normativa cede lugar à de concretização.

A norma, ademais, haverá de ser jurídica e socialmente válida. A validade social será alcançada sempre que uma pauta mínima de valores correspondentes ao grupamento encontrar amparo na norma, o que será constatado a partir de sua eficácia social (*sozialer Wirksamkeit*), não necessariamente ampla e total, mas, sim, dotada de uma aceitação igualmente mínima¹⁸. No caso de colisão entre a validade

12 Cf. MARCOS KEEL PEREIRA, *op. cit.*, p. 21.

13 Cf. KARL LARENZ, *op. cit.*, p. 64.

14 Cf. CLAUD-WILHEM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, 1989, p. 30.

15 Cf. KARL LARENZ, *op. cit.*, p. 64.

16 Cf. KARL LARENZ, *op. cit.*, p. 163.

17 Cf. KARL LARENZ, *op. cit.*, p. 167. Segundo o autor, para o reconhecimento de valores ou critérios de valoração supralegais ou pré-positivos, é possível invocar “*os valores positivados nos direitos fundamentais, especialmente nos artigos 1º a 3º da Lei Fundamental, recorrer a uma longa tradição jusfilosófica, a argumentos lingüísticos ou ao entendimento que a maior parte dos juízes tem de que é a sua missão chegar a decisões ‘justas’*”.

18 Cf. ROBERT ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, 2002, p. 147. Voltando-se à atividade

social e a jurídica, essa poderá sofrer conseqüências, inclusive com o fenômeno da denominada derrogação costumeira (“*Phänomen der Derogation durch Gewohnheitsrecht – desuetudo*”). A norma subsistirá juridicamente, mas será socialmente inválida.

Para o positivismo, as normas se confundiam com as regras de conduta que veiculavam, sendo os princípios utilizados, primordialmente, como instrumentos de interpretação e integração. Com o pós-positivismo, norte da metodologia jurídica contemporânea, os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma, que é subdividida em regras e princípios.

Os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando conseqüências jurídicas que se implementem, automaticamente, com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede sejam disciplinadas, *a priori*, todas as suas formas de aplicação¹⁹. Além disso, enquanto o conflito entre regras é resolvido na dimensão da validade, a colisão entre os princípios é dirimida a partir de uma técnica de ponderação, consoante o peso que apresentem no caso concreto²⁰.

Com isto, a consagração constitucional da dignidade humana não se adequará à tradicional dicotomia positivista entre os momentos de criação e de aplicação do direito. A vagueza semântica da expressão exige seja ela integrada consoante os influxos sociais e as circunstâncias do caso concreto, fazendo que o momento criativo termine por projetar-se no momento aplicativo e a ele integrar-se, implicando uma nítida superposição operativa. A essência da Constituição, assim, longe de ser uma certa concepção material de homem, seria a construção da vida social e política como um “*processo indefinidamente aberto*”²¹.

3. A DIGNIDADE HUMANA E SUA CARGA SEMÂNTICA

Parece-nos que uma breve enunciação dos lineamentos essenciais da dignidade humana deve principiar por um elemento visível e palpável: a sua carga semântica. A razão, aliás, é simples: identificado o invólucro, será possível perquirir a essência.

A noção de dignidade da pessoa humana, como é fácil intuir, encerra o que se convencionou denominar de *conceito jurídico indeterminado*.

Os conceitos jurídicos descrevem determinadas situações, fáticas ou jurídicas, que desencadeiam conseqüências previstas no plano normativo. Essa transposição do abstrato ao concreto exige a verificação de tais situações, o que pressupõe uma atividade subjetiva do agente e a obtenção de um resultado que deve encontrar ressonância nas concepções socioculturais de determinado grupamento, requisito essencial à fixação de parâmetros de certeza e de segurança jurídicas.

executiva, afirma TOMÁS RAMON FÉRNANDEZ (*¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*, en REDA nº 83, *apud* Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, 2000, p. 154) que é preciso “*um esforço de indagação de um fundamento adicional a mera força, capaz de legitimar o poder, de encontrar para ele uma resposta suscetível de ser aceita no seio da comunidade, que se expressa por uma parte significativa dos seus membros, de obter um consenso mínimo, sem o qual nenhum poder pode manter-se por muito tempo*”.

19 Cf. RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Massachussets, 1980, p. 24.

20 Cf. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1994, p. 77 e RONALD DWORKIN, *op. cit.*, 1980, pp. 26/27.

21 Invocando a doutrina de PETER HÄBERLE, cf. EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 100.

Diz-se que o conceito é indeterminado quando a estrutura normativa, em razão do emprego de expressões vagas ou de termos que exijam a realização de uma operação valorativa para a sua integração, apresenta uma fluidez mais acentuada, do que resulta uma maior mobilidade ao operador do direito. Tal, longe de representar um elemento deflagrador do arbítrio, permite a célere adequação do padrão normativo aos valores subjacentes à coletividade no momento de sua aplicação. A disseminação desses conceitos, ainda que discreta, é um indicativo de que o direito escrito deve ser identificado, unicamente, como a parte visível da norma de conduta, com o qual devem coexistir os valores externos que a integram, ínsitos na comunidade por ela regulada.

Em seus traços essenciais, os conceitos indeterminados podem derivar: *a)* de uma imprecisão conceitual lingüística; *b)* da incerteza resultante da necessidade de formulação de um juízo de valor; ou *c)* da exigência de realização de um juízo de prognose²².

A indeterminação inerente à noção de dignidade humana resulta, claramente, da necessidade de integração por um juízo de valor, temporal e espacialmente localizado, primordialmente realizado à luz da situação concreta. A exclusão de um raciocínio subsuntivo e a exigência de contínua concretização do padrão normativo²³, além de permitirem a adequação da norma aos influxos sociais, impedem que à noção de dignidade seja atribuído um conteúdo atemporal e indiferente ao seu espaço de aplicação.

Deve-se lembrar que os conceitos indeterminados, geralmente polissêmicos, podem ser integrados por um fato ou por determinado valor, o qual sempre compõe o núcleo empírico que a norma pretende alcançar. Em relação à sua estrutura, é constantemente invocada a doutrina de PHILIPP HECK²⁴, segundo a qual os conceitos jurídicos indeterminados teriam um núcleo fixo (*Begriffkern*) ou zona de certeza e um halo conceitual (*Begriffshof*) ou zona de dúvida, vago e nebuloso. O núcleo do conceito é constituído de premissas seguras, enquanto que, no halo conceitual, região de natureza periférica ao núcleo, não existe uma certeza prévia, permitindo a extensão ou a retração da idéia nuclear do conceito.

A exigência de integração do conceito de *dignidade humana* a partir de um juízo valorativo não impede sejam identificados, *a priori* (ainda que a conclusão seja temporalmente variável), uma zona de certeza ou um núcleo fixo concebido *in abstracto*, vale dizer, dissociado da situação concreta que ensejará a projeção dos efeitos a ele inerentes. A identificação desse núcleo fixo, não é exagero afirmar, é realizada com maior facilidade a partir de uma análise sentimental do que propriamente lógico-racional. Essa afirmação, aparentemente incompatível com o desenvolvimento de uma metodologia de estudo de ordem jurídica, encontra ressonância na concepção de que os componentes de determinado grupamento, em dado momento histórico, em maior ou em menor medida, apresentam um conteúdo mínimo comum em sua

22 Prognose é palavra originária do grego (*pro* = antes + *gnonai* = reconhecer), consistindo na avaliação de uma situação atual com ulterior projeção de uma situação futura, sendo o ponto nuclear, por exemplo, da atividade de planificação ou de evolução da economia. Atos dessa natureza, cuja prática seja deflagrada por uma estimativa do desenvolver previsível dos acontecimentos (*v.g.*: projeção futura da capacidade de tráfego de um aeroporto ou de uma estrada visando à sua ampliação), apesar de normalmente ensejarem a realização de um juízo valorativo, podem gerar uma certa mitigação na esfera de discricionariedade do agente, permitindo sejam sindicadas, à luz da realidade fenomênica e de padrões de razoabilidade, as projeções realizadas. Cf. ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA, "Conceitos Indeterminados" no *Direito Administrativo*, Coimbra, 1994, p. 112.

23 Sobre a concretização das normas estruturadas sob a forma de pautas de valores que careçam de preenchimento valorativo, *vide* KARL LARENZ, *op. cit.*, pp. 310/312.

24 *Gesetzesauslegung*, p. 173, *apud* KARL ENGISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, 2001, p. 209.

escala de valores – e aqui se manifesta a jurisprudência dos valores. Com isto, ainda que sejam inevitáveis as dificuldades na fundamentação do discurso, é facilmente *sentida* a sua correção.

É valor assente, independente de qualquer fundamentação e em praticamente todos os povos, que a tortura avilta a dignidade, o mesmo ocorrendo com o não-fornecimento de medicamentos ou alimentos essenciais à sobrevivência humana, conclusão a que se chega a partir de critérios meramente intuitivos e independentes de um acurado espírito científico. Esse valor comum, de indiscutível tendência à universalidade, em muito contribui para a paulatina sedimentação do respeito à dignidade, permitindo a aproximação dos vetores que consubstanciam os valores que a integram, enquanto em potência, e a sua projeção na realidade.

Esse sentimento do justo, inerente ao *homo medius*, possibilita a identificação prévia de comportamentos que, indiscutivelmente, prestigiam ou aviltam a dignidade humana, daí se falar que o prisma sentimental, na medida em que alcança conclusões similares sem a desgastante preocupação com o complexo *iter* de fundamentação, tem suas vantagens em relação ao prisma lógico-racional. Vantagens à parte, sob uma perspectiva metodológica, não é possível justificar um *princípio fundamental do Estado* ou um *direito fundamental* tendo como base, única e exclusiva, sentimentos, por mais puros e relevantes que sejam: o método haverá de ser outro.

Não obstante sua indiscutível importância, em termos de delineamento da essência da noção de dignidade, o discurso lógico-racional não tem recebido a atenção merecida por parte dos tribunais. Quando suscitada a questão da dignidade humana, as situações fáticas e jurídicas são valoradas, as decisões proferidas e os respectivos fundamentos declinados, mas isto, em rigor metodológico, em nada se confunde com a fundamentação da dignidade. Nesse particular, as decisões, em sua quase totalidade, parecem tomar a noção de dignidade como um conhecimento pressuposto, terminando por envolvê-la em um cipoal retórico de inegável plasticidade, mas que pouco contribui para a formação de uma conclusão que permita desvendar o seu fundamento de legitimidade. Ainda aqui, o sentimento parece subjugar o tecnicismo. No entanto, a *fundamentalidade* e a *indeterminação* desse conceito aconselham sejam encetados esforços no sentido de permitir um controle racional do discurso jurídico que redunde na sua aplicação²⁵.

O discurso jurídico somente será palpável se o *iter* percorrido for racionalmente demonstrado, se possível com a utilização de critérios que gozem de uma relativa objetividade, indicando os valores sócio-jurídicos já sedimentados no grupamento e delineadores do ideal de justiça, tendo sempre o ser humano como o epicentro dessa verdadeira atividade de densificação de um princípio dotado de amplíssima generalidade.

Sob essa ótica, não basta dizer que determinada ação ou abstenção é essencial à dignidade humana. Essa conclusão, por si, é um invólucro destituído de conteúdo. A solidez do discurso pressupõe a possibilidade de sua reconstrução lógico-racional, o que se dará, por exemplo, com a demonstração de que o comportamento está em harmonia com certos padrões institucionais da sociedade (família, religião, etc.); que é aceito no cotidiano da população, estando perfeitamente adequado aos seus padrões socioculturais; que há muito está sedimentado na sociedade, tendo uma precedência histórica; que tem sido freqüentemente reconhecido pelo direito positivo, em especial

²⁵ Cf. MARCOS KEEL PEREIRA, *op. cit.*, p. 4.

no âmbito constitucional e que está disseminado em inúmeros atos de direito internacional, sendo aceito pela generalidade dos Estados, cujos hábitos sociais, jurídicos e culturais se assemelham ao meio social em que se projetará a aplicação do princípio²⁶. As possibilidades, enfim, são múltiplas, o que permite concluir que uma fundamentação inadequada do discurso não pode ser tributada à feição hermética do princípio, mas, sim, à opção do próprio intérprete.

4. A POSITIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

A preocupação com a dignidade da pessoa humana tem encontrado ressonância numa generalizada consagração normativa, geralmente no próprio texto constitucional, assumindo o *status* de norma estruturante de todo o ordenamento jurídico. Apesar disso, não é divisada uma unidade metodológica quanto ao lugar por ela ocupado e à exata extensão da inter-relação mantida com as normas de organização estatal e com a própria disciplina dos direitos fundamentais, em especial com os direitos econômicos, sociais e culturais. A partir de uma situação aparentemente isonômica de liberdade, os Estados, por seus respectivos poderes constituintes, conferem um tratamento diversificado à dignidade da pessoa humana²⁷.

A Constituição brasileira, além de considerá-la um princípio fundamental da República (art. 1º, III), coexistindo, lado a lado, com a fundamentalidade igualmente reconhecida na soberania, na cidadania, nos valores sociais do trabalho e da livre

26 A racionalidade do discurso foi valorizada pelo Supremo Tribunal de Justiça português ao afirmar que: "I - O direito à vida é uma irrecusável conquista ética, cultural e jurídica inseparável da dignidade humana. II - É o campo nuclear da tutela da personalidade, sempre passível de aprofundamento, conforme, designadamente, o contexto e a visão actualista do direito. III - É assim que, hoje, o direito à vida não é concebível sem o seu corolário natural, o direito à qualidade de vida. IV - A nossa ordem jurídica privilegia uma visão antropocêntrica do ambiente" (Proc. nº 086918, rel. Juiz Cardona Ferreira, j. em 26/04/1995).

27 Analisando o fundamento da regra do art. 30, § 4º, da Constituição portuguesa ("*Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos*"), afirmou o Tribunal Constitucional [1ª Seção, Acórdão no 522/95, Proc. nº 183/94, Rel. Cons. Monteiro Diniz, j. em 28/09/1995, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 32º vol., 1995, pp. 345 a 354 (352)]: "*Aliás, tudo o que vem de dizer-se tem sido referido em diversos arestos deste tribunal (cfr. acórdãos nºs 16/84, 165/86 e 353/86, Diário da República, respectivamente, 2ª série, de 12 de Maio de 1984, 1ª série, de 3 de Junho de 1986 e 2ª série, de 9 de Abril de 1987) sublinhando-se aí, designadamente, que 'no fundo, o nº 4 do artigo 30º da Constituição deriva, em linha recta, dos primordiais princípios defnidores da actuação do Estado de Direito democrático que estruturaram a nossa lei fundamental, ou sejam: os princípios do respeito pela dignidade humana (artigo 1º); e os do respeito e garantia dos direitos fundamentais (artigo 2º)'. E a seguir juntou-se que 'daí decorrem os grandes princípios constitucionais de política criminal: o princípio da culpa; o princípio da necessidade da pena ou das medidas de segurança; o princípio da legalidade e o da jurisdicionalidade da aplicação do direito penal; o princípio da humanidade; e o princípio da igualdade', para se concluir assim: 'Ora, se da aplicação da pena resultasse, como efeito necessário, a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, far-se-ia tábua rasa daqueles princípios, figurando o condenado como um proscrito, o que constituiria um flagrante atentado contra o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana'*". Por outro lado, o art. 15, III, da Constituição brasileira determina a suspensão dos direitos políticos enquanto perdurarem os efeitos da condenação criminal transitada em julgado, suspensão esta que é automática, acarretando, inclusive, a perda do mandato eletivo (SIF, RE nº 418.876-MT, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Inf. 350), isto sem olvidar o art. 92 do Código Penal, que dispõe sobre a perda do cargo do agente público condenado à pena superior a 1 (um) ano nos crimes contra a administração e superior a 4 (quatro) nos demais casos. Aqui, os interesses individuais foram relegados a plano secundário, sendo prestigiado o interesse público correlato à ocupação do cargo que a condenação criminal demonstrou não ter o agente aptidões ético-morais para ocupar. A dicotomia de valores consagrados pelas Cartas brasileira e portuguesa bem demonstra que a noção de dignidade pode apresentar profundas variações de ordem espacial, o que permite concluir que, embora seja um valor inerente ao homem e transcendente ao direito posto, a constitucionalização de matérias afetas à dignidade confere maior especificidade a esse princípio.

iniciativa e no pluralismo político, consagrou a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais mantidas pelo Estado (art. 4º, II) e dela igualmente tratou no Título VIII, intitulado “*Da Ordem Social*”, estabelecendo que o planejamento familiar deveria fundar-se nos “*princípios da dignidade humana e da paternidade responsável*” (art. 226, § 7º) e que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao idoso (art. 230, *caput*) e, com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente (art. 227, *caput*), dentre outros direitos, o respeito à dignidade.

Também a Constituição portuguesa considerou a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental (art. 1º), remeteu à lei o estabelecimento de “*garantias efetivas contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias*” (art. 26, 2) e a obrigação de garantia da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano, em especial nas áreas tecnológica e de experimentação científica, bem como estatuiu o dever de o Estado, para a proteção da família, regulamentar a procriação assistida de modo a salvaguardar a dignidade da pessoa humana (art. 67, 2, e). O texto constitucional português ainda determina que as normas relativas aos direitos do homem devem ser interpretadas e integradas em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16, 2), documento este que, além de consagrar, logo em seu preâmbulo, o respeito à dignidade de “*todos os membros da família humana*”, dispõe, em seu art. 1º, que “*todos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos*”.

Diversamente das referidas Cartas, que tratam a dignidade humana como um *princípio fundamental* do próprio Estado e, em incursões essencialmente casuísticas, voltam a exortar a sua imperatividade em outras passagens, a *Grundgesetz* alemã principia o seu texto com o título “*Os Direitos Fundamentais*” (*Die Grundrechte*), nele proclamando que a “*dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e a protegê-la*” (art. 1º, 1). Disso resulta que “*o povo alemão proclama a sua adesão aos direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo*” (art. 1º, 2).

Ainda que o epicentro de uma comunidade politicamente organizada seja o homem, é inegável que um texto constitucional visa, primordialmente, à organização do poder político, estabelecendo uma divisão de competências, meios de participação popular e sistemas de limitação e de controle desse poder. Nessa perspectiva, vê-se que o conteúdo objetivo que ressalta da expressão “*princípio fundamental do Estado*” não apresentará, sob o prisma axiológico, dissonâncias de monta em relação à ótica subjetiva retratada na referência aos “*direitos fundamentais*”, isto porque as noções de *Estado* e *homem* guardam entre si uma relação de meio e fim. O Estado não é um fim em si mesmo, estando umbilicalmente ligado à satisfação das necessidades humanas²⁸.

O reconhecimento do caráter normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, desde que preservada a sua essência, conduzirá a um lugar comum, quer se parta de uma posição ativa (*o direito em sentido lato*), quer se parta de uma posição passiva (*o dever*). Não bastasse isto, a própria *Grundgesetz* encampa distintos referenciais, pois, a partir da perspectiva subjetiva enunciada com o título “*Os Direitos Fundamentais*”, harmoniza paradigmas subjetivos e objetivo- organizatórios ao se referir, no mesmo preceito – o art. 1º, 1 – à dignidade como elemento intangível do *homem* e à obrigação dos *poderes públicos* em respeitá-la e protegê-la.

28 Como afirmou ARISTÓTELES (*A Política*, São Paulo, 1998, p. 53), “*não é apenas para viver juntos, mas, sim, para bem viver juntos que se fez o Estado...*”.

Assumindo a Constituição o *status* de *pedra fundamental* da organização política, todos os direitos nela consagrados serão oponíveis, em maior ou menor medida, mas de forma indefectível, ao Estado. De igual modo, sendo o homem o epicentro da referida organização, quaisquer deveres imputados ao Estado, direta ou indiretamente, a ele alcançarão, daí resultando a existência de direitos correlatos. Assim, consagrando o dever do Estado ou contemplando o direito do homem, alcançará a Constituição efeitos axiológicos paritários. A positivação simultânea de ambos, no entanto, longe de ser uma superfetação de termos, realça o compromisso ético-jurídico do Estado em velar pela dignidade humana. Especificamente em relação à *Grundgesetz*, não é preciso ressaltar que, em 1949, ainda afloravam as cicatrizes deixadas pelo nacional-socialismo, o que justifica o realce atribuído a esse valor verdadeiramente fundamental.

5. A DIGNIDADE HUMANA COMO LIMITE MATERIAL DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

Se a dignidade é um valor indissociável do ser humano, permitindo, inclusive, seja dividido um *núcleo fixo comum* entre a generalidade das pessoas, até que ponto se mostra relevante a sua positivação? Uma vez positivada, assumindo o *status* de norma constitucional, é realmente necessário que a dignidade da pessoa humana passe a integrar o catálogo de limites materiais ao exercício do poder reformador ou de revisão?

Situação comum no constitucionalismo contemporâneo, marcado pela rigidez constitucional, tem sido a fixação de limites materiais, formais, temporais ou mesmo circunstanciais para a reforma da Constituição. Especificamente em relação aos limites materiais expressos, a fórmula utilizada tanto pode consistir na referência à imutabilidade de determinados preceitos constitucionais, como o faz a *Grundgesetz*²⁹, ou na exclusiva menção a determinados princípios estruturantes do sistema, caso das Cartas brasileira (art. 60, § 4º) e portuguesa (art. 288). Os limites materiais, além de expressos, podem ser igualmente implícitos, transcendentais ou imanentes, sendo deduzidos do “*telos*” constitucional (*v.g.*, a imutabilidade da própria norma que consagra o limite de revisão)³⁰.

A essência, no entanto, parece ser a mesma: garantir a intangibilidade de certos princípios estruturantes, sendo mesmo possível, para a sua clarificação ou reforço, a modificação dos preceitos que os albergam³¹. Deve ser estabelecida uma gradação entre os preceitos constitucionais e o “*núcleo forte*” da Constituição: enquanto os preceitos tornam as normas constitucionais semanticamente palpáveis, o “*núcleo forte*” aglutina os princípios supremos que exprimem os valores essenciais da ordem constitucional. Daí resulta a mutabilidade dos preceitos, o que, por preservar as opções políticas fundamentais do Constituinte, em nada compromete o reconhecimento da Constituição originária³².

Enquanto a *Grundgesetz* faz menção expressa à imutabilidade do princípio da dignidade humana (arts. 79, 2, e 1º), as Constituições brasileira e portuguesa, embora a

29 Art. 79, 2: “Nenhuma reforma da Lei Fundamental poderá afetar a organização da Federação em Länder, ao acesso fundamental dos Länder à legislação e aos princípios proclamados nos arts. 1º e 20”.

30 Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, p. 1.052.

31 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra, 2003, p. 202.

32 Cf. GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale*, Padova, 2001, p. 176.

ele dispensem um tratamento diferenciado, considerando-o um princípio fundamental do Estado e mantendo-o formalmente dissociado dos direitos fundamentais, somente aos últimos se referem como limites materiais de revisão (respectivamente, art. 60, § 4º, e art. 288, *d*). Em que pese a aparente dicotomia de tratamento, é evidente que a dignidade humana – além de intimamente inter-relacionada com os direitos fundamentais, direcionando a sua interpretação, contribuindo para a ponderação e solução das colisões e, em refluxo, tendo sua vagueza semântica por eles reduzida – é um princípio transcendente à ordem constitucional, do que deriva a sua imutabilidade.

A transcendência da dignidade humana pode ser aquilatada a partir do grande número de declarações, tratados, pactos e convenções internacionais, em sua maioria multilaterais e celebrados com a intervenção de organizações internacionais, o que bem demonstra o esforço na sedimentação de determinados direitos inerentes ao homem. Ainda que o sistema apresente debilidades, pois referidos atos, em rigor técnico – além de admitirem reservas – só vinculariam aos Estados-Partes, é inegável sua aspiração à universalidade, permitindo o paulatino reconhecimento da fundamentalidade de determinados direitos.

O respeito à dignidade humana, hodiernamente concebida como um verdadeiro princípio de *ius cogens*, em muito contribui à interpenetração das ordens jurídicas nacional e internacional³³. Com isto, fortalece a posição jurídica do indivíduo em relação ao Estado e, como dissemos, termina por estabelecer limitações à própria soberania estatal nesse quadrante. Dissociando-se o Estado desses valores comuns, além de estar sujeito à responsabilização internacional, inclusive sofrendo medidas coercivas em situações extremas (*v.g.*, no caso de as violações massivas dos direitos humanos, a juízo do Conselho de Segurança das Nações Unidas, com base no Capítulo VII da Carta, constituírem uma ameaça à paz internacional³⁴), também os seus dirigentes poderão ser penalmente responsabilizados. Nesse particular, apesar de o Tribunal Penal Internacional estar assentado em bases voluntaristas³⁵, devem ser lembrados os Tribunais Internacionais criados pelo Conselho de Segurança, de jurisdição obrigatória e não-voluntarista, para o julgamento dos responsáveis pelos ilícitos praticados nos conflitos na antiga Iugoslávia (Resolução nº 808, de 1993) e em Ruanda (Resolução nº 955, de 1994).

Os limites materiais de revisão tanto podem ter uma função essencialmente declarativa, explicitando os limites implícitos na Constituição (*rectius*: princípios fundamentais), como podem assumir uma função declarativo-constitutiva, alçando ao nível de limites materiais princípios que não “*se identifiquem com a essência da Constituição material*”³⁶. A preservação da dignidade humana, quer seja analisada sob a perspectiva germânica, quer seja analisada sob a ótica luso-brasileira, é um limite de revisão indissociável da ordem constitucional, sendo meramente declarativos os preceitos que o reconheçam.

33 Segundo o art. 17 da Constituição russa, “os direitos fundamentais e as liberdades em conformidade com os princípios e as normas de direito internacional comumente reconhecidos devem ser reconhecidos e garantidos na Federação Russa e sob esta Constituição”.

34 Vide EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *O poder público bélico em Direito Internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial*, Lisboa, 2003, pp. 977 e ss.

35 A Assembléia da República, pela Resolução nº 3/2002, aprovou a adesão de Portugal ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. No Brasil, o Congresso Nacional ratificou o Estatuto do Tribunal em 6 de junho de 2002 (Decreto Legislativo nº 112), sendo ele promulgado pelo Decreto Presidencial nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

36 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo II, p. 227.

Nas Constituições, como a italiana³⁷, em que não seja expressamente reconhecida a sua condição de limite de revisão constitucional, a dignidade humana tem sido tratada como um limite implícito. Invocando o art. 2º da Constituição, que considera *invioláveis os direitos fundamentais do homem*, o Tribunal Constitucional italiano incluiu, sob a epígrafe da inviolabilidade, qualquer intervenção promovida pelo legislador, inclusive de índole revisional, que atente contra os “*direitos inalienáveis da pessoa humana*”, já que “*pertencentes à essência dos valores supremos sobre os quais se funda a Constituição italiana*”³⁸. Em rigor, a inviolabilidade de um direito não importa, necessariamente, na sua correlata imutabilidade, pois um direito pode ser inviolável tão-somente enquanto seja contemplado no ordenamento. De qualquer modo, a decisão do Tribunal italiano bem demonstra que os limites materiais de revisão não precisam estar expressos, podendo resultar de uma interpretação sistêmica que prestigie os princípios e valores fundamentais da Constituição ou mesmo transcendentais a ela.

Em resposta aos questionamentos formulados, é possível afirmar que, tanto a posituação da dignidade, como a sua contemplação no rol de limites materiais ao poder de revisão constitucional, não se mostram essenciais à sua ampla e irrestrita proteção, isto porque normas dessa natureza terão índole essencialmente declarativa.

6. REGIME JURÍDICO

Maiores dificuldades serão divisadas direcionando-se a ótica de análise, não à mera existência axiológica do *dever* e do *direito*, mas à sua natureza, extensão e potencialidade de concreção, vale dizer, à posição jurídica do indivíduo em face do Estado. O indivíduo tem o direito subjetivo à observância de sua dignidade? Em caso positivo, ter-se-ia um direito a prestações estatais ou uma mera interdição a um atuar estatal agressivo? Uma vez reconhecido o direito, poderia ser ele ponderado e casuisticamente afastado quando em colisão com outro direito de política pública concretizadora da dignidade, é dado ao Estado ab-rogá-la sem a correlata implementação de outra? Esse direito seria oponível a outros particulares? Não sendo um direito, seria tão-somente uma enunciação de tarefas ou fins a serem perseguidos pelo Estado? Ou seria um princípio diretor da Constituição, de ordem interpretativa e essencialmente voltado à preservação da unidade do sistema?

Esses questionamentos, longe de serem indicativos do norte de desenvolvimento da análise a ser realizada, enunciam as potencialidades do tema e a amplitude das omissões dessas breves linhas, essencialmente voltadas a uma visão generalista sobre a dignidade da pessoa humana e que não chegam a formar um percurso sistematicamente articulado com as múltiplas vertentes apresentadas.

Indicados os “*limites imanes*” do texto, cumpre dizer que a posituação da dignidade humana, expressão eminentemente polissêmica e que congrega uma letora de potencialidades valorativas, além de reforçar o comprometimento estatal com os valores a ela inerentes, permite, consoante o padrão normativo, a sua análise sob uma tríade de vertentes: poderá, conforme o caso, ensejar o surgimento de *direitos subjetivos públicos*, de *mandados constitucionais endereçados ao legislador* ou de

³⁷ O art. 139 da Constituição italiana prevê, como único limite explícito de revisão, que “*la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale*”.

³⁸ Sentenças nº 1.146/1988 e 366/1991, *apud* GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *op. cit.*, pp. 181/182.

princípios diretores, classificação que atenta para a essência das normas, não para a sua mera expressão lingüística³⁹. A começar pelos direitos subjetivos, essa classificação indica uma escala nitidamente decrescente em termos de densidade normativa e de potencial exigibilidade.

6.1. A DIGNIDADE HUMANA COMO DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO

Não obstante a indeterminabilidade do conceito, a dignidade humana, uma vez integrada por um *núcleo duro* de valores inerentes a determinado grupamento, poderá assumir os contornos de um direito subjetivo público, quer seja sob a ótica da interdição de ações agressivas (*v.g.*, direito de o indivíduo não ser submetido a tortura pelos agentes do Estado), quer seja sob a forma de direitos prestacionais (*v.g.*, direito de o indivíduo receber os medicamentos vitais à sua sobrevivência).

Os direitos subjetivos decorrentes da interdição de ações agressivas, beneficiando-se de grande parte dos avanços experimentados pela teoria das liberdades fundamentais, têm obtido uma maior consagração jurisprudencial.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, em inúmeras decisões, tem prestigiado a funcionalidade limitativa da dignidade humana. N^o REsp. n^o 379.414-PR, reconheceu como ofensivas à dignidade humana a prisão e a tortura por motivos políticos, daí decorrendo a imprescritibilidade da respectiva ação de reparação dos danos morais⁴⁰.

Inexistindo estabelecimento prisional específico para o recolhimento temporário de agente que goze da prerrogativa de "*prisão especial*" (*v.g.*, advogado), decidiu o Tribunal, no HC n^o 19247-SP, que poderia ser ele recolhido em cela comum, mas distinta dos outros presos, "*observadas as condições mínimas de salubridade e dignidade humana*"⁴¹. Esta ressalva, se é digna de encômios a um exame mais superficial, pois nada mais natural que assegurar a salubridade e a dignidade humana, torna intuitiva a realidade que, num plástico eufemismo, busca encobrir: como as prisões brasileiras são reconhecidamente atentatórias à dignidade humana, o Tribunal anui a essa premissa e retira do seu alcance determinado agente. Se o instituto da "*prisão especial*", em sua gênese, busca preservar os agentes que, teoricamente, apresentem menor periculosidade ou cujas funções desaconselhem o contato com outros presos, passou ele a ser o divisor de águas entre os *indivíduos sem dignidade* (a generalidade dos presos) e os *indivíduos com dignidade* (a minoria que goze da prerrogativa da "*prisão especial*"). Esse é um exemplo típico – ainda que derivado de um atuar (propositadamente) "*inconsciente*" do Tribunal – do distanciamento verificado entre a perspectiva idealístico-formal e a perspectiva material da dignidade humana.

No REsp. n^o 503.990-BA, não obstante a existência de leis que a restringiam, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de compensação tributária para o fim de reaver quantias pagas a título de tributo considerado inconstitucional, acrescentando que, na espécie, referidas restrições não poderiam incidir sobre pagamentos

39 Cf. ALBRECHT WEBER, *L'Etat social et les droits sociaux en RFA*, in *Revue de Droit Constitutionnel* n^o 24/ 677 (680), 1995.

40 1^a T., REsp. n^o 379.414/PR, rel. Min. José Delgado, j. em 26/11/2002, RSTJ n^o 170/120. No mesmo sentido: 2^a T., REsp. n^o 449.000-PE, rel. Min. Franciulli Netto, j. em 05/06/2003, DJ de 30/06/2003, p. 195.

41 5^a T., HC n^o 19247-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. em 06/02/2003, RT n^o 815/511. No mesmo sentido: 5^a T., HC n^o 30202-MG, rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 19/02/2004, p. 192, DJ de 03/05/2004, p. 192.

efetuados antes da sua vigência⁴². Segundo o Tribunal, “os princípios fundamentais do contribuinte nascem do texto constitucional, que exige respeito à cidadania e à dignidade humana, proibindo empréstimo forçado sem autorização de lei ou de forma disfarçada”.

Situando a questão sob a ótica do *status libertatis* do indivíduo, o Tribunal, “aparentemente”, reconheceu ofensa reflexa à dignidade humana na imposição, a adolescente infrator, de medida sócio-educativa de internação, pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de estupefacientes, sem que a lei de regência contemplasse tal medida quanto a essa espécie de infração⁴³. Utilizamos o advérbio “aparentemente” por duas razões. Primeiro, pela lacônica referência à dignidade humana, o que em muito dificulta a compreensão do real enquadramento jurídico promovido pelo Tribunal – seria um direito subjetivo ou um princípio diretor? – e segundo, pela impressionante frequência com que o relator dessas decisões repete as mesmas expressões em seus acórdãos, o que faz surgir a dúvida: fá-lo no afã de contemplar a plasticidade de suas linhas ou elas efetivamente contribuíram na construção do seu discurso?

A dignidade humana, na condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, foi igualmente invocada para fins de reconhecimento da impossibilidade de investigação policial concernente a uma única operação bancária se prolongar por mais de um lustro⁴⁴. Ainda que o Estado deva apurar a prática de ilícitos desestabilizadores das relações sociais, é evidente que ao indivíduo não pode ser imposto o dissabor de, *ad aeternum*, ver-se na condição de suspeito ou réu em potencial.

Embora a legislação penal portuguesa não puna a prostituição propriamente dita, o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu que os tipos penais que combatem a sua exploração, em última *ratio*, visam a resguardar e proteger a dignidade da pessoa humana, bem jurídico que, apesar da imoralidade de sua conduta, não pode ser subtraído às prostitutas⁴⁵.

42 1ª T., REsp. nº 503.990-BA, rel. Min. José Delgado, j. em 23/09/2003, DJ de 20/10/2003, p. 207.

43 6ª T., HC nº 14.359-SP, rel. Min. Vicente Leal, j. em 22/05/2001, DJ de 11/06/2001, p. 261. Textualmente, assim se pronunciou o Tribunal: (1) “As medidas sócio-educativas impostas ao menor infrator devem ser concebidas em consonância com os elevados objetivos da sua reeducação, sendo relevantes para a obtenção desse resultado o respeito à sua dignidade como pessoa humana e a adoção de posturas demonstrativas de justiça.” (2) “Nessa linha de visão, impõe-se que no procedimento impositivo de sanções seja observado o princípio da legalidade, à luz do qual não se admite a imposição de medida sócio-educativa de internação fora das hipóteses arroladas no art. 122 da Lei nº 8.069/90 – ECA.” No mesmo sentido: 6ª T., HC nº 17.156-PR, j. em 16/04/2002, DJ de 06/05/2002, p. 319; 6ª T., HC nº 25.511-RJ, j. em 20/02/2003, DJ de 24/03/2003, p. 209; 6ª T., HC nº 24.451-SP, j. em 03/12/2002, RT nº 813/559. No HC nº 8.858/SP, o Tribunal reconheceu a inadequação da internação do adolescente quando as circunstâncias do caso não aconselhavam a adoção de medida tão severa (j. em 30/06/1999, RSTJ nº 149/489). Igualmente em matéria correlata ao *status libertatis*, mas desta feita com os olhos voltados ao princípio da ampla defesa, foi reconhecida a necessidade de ser colhida a manifestação do adolescente anteriormente à regressão de uma medida mais branda para a de internação – sendo igualmente repetida a expressão referida em (1) – (6ª T., HC nº 8.552-SP, j. em 13/09/1999, DJ de 04/10/1999, p. 108). No mesmo sentido: HC nº 23.319-SP, j. em 19/09/2002, DJ de 21/10/2002, p. 408; HC nº 17.129-SP, j. em 13/08/2002, DJ de 02/09/2002, p. 247; HC nº 21.236-SP, j. em 04/06/2002, RT nº 805/547; HC nº 14.037-SP, j. em 14/12/2000, DJ de 05/03/2001, p. 242 (nesse caso, tratava-se de manutenção da medida de internação após o decurso do prazo fixado em sentença transitada em julgado); HC nº 11.325-SP, j. em 4/03/2000, DJ de 03/04/2000, p. 170; e HC nº 8.887-SP, j. em 13/09/1997, RSTJ nº 155/459. No HC 17839-RJ, a necessidade do laudo toxicológico para fins de verificação do caráter estupefaciente da substância apreendida em poder do adolescente infrator foi considerada um imperativo da ampla defesa (j. em 11/12/2001, RT nº 800/569). Em todos os acórdãos acima mencionados, sem exceção, foi aposta a expressão referida em (1), sendo todos relatados pelo Min. Vicente Leal.

44 6ª T., RHC nº 9.970-MT, rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 13/03/2001, DJ de 13/08/2001, p. 267.

45 Proc. nº 46.156, rel. Juiz Ferrera Vidigal, j. em 04/05/1994.

De forma correlata aos direitos de informação e de livre expressão do pensamento, pilares essenciais de um Estado Democrático de Direito, ressaltou o Supremo Tribunal de Justiça português que assume igual relevo “a garantia do respeito pelos demais direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, entre os quais o da dignidade da pessoa humana (artº 1º) e os direitos à integridade moral (art. 25, n.1)”, vedando à imprensa exercê-los com ofensa dos direitos da personalidade, o que inclui o n. 1 do art. 70 do Código Civil, protegendo o “bom nome e reputação, caso em que surgem os direitos de resposta, de rectificação e ainda de indemnização que o n. 4 do artº 37 CRP expressamente contempla”⁴⁶.

O Supremo Tribunal de Justiça tem associado o princípio limitativo da culpa (*nulla poena sine culpa*) à compatibilidade com a dignidade da pessoa humana, definindo que, além de não poder existir pena sem culpa, o princípio indica, “em concreto, o seu limite máximo absolutamente intransponível por maiores que sejam as exigências de carácter preventivo que se façam sentir”⁴⁷.

Entendendo que a sobrevivência digna do trabalhador exige o atendimento do “mínimo dos mínimos”, o Tribunal Constitucional português declarou a inconstitucionalidade do art. 824, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, “na medida em que permite a penhora de até 1/3 das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante, cujo valor não seja superior ao do salário mínimo nacional então em vigor, por violação do princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de direito que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1º, 59º, n.º2, alínea a e 63º, n.ºs 1 e 3, da Constituição”⁴⁸.

Em relação à dignidade humana como fonte de direitos prestacionais, vertente especificamente direcionada aos direitos sociais, assumirá ela ares de exceção. Em regra, a dignidade humana não costuma ser interpretada como diretamente invocável a partir de normas constitucionais, pressupondo, ante o seu acentuado grau de indeterminação, a intermediação do legislador, que fixará suas condições e dimensões, bem como a respectiva fonte de custeio das prestações dela derivadas⁴⁹.

No entanto, tratando-se de prestações que se enquadrem, consoante os valores vigentes no grupamento, em um núcleo, essencial e incontestável, consubstanciador da dignidade, não vislumbramos óbice à sua invocação direta com o fim de alicerçar pretensões dessa natureza. Nesse caso, como veremos, o difundido vetor principiológico da dignidade assume maior concretude e, consoante a situação específica, pode assumir o *status* de direito subjetivo⁵⁰.

46 Proc. n.º 01B4384, rel. Juiz Oliveira Barros, j. em 14/02/2002.

47 Proc. n.º 98P1135, rel. Juiz Leonardo Dias, j. em 17/03/1999). No mesmo sentido: Proc. n.º 98P410, rel. Juiz Oliveira Guimarães, j. em 08/10/1998.

48 1ª Secção, Acórdão n.º 318/99, Proc. n.º 855/98, Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, j. em 26/05/1999, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 43º vol., 1999, pp. 639 a 646 (646). No mesmo sentido: Plenário, Acórdão n.º 177/02, Proc. n.º 546/01, rel. Cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, j. em 23/04/2002, Acórdãos..., 52º vol., 2002, pp. 259 a 271.

49 Cf. REINHOLD ZIPPELIUS, *op. cit.*, p. 395.

50 A atividade de concretização de um princípio constitucional pode prescindir de intermediação legislativa, mas deve buscar um ponto de equilíbrio entre o risco de remeter ao beneplácito exclusivo do legislador a operatividade dos mais significativos valores constitucionais ou, ao contrário, de atribuir ao intérprete uma exorbitante função de livre criação do direito, não observando a distinção fundamental entre as funções criativa e operativa do direito. De qualquer modo, atualmente, não mais é aceitável o entendimento de que a norma constitucional é endereçada ao legislador, estando a atividade do juiz vinculada à lei, não aos princípios constitucionais de justiça material. Cf. GUSTAVE ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto Costituzionale*, Volume Primo, *Il Sistema delle Fonti del Diritto*, Torino, 1987, pp. 107/108.

Os valores integrados na dignidade humana, em verdade, congregam a essência e terminam por auferir maior especificidade nos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, a um só tempo, esmiúçam a idéia de dignidade e têm a sua interpretação por ela direcionada, do que resulta uma simbiose que não é passível de ser dissolvida⁵¹. Essa constatação talvez justifique o fato de a dignidade humana, conquanto absorva o núcleo essencial do direito fundamental que alicerça uma pretensão de ordem prestacional, ser normalmente invocada em caráter subsidiário, não como fundamento principal à configuração do direito subjetivo a essa prestação⁵². Todavia, ainda que deslocada a uma posição secundária e alçada à condição de mero “*incidente argumentativo*”, a dignidade humana não se dissocia de seu caráter estrutural, mantendo a condição de *ratio decidendi*^{53 54}.

Outra constatação é a de que, aparentemente, esse caráter subsidiário é verificado com maior intensidade quando a ordem constitucional consagra um

51 O preâmbulo da Constituição francesa de 1946, incorporado pela Carta de 1958, dispõe que “*no dia seguinte à vitória alcançada pelos povos livres sobre os regimes que tinham buscado escravizar e degradar a pessoa humana, o povo francês proclama novamente que todo ser humano, sem distinção de raça, religião ou credo, possui direitos inalienáveis e sagrados*”. A partir dessa disposição, o Conselho Constitucional francês, no caso *Bioéthique* (343-344 DC, j. em 27/07/1994, GD n° 47 *apud* LOUIS FAVOREAU E LOIC PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 2003, pp. 855/857), afirmou que a “*salvaguarda da dignidade da pessoa humana contra toda forma de ofensa ou degradação é um princípio de valor constitucional*” (cons. n° 2). Ao final, concluiu que as leis objeto de análise “*enunciavam um conjunto de princípios, dentre os quais o primado da pessoa humana, o respeito ao ser humano desde o começo da vida, a inviolabilidade, a integridade e a ausência de feição patrimonial do corpo humano, bem como a integridade da espécie humana*” e “*que os princípios assim afirmados tendem a assegurar o respeito do princípio constitucional de salvaguarda da dignidade da pessoa humana*” (cons. 18). Nessa decisão, o Conselho principiou pelo prisma referencial da dignidade humana e, após promover a abstração das regras veiculadas pelas leis sujeitas a controle de constitucionalidade, identificou os respectivos princípios de regência e a sua compatibilidade com o mencionado referencial. Merece ser ressaltado, ainda, que foi prestigiada a opção política do legislador ao reconhecer que é legítima a opção que exclui o embrião do âmbito de proteção do princípio de respeito de todo ser humano desde o começo da vida, o que, em determinadas situações previstas na lei, permitiria a manipulação, a realização de estudos e a inseminação artificial (cons. 9 e 10). A posição do Conselho Constitucional francês realça a abertura e a maleabilidade do princípio da dignidade humana, exigindo que, observados determinados valores comuns, seja assegurado um espaço de livre conformação ao legislador, do que resultará uma verdadeira concordância funcional com a atividade desempenhada por órgãos outros, como o próprio Conselho.

52 No ROMS 96.213-SP, em que Parlamentar deficiente físico pleiteava que a tribuna da Assembléia fosse submetida às adaptações necessárias, possibilitando o acesso e o conseqüente exercício do seu *munus*, o Superior Tribunal de Justiça, interpretando as normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas aos direitos dos deficientes, mencionou a necessidade de serem respeitados os “*princípios da igualdade e de guarda dos valores protetores da dignidade da pessoa humana e do livre exercício do mandato parlamentar*” (1ª T., rel. Min. José Delgado, j. em 11/05/1999, RSTJ n° 121/56). No âmbito dos direitos subjetivos decorrentes da interdição de ações agressivas, o Tribunal decidiu que, à decretação da prisão preventiva, não basta a invocação dos motivos abstratamente previstos em lei, sendo imperativa a sua demonstração concreta, isto em respeito aos “*princípios da dignidade humana, da presunção de inocência e da fundamentação dos atos judiciais*” (6ª T., RHC n° 3.888-RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 21/08/1995, DJ de 05/02/1996, p. 1442). Os mesmos princípios foram invocados em acórdão que reconheceu a nulidade de decisão que, sem a devida fundamentação, negou ao condenado o direito de recorrer em liberdade (6ª T., RHC n° 4.557-RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 12/06/1995, DJ de 11/09/1995, p. 28.862). Do mesmo modo, afronta “*o princípio constitucional da dignidade humana, os direitos de liberdade e de igualdade contratual e os dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes*”, a decretação de prisão de depositário infiel, em razão do não pagamento de dívida que, em 24 meses, quintuplicou face à incidência de juros e encargos moratórios (4ª T., HC n° 12.547-DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 1º/06/2000, RSTJ n° 148/387).

53 Cf. MARCOS KEEL PEREIRA, *op. cit.*, p. 17.

54 O caráter fundante da dignidade humana foi bem enunciado pelo art. 10 da Constituição espanhola, ao consagrar a existência de direitos fundamentais a ela inerentes: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

catálogo de direitos fundamentais, não quando silencia ou se limita a exortar a observância da dignidade humana, o que é uma indiscutível demonstração da força persuasiva do positivismo jurídico. Ainda que a dignidade humana seja um valor ínsito ao próprio grupamento, o seu verdadeiro potencial, aos olhos de muitos, resulta, não das forças sociopolíticas do meio em que se projeta, mas da sua encampação por um singelo padrão normativo plasmado em um texto formal.

6.2. A DIGNIDADE HUMANA COMO MANDADO CONSTITUCIONAL OU PRINCÍPIO DIRETOR

Os mandados constitucionais endereçados ao legislador apresentam características essencialmente programáticas e dispõem sobre determinadas tarefas e fins a serem alcançados. Além disso, a exemplo dos princípios diretores, servem de parâmetro ao controle de constitucionalidade (por ação ou por omissão), prestam um relevante auxílio na interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais e exigem que todos os atos emanados do Poder Público, de natureza normativa ou não, sejam com eles compatíveis. Por sua própria natureza, atingem domínios potenciais de aplicação que se espriam por searas não propriamente superpostas a parâmetros indicadores de um conteúdo mínimo de dignidade humana.

No que concerne à concepção da dignidade humana como princípio diretor, ela indica a idéia de que quaisquer dimensões do atuar humano devem prestigiar essa mesma essência, implicando o respeito, a consideração e o estímulo à integração social pela só condição de ser humano. O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição⁵⁵. A maior fluidez que ostenta, oriunda de sua estrutura principiológica e da não-indicação de uma diretriz específica a ser seguida, lhe confere uma densidade normativa inferior, mas não menos importante que a dos mandados constitucionais endereçados ao legislador.

Apesar dos distintos enunciados lingüísticos, parece-nos que tanto a *Grundgesetz* como as Cartas brasileira e portuguesa conferiram à dignidade humana um tratamento essencialmente principiológico, erigindo-a à condição de princípio diretor do sistema⁵⁶. As duas últimas efetivamente a ela se referem como um *princípio fundamental* do Estado, enquanto a *Grundgesetz* chega a resultado semelhante reconhecendo a

55 Ao reconhecer o dever de o órgão jurisdicional fundamentar a decisão que negue ao condenado o direito de recorrer em liberdade – ainda que a hipótese verse sobre crime hediondo – afirmou o Superior Tribunal de Justiça que os “princípios da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e da liberdade provisória (CF, art. 5º, LXVI) se travejam na viga mestra da dignidade humana, regra estruturante de nossos direitos fundamentais (CF, art. 1º, I)”, prestigiando o caráter fundante da dignidade humana (6ª T., RHC nº 2.898-PE, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 17/08/1993, RSTJ nº 54/381).

56 O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, apesar de propugnar a observância dos valores enunciados na Convenção Européia dos Direitos do Homem, ainda não avançou no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana como um princípio fundamental do direito comunitário. Somente no Processo C-13/94, referente a um litígio envolvendo um transexual e seu empregador, o Tribunal alargou à conversão sexual do indivíduo o campo de aplicação do direito de não ser discriminado em razão do sexo, tendo afirmado que “tolerar uma discriminação dessa natureza (no caso, licenciamento em razão da conversão sexual) importaria na inobservância, em relação a essa pessoa, do respeito à dignidade e à liberdade a que ela tem direito e que o Tribunal deve proteger” (P. c/ S. et Cornwall County Council, j. em 30/04/1996, *Recueil*, p. I-2143). Cf. LOUIS FAVOREAU *et alii*, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, p. 470.

sua *intangibilidade* e a obrigação dos poderes públicos em *respeitá-la* e *protegê-la*. Em ambos os casos, os contornos da norma não indicam com precisão o conteúdo da prestação passível de ser exigida, o que, *em um primeiro momento*, exclui a idéia de direito subjetivo, bem como, ressentindo-se da mesma precisão, não indicam tarefas ou fins específicos a serem alcançados, o que impede, inclusive, sejam visualizadas como mandados constitucionais endereçados ao legislador: vale ressaltar que o dever de *respeitá-la* e *protegê-la* não é propriamente a enunciação de uma tarefa estatal, mas um efeito correlato ao próprio reconhecimento da dignidade humana, independentemente, mesmo, de previsão normativa.

A conclusão diversa chegaremos com a análise do art. 227, *caput*, da Constituição brasileira, que dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, *com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente*, dentre outros direitos, o respeito à dignidade. O mesmo ocorrerá em relação ao art. 67, 2, da Carta portuguesa, que dispõe sobre o dever do Estado, *para a proteção da família, regulamentar a procriação assistida de modo a salvaguardar a dignidade da pessoa humana*. Trata-se de nítidos mandados constitucionais endereçados ao legislador, de características programáticas e que dispõem sobre determinadas tarefas e fins a serem alcançados.

No Brasil, considerando o direito à saúde um direito fundamental e realçando o fortalecimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de reconhecer o dever de o Estado fornecer medicamentos essenciais à sobrevivência de pessoas carentes, o Superior Tribunal de Justiça, passando ao largo do caráter programático das normas constitucionais que o consagram, condenou o Estado ao cumprimento desse dever. Ressaltou que, à luz das peculiaridades do caso, *“a lei deveria ser interpretada de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida”*, tendo acrescido a necessidade de serem sopesados *“preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas do cidadão”*⁵⁷. Nesse precedente, a invocação da dignidade da pessoa humana serviu de nítido vetor interpretativo.

Invocando a *“cláusula pétrea que tutela a dignidade humana”*, o Tribunal, em um primeiro momento, reconheceu a impossibilidade de concessionárias de serviço público empreenderem cortes no fornecimento de energia elétrica com o fim de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa⁵⁸. Posteriormente, alterou o rumo de sua jurisprudência e reconheceu essa possibilidade⁵⁹.

57 1ª T., ROMS nº 11.183-PR, rel. Min. José Delgado, j. em 22/08/2000, RSTJ nº 138/52. No mesmo sentido, autorizando o levantamento de verbas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço para fins de tratamento de portador do vírus HIV, hipótese não contemplada na respectiva lei de regência: 1ª T., REsp. nº 249.026-PR, rel. Min. José Delgado, j. em 23/05/2000, DJ de 26/06/2000, p. 138. A dignidade humana também foi invocada para o fim de identificar a teleologia do art. 20 da Lei nº 8.036/90 e autorizar o levantamento do FGTS para a reconstrução da casa própria parcialmente destruída por enchente (1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. em 09/04/2002, RSTJ nº 156/102), bem como para permitir a aquisição de aparelho auditivo para a filha menor (2ª T., REsp. nº 560.777-PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 04/12/2003, DJ de 08/03/2004, p. 234). Nesse último acórdão, foi decidido que *“o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço”*.

58 1ª T., AGA nº 478.911-RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. em 06/05/2003, DJ de 19/05/2003, p. 144.

59 1ª T., AGREsp. nº 543.020-SP, rel. Min. Luiz Fux, j. em 18/03/2004, DJ de 19/04/2004, p. 160.

Nesse acórdão, embora tenha se curvado ao entendimento da maioria, ressaltou o relator que o corte de energia é atentatório à dignidade humana, pois se trata de serviço essencial à vida do cidadão, *in casu*, uma pessoa *“em situação de miserabilidade”*, vivendo *“no limite da sobrevivência biológica”*. A legislação

Em questão afeta à incidência de tributo sobre veículo que seria conduzido não por deficiente físico, destinatário de isenção legal, mas por preposto dele, o que decorria de sua total inaptidão física, o Tribunal interpretou a legislação de regência a partir do princípio da dignidade humana e reconheceu o direito do demandante, tendo acrescido que tal princípio é igualmente a fonte das ações afirmativas que visam a integrar os contornos essenciais da isonomia⁶⁰.

O Tribunal, analisando a possibilidade de progressão do regime prisional fechado para o semi-aberto, deixou expresso que “a dignidade humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária”⁶¹.

Ainda que, *a priori*, ostente a forma de princípio diretor ou de mandado endereçado ao legislador, o respeito à dignidade humana pode transmutar-se em direito subjetivo quando, à luz do caso concreto, se mostrarem imprescindíveis determinadas prestações que se encontrem ao abrigo de um quadro axiológico já sedimentado no grupamento. Nesses casos, será possível exigir um *facere* estatal para atender a um rol mínimo de direitos.

Exemplo de invocação do princípio diretor da dignidade humana, com o fim de conferir concretude aos direitos prestacionais a cargo do Estado, pode ser encontrado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Como se sabe, a *Grundgesetz*, destoando da maior parte das Constituições do segundo pós-guerra, não contemplou um extenso rol de direitos sociais⁶². Não obstante essa lacuna, a jurisprudência do Tribunal Constitucional, combinando os princípios diretores do Estado Social (previsto no art. 20, 1) e da dignidade humana (art. 1º, 1), tem deles extraído, em casos específicos, o fundamento de garantia do mínimo vital⁶³.

7. EPILOGO

Por certo, a alguns pode parecer excesso de preciosismo uma qualquer investigação científica que busque identificar os referenciais metodológicos conducentes à fundamentação da dignidade humana, expressão verdadeiramente polissêmica e de grande potencialidade transformativa. O mesmo ocorrerá, por evidente, quanto às tentativas de individualização do regime jurídico a que deva ser submetida. Resistências à parte, os reflexos dessa vertente investigativa, como vimos, se interpenetram com a prática dos tribunais, não numa relação de mero sincretismo,

infraconstitucional deveria sofrer a necessária filtragem dos princípios constitucionais, não podendo passar ao largo dos valores que veiculam, isto sob pena de se transmutar uma responsabilidade patrimonial em uma responsabilidade sobre a própria pessoa. Por tal razão, a interpretação da norma que excepciona o corte em situações de interesse da coletividade (*v.g.*: universidades e hospitais) deveria resultar em uma exegese ampliativa. Tratando-se de serviço que assenta sobre base contributiva, o entendimento preconizado, se levado às últimas conseqüências, poderia conduzir à desestabilização do próprio sistema prestacional. Apesar disso, não nos parece que o correto seja, simplesmente, alterar o referencial de análise, centrando-o em uma ótica funcionalista de acentuada carga mercantil. Se desestabilização houver, deve o concessionário procurar, junto ao órgão concedente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não prestações há muito integradas à concepção de vida digna.

60 1ª T., REsp. nº 567.873-MG, rel. Min. Luiz Fux, j. em 10/02/2004, DJ de 25/02/2004, p. 120.

61 6ª T., HC nº 9.892-RJ, rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 16/12/1999, DJ de 26/03/2001, p. 473.

62 Como exceções, podem ser mencionados o art. 6º, 4 (“*toda mãe tem direito à proteção e à assistência da comunidade*”) e o art. 6º, 5 (“*a legislação deve assegurar aos filhos naturais as mesmas condições dos filhos legítimos quanto ao seu desenvolvimento físico e moral e ao seu estatuto social*”), que têm sido interpretados pelo Tribunal Constitucional como mandados endereçados ao legislador (*BVerfGE* 32, 273 (277) *apud* ALBRECHT WEBER, *op. cit.*, p. 683.

63 *BVerfGE* 1, 159 (161); e 52, 339 (346), *apud* ALBRECHT WEBER, *p. cit.*, p. 684.

mas como percurso necessário a um discurso lógico-racional densificador desse princípio aglutinante de valores essenciais ao ser humano.

Ademais, como disse conhecido jurista, *não há nada mais prático que uma boa teoria.*

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____, *Theorie der Grundrechte*, 1ª ed., Baden-Baden: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1994.

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

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

CAMARA VILLAR, Gregorio, *El Sistema de los Derechos y las Libertades Fundamentales en la Constitución Española*, in *Derecho Constitucional*, vol. II, coord. de Francisco Balaguer Callejón, pp. 33 a 83, 2ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito (Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz)*, trad. de A. Menezes Cordeiro, 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberania de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, 2ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, António, *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, Boletim da FDUC, *Studia Iuridica* 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CORREIA BAPTISTA, Eduardo, *O Poder Público Bélico em Direito Internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

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

DESOUZA, Antonio Francisco, *“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo*, Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Milani: CEDAM, 2001.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. de J. Baptista Machado, ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FAVOREAU, Louis, GAIA, Patrick, GHEVONTIAN, Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, PFERSMANN, Otto, PINI, Joseph, ROUX, André, SCOFFONI, Guy e TREMEAU, Jérôme, *Droits des libertés fondamentales*, 2ª ed., Paris: Éditions Dalloz, 2002.

FAVOREAU, Louis e PHILIP, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12ª ed., Paris: Éditions Dalloz, 2003.

GARGIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5ª ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

_____, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid: Editorial Civitas, 1985.

GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, *Nachvollziehende Grundrechtskontrolle*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 128, heft 2, pp. 173 a 225, 2003.

KEEL PEREIRA, Marcos, "O Lugar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência dos Tribunais Portugueses. Uma Perspectiva Metodológica", *Working Paper*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa nº 4, 2002.

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

LANDA, César, *Dignidad de la Persona Humana, Cuestiones Constitucionales*, in *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* nº 7, pp. 109 a 138, julho-dezembro de 2002.

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

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, T. II, 5ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____, *Manual de Direito Constitucional*, T. IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

VIERA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

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

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Manuale di Diritto Costituzionale, Volume Primo, Il Sistema delle Fonti Del Diritto*, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987.

ZIIPPELIUS, Reinhold, *Teoria Geral do Estado (Allgemeine Staatslehre)*, trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho, coordenação de J.J. Gomes Canotilho, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

*Publicado originalmente na Revista nº 26 jul./dez. 2007, p. 79.

Há um paradoxo histórico com o direito de propriedade privada. Embora tendo sido declarada, no início do constitucionalismo moderno, direito fundamental da pessoa humana e garantia “inviolável e sagrada”¹ da liberdade individual, sem a qual “não há constituição”,² a propriedade passou a ser analisada e discutida na teoria jurídica, a partir do movimento de codificação civil do século passado, exclusivamente como um instituto de direito privado, estranho, portanto, à organização política do Estado. A propriedade faria parte da esfera íntima e inviolável de todo indivíduo, na qual os Poderes Públicos não podem penetrar sem cometer a mais grave das usurpações.

A explicação para esse aparente paradoxo só se revela quando a propriedade privada, tal como a família e o contrato, é recolocada no complexo de instituições sociais que compõem a civilização moderna. E esta última só cobra sentido quando a comparamos com as que a precederam, notadamente com a civilização greco-romana, cuja importância decisiva para a formação de nossa consciência jurídica é bem conhecida.

Vejamos.

A propriedade no mundo greco-romano

A idéia de propriedade privada, em Roma ou nas cidades gregas da antigüidade, sempre foi intimamente ligada à religião, à adoração do deus-lar, que tomava posse de um solo e não podia ser, desde então, desalojado. A casa, o campo que a circundava e a sepultura nela localizada eram bens próprios de uma *gens* ou de uma família, no sentido mais íntimo, ou seja, como algo ligado aos laços de sangue que unem um grupo humano.³

Na língua latina, aliás, *dominus e dominium* vêm de *domus*, significando, respectivamente, o chefe da casa e o poder próprio deste sobre todos os bens familiares. Que o sentido jurídico de *dominium* se vincule originalmente à casa de família nos é confirmado pela definição de **Ulpiano** no *Digesto* (50, 16, 195,§ 2): *paterfamilias appellatur qui in domo dominium habet*.

* **Fábio Konder Comparato** é Professor Titular da Faculdade de Direito de São Paulo e Doutor em Direito da Universidade de Paris.

1 São os adjetivos empregados no art. 17 da Declaração do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional francesa em 1789.

2 A mesma Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou em seu art. 2º que “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”, sendo que “esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. E o art. 16 reconheceu peremptoriamente: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição”.

3 Cf. Como assinalou o clássico **Fustel de Coulanges**, “há três coisas que, desde os tempos antigos, se encontram fundadas e estabelecidas solidamente nas sociedades grega e italiana: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade” (*A Cidade Antiga*, livro segundo, cap. VI, na tradução de Fernando de Aguiar, 8ª ed., Lisboa, p. 84).

Na civilização greco-romana, a propriedade privada – assim como a família e a religião doméstica – faziam parte da **constituição social**, da organização institucional da sociedade, que não podia, em hipótese alguma, ser alterada por uma decisão popular, ou dos governantes.

Na organização da cidade antiga, aliás, as instituições que diziam respeito à vida privada eram mais sólidas e estáveis do que as formas de governo, e distinguiam, mais do que estas, uma cidade da outra. Não é de admirar, portanto, que o ponto de partida de **Aristóteles**, em sua pesquisa sobre a constituição ideal da *pólis*, tenha sido a classificação dos regimes de propriedade: a comunhão total, a ausência absoluta de comunhão, e a comunhão ou condomínio de certas coisas juntamente com a propriedade individual de outras.⁴ A noção de *politéia* para o filósofo, como foi reconhecido em primorosa tese acadêmica,⁵ engloba a vida privada: é “a forma de organização dos cidadãos de um Estado”,⁶ “a própria comunidade dos cidadãos”,⁷ ou, de modo ainda mais sugestivo, “um certo modo de vida de uma sociedade política”.⁸ Não há aí, portanto, nenhuma possibilidade de dissociação nem mesmo de distinção, nesse particular, entre a esfera pública e a privada.

Seja como for, o núcleo essencial da propriedade, em toda a evolução do direito privado ocidental, sempre foi o de um poder jurídico soberano e exclusivo de um sujeito de direito sobre uma coisa determinada. No Direito romano arcaico,⁹ este poder fazia parte das prerrogativas do *paterfamilias* sobre o conjunto dos escravos e bens (*família* ¹⁰ *pecuniaque*), que compunham o grupo familiar. Prerrogativas soberanas, porque absolutas e ilimitadas, imunes a qualquer encargo, público ou privado, e de origem sagrada, por força de sua vinculação com o deus-lar.¹¹

Por aí se percebe como seria absurdo falar, no direito antigo, de deveres do cidadão, enquanto proprietário, para com a comunidade. A propriedade greco-romana fazia parte da esfera mais íntima da família, sob a proteção do deus doméstico. Por isso mesmo, o imóvel consagrado a um lar era estritamente delimitado, de forma que cometia grave impiedade o estranho que lhe transpusesse os limites sem o consentimento do chefe da família.

A propriedade privada na civilização burguesa

Ora, a propriedade moderna desvinculou-se totalmente dessa dimensão religiosa das origens e passou a ter marcadamente, com o advento da civilização burguesa, um sentido de mera utilidade econômica. O direito burguês, segundo o modelo do Código Napoleão, concebeu a propriedade como poder absoluto e

4 *Política*, livro I.

5 **Jacqueline Bordes**, *Politéia dans la pensée grecque jusqu'à Aristote*, Paris (Société d'Édition “Les Belles Lettres”), 1982, p. 437.

6 *Política* 1274b, 1.

7 *idem*, 1276b, 25.

8 *idem*, 1295b 1-2.

9 Cf. **Max Kaser**, *Das Römische Privatrecht*, primeira parte, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, Munique (Beck), 1971, § 31.

10 Não se deve esquecer que o termo *família* vem de *famulus*.

11 Cf. **Pietro Bonfante**, *Corso di Diritto Romano*, vol. 2º, *La Proprietà*, Milão (Giuffrè), 1966, pp. 243 e ss.

exclusivo sobre uma coisa determinada.¹² É o protótipo do direito egocêntrico, visando à utilidade exclusiva do seu titular (*eigennützig*, como dizem os alemães).

Ademais, na concepção prevaiente em todo o século XIX, a propriedade representava o instituto central do direito privado, em torno do qual gravitavam todos os bens, em contraposição às pessoas. Na distribuição sistemática das matérias do Código Napoleão, promulgado no dealbar do século, o livro primeiro é dedicado às pessoas, o livro segundo cuida “dos bens e das diferentes modificações da propriedade”, e o livro terceiro, “das diferentes maneiras pelas quais se adquire a propriedade”. Neste último livro, vêm reguladas a sucessão, as doações entre vivos e por causa de morte, bem como todos os contratos, inclusive o “contrato de casamento”.¹³

Por outro lado, a civilização burguesa estabeleceu a nítida separação entre o Estado e a sociedade civil, entre o homem privado, como indivíduo (de onde a expressão “direitos individuais”, para indicar os direitos humanos da primeira geração, os quais dizem respeito a todos, independentemente de sua nacionalidade) e o cidadão, como sujeito da sociedade política. A propriedade foi colocada, nesse esquema dicotômico, inteiramente no campo do direito privado, e essa dicotomia foi o alvo preferido da crítica socialista. **Marx**, em particular, considerou a separação entre as esferas pública e a privada da vida social como simples discurso ideológico, pois o Estado acabava sendo também **apropriado** (no sentido técnico) pela classe proprietária.

Ora, havendo perdido o sentido religioso das origens, sobre que outra base de ordem ética poderia a propriedade ser justificada no direito moderno?

Os pais fundadores do constitucionalismo liberal, em particular **John Locke**, não hesitaram em justificar, doravante, o direito de propriedade privada na exigência natural de subsistência do indivíduo, e na especificação por ele dada a determinada coisa pelo seu trabalho, enquanto força emanada do seu corpo, que representa o que cada há de mais próprio em cada pessoa.¹⁴

No curso do século XVIII, essa justificativa da subsistência individual e familiar transformou-se na garantia fundamental da liberdade do cidadão contra as imposições do Poder Público. Trata-se, agora, de resguardar a esfera pessoal de cada

12 Essas duas notas características do direito subjetivo de propriedade – a submissão da coisa à utilidade própria de seu titular (*usus, fructus, abusus*) – e a exclusão de todos os demais sujeitos de direito de qualquer relação com a coisa estão contidas nas definições de propriedade do Código Civil alemão (§ 903: “*Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen*”) e do Código Civil brasileiro (art. 524: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”). O Código Napoleão, em sua famosa definição do art. 544, só menciona a primeira característica, a utilidade da coisa para o seu dono: “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”.

13 Em seus *Princípios da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência do Estado em Resumo*, **Hegel** deu, de certa forma, o fundamento filosófico da codificação napoleônica, sustentando que a propriedade, base da liberdade, precede teórica e pragmaticamente o contrato, pois “a pessoa, ao se diferenciar de si mesma, entra em relação com outra pessoa, e essas duas pessoas só têm uma existência empírica, uma para com a outra, enquanto proprietárias” (§ 40).

14 **John Locke** desenvolveu o argumento no § 27 do *Second Treatise of Government*: “*Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a property in his own person: this no body has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he has mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property*”.

indivíduo contra as intrusões de outrem, não mais pela religião, mas pelo direito natural, ou pela idéia de contrato social.

Rousseau foi, nesse particular, malgrado uma certa contradição nas idéias,¹⁵ o grande *maître à penser* de sua geração. No *Discurso sobre a economia política*, publicado na *Encyclopédie*, considerou “certo que o direito de propriedade é o mais sagrado de todos os direitos dos cidadãos e mais importante, de certa forma, que a própria liberdade”. “É preciso lembrar aqui”, insistiu, “que o fundamento do pacto social é a propriedade, e sua primeira condição que cada qual se mantenha no gozo tranqüilo do que lhe pertence”. Em outro escrito, incluído entre os seus *Fragments Políticos*, o grande genebrino chegou mesmo a afirmar que “fundando-se todos os direitos civis sobre o de propriedade, assim que este último é abolido nenhum outro pode subsistir. A justiça seria mera quimera, o governo uma tirania, e deixando a autoridade pública de possuir um fundamento legítimo, ninguém seria obrigado a reconhecê-la, a não ser constrangido pela força”.¹⁶

Os documentos políticos do final do século consagraram essa visão de mundo. Tanto o *Bill of Rights* de Virgínia, de 12 de junho de 1776, em seu primeiro parágrafo,¹⁷ quanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembléia Nacional francesa de 1789, em seu art. 2º,¹⁸ apresentam a propriedade, juntamente com a liberdade e a segurança, como “direitos inerentes” a toda pessoa, ou “direitos naturais e imprescritíveis do homem”.

Sob esse aspecto de garantia da liberdade individual, a propriedade passou a ser protegida constitucionalmente em sua dupla natureza, de direito subjetivo e de instituto jurídico. Não se trata, apenas, de reconhecer o direito subjetivo dos proprietários, garantindo-os contra as investidas dos demais sujeitos privados ou do próprio Estado. Cuida-se, também, de evitar que o legislador venha a suprimir o instituto, ou a desfigurá-lo completamente, em seu conteúdo essencial.¹⁹ É o que a elaboração teórica da doutrina alemã denominou uma **garantia institucional** da pessoa humana.²⁰

Importa assinalar, aliás, que a propriedade privada, enquanto instituição jurídica, representou o elo de comunicação entre as duas esferas, nitidamente separadas, do Estado e da sociedade civil, pelo estabelecimento do sufrágio censitário. A transição do absolutismo político ao governo representativo foi assegurada pela

15 A segunda parte do *Discurso sobre as origens e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, de 1754, abre-se com a afirmação célebre: “*Le premier qui ayant enclos un terrain, s’avoisa de dire, ceci est à moi, et trouva des gens assés simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile*”.

16 *Oeuvres Complètes*, III, Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade), 1964, p. 483.

17 “*That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety*”.

18 “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression*”.

19 É esta (*Wesensgehalt*) a expressão usada pela Lei Fundamental de Bonn, em seu art. 19, para definir a competência do legislador ordinário, na regulação do conteúdo e dos limites de um direito fundamental. “Na medida em que, de acordo com esta Lei Fundamental, um Direito fundamental pode ser delimitado por meio de lei, ou com fundamento em lei, esta deve ser geral, não podendo valer somente para um caso individual”. E na segunda alínea: “Em caso algum pode um direito fundamental ser violado em seu conteúdo essencial”. O sentido e o alcance desse dispositivo constitucional foi desenvolvido por **Peter Häberle** em sua monografia *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3ª ed., Heidelberg (C. F. Müller), 1983.

20 A doutrina alemã contemporânea distingue, aliás, entre *Einrichtungsgarantie*, *institutionelle Garantie* e *Institutsgarantie*. Cf. **Klaus Stern**, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III, vol. 1, Munique (Beck), 1988, pp. 776 e ss.

classe proprietária. “Em nossas sociedades atuais”, sustentou **Benjamin Constant**,²¹ “o nascimento no país e a idade madura não bastam para conferir aos homens as qualidades próprias ao exercício dos direitos de cidade. (...) É preciso uma outra condição, além do nascimento e da idade prescrita pela lei. Essa condição é o lazer indispensável à aquisição das luzes, à retidão do julgamento. Só a propriedade assegura esse lazer: só a propriedade torna os homens capazes de exercer os direitos políticos”.

Seja como for, é dentro dessa perspectiva institucional que se pôs, já no bojo do constitucionalismo liberal, a questão do direito de todo indivíduo à propriedade, ou seja, o direito à aquisição dos bens indispensáveis à sua subsistência, de acordo com os padrões de dignidade de cada momento histórico. A lógica do raciocínio tornou incoercível o movimento político reivindicatório. Se a propriedade privada era reconhecida como garantia última da liberdade individual, tornava-se inevitável sustentar que a ordem jurídica deveria proteger não apenas os atuais, mas também os futuros e potenciais proprietários. O acesso à propriedade adquirida, pois, inofensivamente, o caráter de direito fundamental da pessoa humana.

Transformações funcionais da propriedade na era contemporânea

A evolução sócio-econômica ocorrida a partir de fins do século passado veio, porém, alterar o objeto dessa garantia constitucional. Doravante, a proteção da liberdade econômica individual e do direito à subsistência já não dependem, unicamente nem principalmente, da propriedade de bens materiais, segundo o esquema do *ius in re*, mas abarcam outros bens de valor patrimonial, materiais ou imateriais, objeto ou não de um direito real.²²

Antes de mais nada, o advento da civilização industrial expandiu enormemente as relações de trabalho assalariado e gerou demandas crescentes de proteção do emprego e de seguridade social, demandas essas que autores e tribunais assimilaram, sob o aspecto funcional, à propriedade do passado.

Há aí, sem dúvida – é o caso de dizê-lo – uma certa impropriedade conceitual, pois o direito a uma prestação positiva, gerador de pretensão contra um sujeito determinado, não pode ser confundido com o direito de uso, gozo e disposição de uma coisa, sem intermediação de quem quer que seja. Mas o sentido prático da extensão conceitual é bem claro. Nos sistemas jurídicos como o brasileiro, onde os direitos trabalhistas e de seguridade social foram alçados ao nível constitucional, parece menos sensível a necessidade exegética de se recorrer ao conceito ampliado de propriedade, para assegurar-lhes adequada proteção. No entanto, a ressurgência de um capitalismo anti-social agressivo, nos últimos tempos, procurando reduzir ou

21 *Principes de Politique*, cap. VI, in *Oeuvres*, Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade), 1957, pp. 1.146/1.147.

22 Esta interpretação ampliada da garantia constitucional da propriedade foi admitida na Alemanha desde a Constituição de Weimar. Na doutrina atual, cf. **Konrad Hesse**, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg, 1995, n° 444; **Peter Badura**, *Eigentum*, in *Handbuch des Verfassungsrechts*, organizado por **E. Benda**, **W. Maihofer** e **H. J. Vogel**, Berlim e New York, 1983, pp. 666 e ss.; *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, organizado por **R. Wassermann**, vol. 1, Neuwied, 1989, pp. 1.073 e ss. No Brasil, defende essa posição **Pontes de Miranda**, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*, t. V, 2ª ed., São Paulo, 1971, p. 398. Na doutrina portuguesa, **J. J. Gomes Canotilho** e **Vital Moreira**, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2ª ed., 1º vol., Coimbra, 1984, pp. 332-333.

suprimir na prática tais direitos, quando não tentando votar emendas inconstitucionais à Constituição com esse efeito, veio demonstrar toda a importância de se recorrer, também aqui, ao velho conceito de propriedade, para garantia das condições mínimas de uma vida digna.

Por outro lado, a rápida e maciça concentração populacional urbana, durante este século, aliada à destruição de grandes cidades por efeito de sucessivas guerras, obrigou o Estado, em vários países, a intervir legislativamente nas relações de inquilinato, reforçando os direitos dos locatários e limitando a autonomia negocial dos locadores. Ao direito tradicional de propriedade destes, opôs-se o direito pessoal dos inquilinos à moradia própria e familiar, o qual passou, em muitos aspectos, a gozar de uma proteção constitucional semelhante à daquele, enquanto não se constrói, nos diferentes sistemas jurídicos, um autônomo direito fundamental à habitação, tal como preconizado na II Conferência das Nações Unidas sobre assentamentos humanos, realizada em Istambul em junho de 1996.

Sob outro aspecto ainda, a expansão desregulamentada do movimento de concentração capitalista, nas últimas décadas, tornou sempre mais precária a situação dos pequenos e médios empresários, esmagados pelo poder econômico das macroempresas. Contra os excessos da teoria ordo-liberal alemã e dos teóricos da Escola de Chicago,²³ foi preciso reconhecer que se estava diante de direitos patrimoniais indispensáveis à subsistência individual, e que mereciam, por conseguinte, uma proteção constitucional semelhante à dispensada tradicionalmente à propriedade.²⁴

O estatuto constitucional da propriedade privada

O reconhecimento constitucional da propriedade como direito humano liga-se, pois, essencialmente à sua função de proteção pessoal.

Daí decorre, em estrita lógica, a conclusão – quase nunca sublinhada em doutrina – de que nem toda propriedade privada há de ser considerada direito fundamental e como tal protegida.²⁵

Algumas vezes, o direito positivo designa claramente determinada espécie de propriedade como direito fundamental, atribuindo-lhe especial proteção.

É o caso, por exemplo, no direito brasileiro, da pequena e da média propriedade rural. A Constituição (art. 185) as declara insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária e determina que a lei lhes garanta tratamento especial. A pequena propriedade rural, ainda, como tal definida em lei, desde que trabalhada pela família do proprietário, não pode ser objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva e goza, por lei, de condições favorecidas de financiamento (art. 5º - XXVI).

23 R. Posner, *The Law and Economics of antitrust*, The University of Chicago Press, 1976; R. Bork, *The Antitrust Paradox*, 2ª ed., Nova York (The Free Press), 1993.

24 A jurisprudência alemã reconhece que o “direito ao exercício de uma exploração empresarial organizada” constitui objeto da garantia constitucional da propriedade. Cf. *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, cit., vol. 1, p. 1091.

25 Um dos poucos autores que acentuam a distinção entre a propriedade como direito humano e como direito ordinário é Hans-Jochen Vogel, que foi Ministro da Justiça da República Federal Alemã. Cf. a sua conferência pronunciada na *Berliner Juristischen Gesellschaft* em 20 de novembro de 1975, *Kontinuität un Wandlungen der Eigentumsverfassung*, editada por De Gruyter, Berlim e New York, 1976, p. 12.

Mas a proteção constitucional não se limita à propriedade já existente. Garante-se, ainda, o acesso à propriedade a todos os que dela dependam como meio de subsistência. Reconhece, assim, a Constituição um direito de adquirir, por usucapião, a todo aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, e tendo nela sua moradia (art. 191). Igual direito de acesso à propriedade é garantido a todo aquele que, não sendo proprietário de imóvel urbano ou rural, possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família (art. 183).

Mas, tirante essas hipóteses, claramente definidas na Constituição, é preciso verificar, *in concreto*, se se está ou não diante de uma situação de propriedade considerada como direito humano, pois seria evidente contra-senso que essa qualificação fosse estendida ao domínio de um latifúndio improdutivo, ou de uma gleba urbana não utilizada ou subutilizada, em cidades com sérios problemas de moradia popular. Da mesma sorte, é da mais elementar evidência que a propriedade do bloco acionário, com que se exerce o controle de um grupo empresarial, não pode ser incluída na categoria dos direitos humanos.

Escusa insistir no fato de que os direitos fundamentais protegem a dignidade da pessoa humana e representam a contraposição da justiça ao poder, em qualquer de suas espécies. Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente a de uma indenização reforçada na hipótese de desapropriação.

É preciso, enfim, reconhecer que a propriedade-poder, sobre não ter a natureza de direito humano, pode ser uma fonte de deveres fundamentais, ou seja, o lado passivo de direitos humanos alheios.

A função social da propriedade

É, justamente, à luz dessa consideração da propriedade como fonte de deveres fundamentais que se deve entender a determinação constitucional de que ela “atenderá à sua função social” (art. 5º - XXIII).

Não se está, aí, de modo algum, diante de uma simples diretriz (*Leitlinie, Richtschnur*) para o legislador, na determinação do conteúdo e dos limites da propriedade, como entendeu uma parte da doutrina alemã, a propósito do disposto no art. 14, segunda alínea, da Lei Fundamental de Bonn: “A propriedade obriga. Seu uso deve servir, por igual, ao bem-estar da coletividade” (*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*).²⁶ Como bem salientou um autor, “a responsabilidade social incumbe não só ao Estado, como aos particulares; Estado Social significa não apenas obrigação social da comunidade em relação aos seus membros, como ainda obrigação social destes entre si e perante a comunidade como um todo”.²⁷

26 **Badura**, op. cit., pp. 655/656; **Kärl Nüssgens e Karl Heinz Boujong**, *Eigentum, Sozialbindung, Enteignung*, Munique (Beck), 1987, nº 141.

27 **Hans-Jochen Vogel**, op. cit., p. 13.

De qualquer modo, essa exegese da função social da propriedade como mera recomendação ao legislador, e não como vinculação jurídica efetiva, tanto do Estado quanto dos particulares, é de ser expressamente repelida nos sistemas constitucionais que, a exemplo do alemão²⁸ e do brasileiro, afirmam o princípio da vigência imediata dos direitos humanos. A Constituição brasileira de 1988, com efeito, declara que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º).

Importa não esquecer que todo direito subjetivo se insere numa relação entre sujeito ativo e sujeito passivo. Quem fala, pois, em direitos fundamentais está, implicitamente, reconhecendo a existência correspectiva de deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre direitos humanos independe da mediação do legislador, o mesmo se deve dizer em relação aos deveres fundamentais.

Mas qual o conteúdo do dever fundamental ligado à função social da propriedade?

A Constituição brasileira, especificamente em relação à propriedade rural e à propriedade do solo urbano, explicita-o como sendo a adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade. O art. 182, § 2º dispõe que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor”, sendo que uma lei específica poderá exigir do proprietário de terreno não edificado, subutilizado ou não utilizado, incluído em área abrangida pelo plano diretor, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de aplicação sucessiva de três sanções (§ 4º). No art. 187, dispõe-se que “a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

Como se vê, em ambas as disposições a Constituição convoca o legislador para definir o conteúdo da função social da propriedade. À falta de específica lei reguladora, estarão os proprietários dispensados de dar cumprimento à norma constitucional?

De modo nenhum. Como foi salientado, os deveres fundamentais contrapõem-se, logicamente, aos direitos fundamentais. *Ius et obligatio correlata sunt*. A existência de alguém como sujeito ativo de uma relação jurídica implica obviamente a de um sujeito passivo, e vice-versa. Não se pode, pois, reconhecer que alguém possui deveres constitucionais, sem ao mesmo tempo postular a existência de um titular do direito correspondente. Em conseqüência, quando a Constituição reconhece que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, ela está implicitamente reconhecendo a situação inversa; vale dizer, a exigibilidade dos deveres fundamentais é também imediata, dispensando a intervenção legislativa. É claro que o legislador pode, nesta matéria, incorrer em inconstitucionalidade por omissão, mas esta não será nunca obstáculo à aplicação direta e imediata das normas constitucionais. No caso específico do art. 182, a falta de lei municipal específica obsta, sem dúvida, à

28 Art. 1, terceira alínea, da Lei Fundamental de 1949: “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”.

aplicação regular das sanções cominadas no § 4º. Mas não impede, por exemplo, que a Administração Pública, quando de uma desapropriação, ou o Poder Judiciário, no julgamento de uma ação possessória, reconheçam que o proprietário não cumpre o seu dever fundamental de dar ao imóvel uma destinação de interesse coletivo, e tirem deste fato as conseqüências que a razão jurídica impõe.

Se, nessas hipóteses, a Constituição brasileira é explícita ao ligar ao direito de propriedade um dever fundamental de atendimento às necessidades sociais, tal não significa que, em todas as demais situações de propriedade não se deve atender à função social do instituto. O que ocorre é que esse dever decorre, por assim dizer, da própria natureza do bem, de sua destinação normal. É por essa razão, a meu ver, que a chamada “propriedade de empresa”²⁹ não comporta deveres de prestação de serviços sociais, incompatíveis com a própria natureza da empresa, em nosso sistema econômico, em sua qualidade de entidade direcionada, primariamente, à produção de lucros. Constitui, aliás, uma aberrante falácia do discurso neoliberal sustentar que o Estado fica dispensado, doravante, de cumprir seus deveres próprios de prestar serviços de natureza social – notadamente educação, saúde, previdência e moradia popular – porque tais serviços podem e devem ser prestados pelas empresas privadas.³⁰

A responsabilidade pelo descumprimento dos deveres fundamentais, ligados à propriedade

Observe-se, antes de mais nada, que o respeito aos deveres fundamentais, ligados à propriedade privada, não resulta apenas da iniciativa do particular ofendido – o titular do direito fundamental de acesso à propriedade, em particular –, mas constitui objeto de uma política pública, constitucionalmente obrigatória.

Com efeito, quando a Constituição declara como objetivos fundamentais do Estado brasileiro, de um lado, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e, de outro lado, a promoção do desenvolvimento nacional, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º), é óbvio que ela está determinando, implicitamente, a realização pelo Estado, em todos os níveis – federal, estadual e municipal – de uma política de distribuição equitativa das propriedades, sobretudo de imóveis rurais próprios à exploração agrícola e de imóveis urbanos adequados à construção de moradias. A não realização dessa política pública representa, indubitavelmente, uma inconstitucionalidade por omissão.³¹

Instrumento clássico para a realização da política de redistribuição de propriedades é a desapropriação por interesse social. Ora, essa espécie de expropriação não representa a criação, pelo Estado, no exercício de seu poder de império, de um dano patrimonial indenizável, mas constitui a imposição administrativa de uma sanção, pelo descumprimento do dever, que incumbe a todo proprietário, de dar a certos e determinados bens uma destinação social. Por isso mesmo, é antijurídico

29 Cf. nota 22, *supra*.

30 Sobre o assunto, cf. a minha comunicação *Estado, empresa e função social*, feita à XVI Conferência Nacional dos Advogados, publicada na Revista dos Tribunais 732/38.

31 No *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, publicado na Revista dos Tribunais 737/11, aludi ao fato de que, também nesse campo, e não somente em matéria de produção legislativa, pode haver uma inconstitucionalidade por omissão.

atribuir ao expropriado, em tal caso, uma indenização correspondente ao valor venal do bem, como se não houvesse abuso do direito de propriedade. A Constituição, aliás, tanto no art. 5º - XXIV, quanto no art. 182, § 3º e no art. 184, não fala em indenização pelo valor de mercado, mas sim em **justa** indenização, o que é bem diferente. A justiça indenizatória, no caso, é obviamente uma regra de proporcionalidade,³² ou adaptação às circunstâncias de cada caso. Ressarcir, pelo valor venal do bem expropriado, aquele que descumprir o seu dever fundamental de proprietário é proceder com manifesta injustiça, premiando o abuso.

Com relação aos demais sujeitos privados, o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. Nessa hipótese, as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas. Como foi adequadamente salientado na doutrina alemã, a norma de vinculação social da propriedade não diz respeito, tão só, ao uso do bem, mas à própria essência do domínio.³³ Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias judiciais e extrajudiciais de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço privado imediato (Código Civil, art. 502) e as ações possessórias. A aplicação das normas do Código Civil e do Código de Processo Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso, que podem envolver o descumprimento de deveres fundamentais.

É também à luz das normas constitucionais sobre a propriedade que deve ser julgada, no foro criminal, a querela de esbulho possessório (Código Penal, art. 161, § 1º, II). O comportamento da vítima, aqui, não é apenas um fator a ser levado em consideração na fixação da pena (art. 59), mas pode ser tido como uma excludente de ilicitude. Com efeito, se, conforme as circunstâncias do caso, o juiz se convence de que a suposta vítima deixou de atender à função social do imóvel, e de que os réus, embora agrupados, agiram sem violência ou grave ameaça à pessoa, achando-se todos injustamente privados de propriedade, para garantia de subsistência própria e de suas famílias, deve-se reconhecer, conforme o caso, a justificativa do estado de necessidade, ou do exercício regular de direito (art. 23 - I e III). Tratando-se, como se trata, de direito fundamental da pessoa humana, exercido perante aquele que descumprir o dever fundamental de dar à propriedade uma destinação social, não parece acertado entrever no fato o crime de exercício arbitrário das próprias razões.³⁴ A excludente de criminalidade, prevista na parte final do art. 345 do Código Penal (“salvo quando a lei o permite”) deve se aplicar, com maioria de razão, quando se trata de um direito humano, declarado na Constituição.

32 Sobre o princípio constitucional da proporcionalidade, cf. **Georges Xynopoulos**, *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Contentieux de la Constitutionnalité et de la Légalité, en France, Allemagne et Angleterre*, Paris (Librairie Générale de Droit et Jurisprudence), 1995; **Paulo Bonavides**, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo (Malheiros), 1997, pp. 356 ss.; **Suzana de Toledo Barros**, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, 1996; **Willis Santiago Guerra Filho**, *Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade*, Revista dos Tribunais 719/57. No direito administrativo, cf. **Carmen Lucia Antunes Rocha**, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte (Del Rey), 1994, p. 52.

33 “Die Bindungsklausel, vor allem auf die Bodenordnung gemünzt, gilt für jede Art von Eigentum und erfasst nicht nur den ‘Gebrauch’ im engeren Sinn, der bei Eigentums-objekten oder bei eigentumslichen Befugnissen möglich ist, sondern den Inhalt des verfassungsrechtlichen Eigentums insgesamt” (**Peter Badura**, op. cit., p. 673). No mesmo sentido, **Hans-Jochen Vogel**, op. cit., p. 13.

34 Em sentido contrário, **Nelson Hungria**, *Comentários ao Código Penal*, vol. VII, 2ª ed., Rio de Janeiro (Revista Forense), 1958, nº 40.

A integrante circunstancial modal de execução, consistente no concurso de mais de duas pessoas, ao contrário do que deixa entender **Nelson Hungria**,³⁵ não é semelhante à hipótese de roubo qualificado, definida no art. 157, § 2º, II do Código Penal, porque ela não vem necessariamente acompanhada de violência ou grave ameaça. A sua vinculação mais próxima é com o crime de quadrilha ou bando (Código Penal, art. 288). Mas, justamente, a ocupação de imóvel por pessoas que exerçam o direito fundamental de acesso à propriedade dele se diferencia, nitidamente, uma vez que o objetivo ou dolo específico do agente não existe no caso: o grupo de mais de duas pessoas não se associa “para o fim de cometer crime”.

Conclusão

A concepção privatista da propriedade, a que se fez referência no início desta exposição, tem levado, freqüentemente, autores e tribunais à desconsideração da verdadeira natureza constitucional da propriedade, que é sempre um direito-meio e não um direito-fim. A propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais.

Desde a fundação do constitucionalismo moderno, com a afirmação de que há direitos anteriores e superiores às leis positivas, a propriedade foi concebida como um instrumento de garantia da liberdade individual contra a intrusão dos Poderes Públicos. As transformações do Estado contemporâneo deram à propriedade, além dessa função, também a de servir como instrumento de realização da igualdade social e da solidariedade coletiva, perante os mais fracos e desamparados.

A doutrina jurídica e a jurisprudência hodiernas pecariam gravemente por anacronismo, se não levassem em consideração essa transformação histórica, que exige a adaptação do velho instituto às suas novas finalidades.

São Paulo, 9 de setembro de 1997.

**Publicado originalmente na Revista nº 7 jan./jun. 1998, p. 73.*

35 *Op. cit., ibidem.*

RÉQUIEM PARA UMA CONSTITUIÇÃO

FÁBIO KONDER COMPARATO*

1. As Constituições republicanas duraram pouco neste País. A mais longeva foi a primeira, que vigorou por 39 anos. Até o final do regime militar, nenhuma delas morreu placidamente: todas foram aniquiladas por atos de força. A atual, malferida por 25 emendas em dez anos de existência, passa a sobreviver sob explícita ameaça de morte: trama-se ressuscitar a revisão expeditiva do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

As Ordenações do Reino de Portugal, que vigoraram entre nós por muito tempo, mesmo depois da Independência, cominavam dois tipos de pena capital: a morte natural e a morte espiritual. A primeira atingia o corpo, a segunda a alma. O excomungado continuava a viver, mas só fisicamente: sua alma fora executada pela autoridade episcopal, aliada ao braço secular do Estado.¹

Algo de semelhante está em via de suceder com a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Ela continuará a fazer parte, materialmente, do mundo dos vivos, mas será um corpo sem alma. Todos nós, profissionais do direito, becados ou togados, continuaremos, por dever de ofício, a fazer de conta que vivemos num Estado constitucional. Mas as nossas argumentações tomarão, fantásticamente, o aspecto de sábias dissecações anatômicas: serão análises de um cadáver. Afinal de contas, *Hitler* não precisou revogar a Constituição de *Weimar* para instituir o terrorismo nazista: bastou retirar-lhe toda força interior.

Para o pensamento da Grécia clássica, um Estado não vive sem constituição (*politéia*). Ela é a alma da *pólis*, como disse ISÓCRATES. Tem “o mesmo poder do pensamento no corpo: é ela que delibera sobre tudo, que conserva os êxitos e procura evitar as desgraças; é ela que deve servir de modelo às leis, aos oradores e aos simples particulares”.²

Se a “alma da *pólis*” está sendo lentamente executada, é importante que se saiba quem é esse assassino espiritual da Constituição. Para dizer a verdade, são vários. É o conjunto dos Poderes da República, sem exceção alguma: o Executivo como autor principal, eficazmente acolitado pelo Congresso Nacional; os tribunais superiores, liderados pelo Supremo, com o acumplicamento solícito do Procurador-Geral da República.

Belo corpo de réus para o juízo final de um regime!

2. A *politéia*, na Grécia clássica, designava primariamente tanto a esfera da vida privada, quanto a da vida pública dos cidadãos. Secundariamente, ela era a organização das diferentes magistraturas no sentido antigo, isto é, dos agentes públicos aos quais o povo devia obediência.³ O fundamento dessa organização constitutiva da *pólis* era a autoridade da tradição e das leis fundadoras.

* FÁBIO KONDER COMPARATO é Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e doutor em Direito da Universidade de Paris.

1 No título VIII do Segundo Livro das Ordenações Filipinas, regulava-se a “ajuda do braço secular” para a execução das penas eclesiásticas, conseqüentes à excomunhão.

2 *Areopagítica*, 14.

3 cf. ARISTÓTELES, *Política* 1274b 1, no primeiro sentido; 1278b 10 e 1279a 35, no segundo sentido.

Na época moderna, a idéia de Constituição tomou um sentido bem diverso, marcadamente funcional: ela existe para proteger todo ser humano, mesmo o indivíduo mais réprobo e hediondo, contra o abuso de poder. A Constituição moderna é um instrumento de defesa dos governados contra os governantes. Se ela não exerce esse papel, se ela se limita a suprimir os freios ou obstáculos ao exercício do poder em nome da governabilidade, não se está diante de uma Constituição. Por isso mesmo, no momento decisivo de abolição do *ancien régime*, os revolucionários franceses definiram lapidarmente: “Toda sociedade, em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 16).

Ora, no regime democrático, o atributo maior da soberania popular consiste em **constitucionalizar a nação**. O poder constituinte pertence ao povo e somente a ele. E esse poder é indelegável, como a própria soberania. Imaginar que não o povo, ou seus representantes especiais, eleitos para o exercício dessa tarefa exclusiva, mas sim os próprios governantes possam dotar o país de uma Constituição, ou reformar a que está em vigor, é um despautério lógico e político. “Em cada uma de suas partes”, lembrou SIEYÈS, “a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar coisa alguma nas condições de sua delegação”.⁴ Isto seria a mais abominável das usurpações: a transformação do poder político inferior, delegado pelo povo aos governantes, em poder político soberano destes. Tanto mais que nem mesmo o povo soberano pode descumprir a Constituição que deu à nação.

E no entanto, a apropriação indébita do poder constituinte vem sendo praticada quase cotidianamente pelos nossos governantes, a modo de um crime continuado. Os ladrões da soberania popular são, decididamente, cleptomaníacos políticos.

3. O *iter criminis* tem seu ponto de partida no Poder Executivo, mais especificamente no Presidente da República. Ao copiarmos o modelo norte-americano, em 1891, erramos no estilo: o tencionado retrato saiu uma caricatura. A Constituição dos Estados Unidos criou o regime presidencial; nós engendramos o **presidencialismo**, que é a sua perversão máxima. Lá, o equilíbrio dos Poderes republicanos funciona harmoniosamente, num engenhoso mecanismo de *checks and balances* que faz inveja aos mais competentes relojoeiros. Aqui, a hipertrofia dos poderes presidenciais gerou um monstro macrocefálico, cujos membros são todos absorvidos pela cabeça.

Para sermos justos, porém, é preciso reconhecer que essa aberração institucional não surgiu com a república, pois ela já estava presente e atuante durante todo o período imperial. O que se fez, com a derrubada da monarquia, foi tão só uma adaptação semântica: passamos do império autêntico ao presidencialismo imperial.

Na obra clássica em que fez o panegírico do pai, JOAQUIM NABUCO apenas uma vez permitiu-se censurá-lo. Foi a propósito de uma Circular de 7 de fevereiro de 1856, pela qual o velho Senador, em sua qualidade de Ministro da Justiça, entendeu de ditar regras de julgamento aos magistrados. “É o traço saliente do nosso sistema político”, escreveu JOAQUIM NABUCO, “essa onipotência do Executivo, de fato o Poder único do regime”. “Apesar de todo o antagonismo de muitas de suas idéias com esse sistema, principalmente em matéria de garantias individuais e apesar da

4 *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, cap. V (edição crítica de Roberto Zapperi, Genebra, Librairie Droz, 1970, pp. 180/181).

guerra que moveu à invasão francesa do contencioso administrativo, (NABUCO PAI) foi um dos fundadores da onipotência do governo, convertido em última instância dos poderes públicos”.⁵

A República acentuou ainda mais a onipotência do Chefe do Poder Executivo, ao cobri-la com o manto da irresponsabilidade, que a Constituição de 1824 reservava ao Imperador.⁶ Logo nos primeiros anos do regime que ajudara a criar, RUI BARBOSA tomou como tema a irresponsabilidade presidencial, para traçar em cores fortes o quadro dessa anomalia institucional.⁷ Convém reproduzir a sua apaixonada diatribe:

“Ninguém aqui se importa”, denunciou ele, “com as ditaduras presidenciais. Ninguém se assusta com as ditaduras militares. Ninguém se inquieta com as candidaturas caudilhescas. Ninguém se acautela, se defende, se bate contra as ditaduras do Poder Executivo. Embora o Poder Executivo, no regimen presidencial, já seja, de sua natureza, uma semiditadura, coibida e limitada muito menos pelo corpo legislativo, seu cúmplice habitual, do que pelos diques e freios constitucionais da justiça, embora o Poder Executivo seja o erário, o aparelho administrativo, a guarda nacional, a polícia, a tropa, a armada, o escrutínio eleitoral, a maioria parlamentar. Embora nas suas mãos se reúnam o poder do dinheiro, o poder da compensação e o poder das graças.

Seja ele embora, entre nós, o poder dos poderes, o grande eleitor, o grande nomeador, o grande contratador, o poder das bolsas, o poder dos negócios, e o poder da força, quanto mais poder tiver, menos lhe devemos cogitar na ditadura, atual, constante, onímada, por todos reconhecida, mas tolerada, sustentada, colaborada por todos. Deste feitio, o presidencialismo brasileiro não é senão a ditadura em estado crônico, a irresponsabilidade geral, a irresponsabilidade consolidada, a irresponsabilidade sistemática do Poder Executivo”.

Ora, por mais acachapante que seja esse libelo contra a irresponsabilidade presidencial, é preciso reconhecer que, hoje, ele está aquém da realidade. Atualmente, o Presidente da República não se limita a exercer um poder absoluto apenas no ramo executivo do Estado: ele é também legislador, e dos mais prolíficos. O volume de medidas provisórias editadas e reeditadas, a maior parte delas sem a menor relevância ou urgência, já ultrapassa largamente o número de leis votadas pelo Congresso Nacional, desde a promulgação da Constituição. Mesmo quanto à iniciativa das leis, a preponderância do Executivo é esmagadora: durante as últimas legislaturas, mais de 80% dos projetos de lei aprovados pelo Congresso foram de iniciativa do Presidente da República.

Para a convalidação espúria desse abuso, concorreu decisivamente a mais alta Corte de Justiça do País. Neste período crepuscular do Estado de Direito, o Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é “a guarda da Constituição” (art. 102), tem transigido com todos os desvios, relevado todas as arbitrariedades, admitido todas as prevaricações.

⁵ *Um Estadista do Império*, Rio de Janeiro (Editora Nova Aguilar), 1975, p. 239.

⁶ O art. 99 da Carta Política imperial dispunha que “a pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma”.

⁷ Discurso de posse na presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros, proferido em 19 de novembro de 1914 (*Obras Completas*, vol. XLI 1914, tomo IV, Trabalhos Jurídicos, Ministério da Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, pp. 232/233).

A pá de cal na indispensável independência do Supremo Tribunal Federal para custodiar a inviolabilidade da Constituição foi lançada com a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, instituindo a “ação declaratória de constitucionalidade” (art. 102 - I, a).

O *judicial control*, sem sombra de dúvida a maior criação constitucional dos norte-americanos, surgiu como instrumento de defesa dos direitos individuais contra o mais nocivo dos abusos políticos, aquele que associa Legislativo e Executivo na comum infringência da Constituição. No sistema presidencial de governo, com efeito, a lei não é apenas o ato do Poder Legislativo: ela conta também, necessariamente, com a aprovação do Executivo, que tem o poder de vetá-la. Quando o Presidente da República sanciona uma lei inconstitucional, ele se acumplicia com o legislador na violação da Carta Magna.

Ora, a “ação declaratória de constitucionalidade” veio subverter inteiramente os termos dessa equação política. Ela não é uma defesa da cidadania contra o abuso governamental, mas, bem ao contrário, uma proteção antecipada do Governo contra as demandas que os cidadãos possam ajuizar para defesa de seus direitos. É uma espécie de *bill* de indenidade que o Judiciário outorga aos demais Poderes, um *nilhil obstat* legitimador da ação governamental, antes que os cidadãos tenham tempo de reclamar contra ela.

Por isso mesmo, o processo dessa aberrante demanda é *sui generis*: não há contraditório, porque não há lide. Em se tratando de argüição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o Procurador-Geral da República deve ser previamente ouvido, e o Advogado-Geral da União defende o ato ou o texto impugnado (art. 103, §§ 1º e 3º). Mas no processo da ação declaratória de constitucionalidade, os autores agem sem contraditório: o Governo tem as mãos livres para demandar, sem que ninguém defenda os interesses dos governados.

Por força desse vicioso mecanismo, a nossa Corte Suprema deixa de ser um tribunal, para se tornar um órgão oficial de consulta. Troca a posição de guarda da Constituição pela de associado do Governo.

4. Não bastou, porém, para saciar o apetite de poder, a consolidação e ampliação do poderio presidencial com o acréscimo da função de legislar. Até há pouco, segundo a tradição latino-americana, o presidencialismo era uma ditadura temporária. Pois acaba de se quebrar o último dique que impedia o alastramento do arbítrio completo a todo o terreno governamental. A emenda constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997, introduziu em nossa estrutura política, mais de um século após a constitucionalização do regime republicano, a reeleição dos chefes de Executivo.

O que importa considerar, aqui, para caracterizar a aberração da mudança, não é a confessada venalidade de alguns parlamentares na votação da emenda, atendendo aos “apelos cívicos” de um falecido Ministro de Estado, que era o *fac totum* do Governo. O que cabe ressaltar é a escandalosa inconstitucionalidade formal dessa reforma da Constituição.

Segundo o disposto em seu art. 60, § 2º, “a proposta (de emenda) será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos”. É escusado assinalar que **é a mesma proposta que deve ser submetida a dois turnos de votação, na Câmara e no Senado**. Ora, a proposta original daquela que seria a 16ª emenda à Constituição foi alterada no segundo turno de votação na Câmara.⁸ Em seguida, essa redação alterada,

8 A proposta original era do seguinte teor: “§ 5º - O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso do mandato poderão ser reeleitos por um período imediatamente subsequente e concorrer no exercício do cargo.” O texto aprovado pelo Senado e convertido em norma constitucional, como se sabe, substituiu o artigo definido “o” pelo numeral “um”. Ademais, a parte final do texto de origem – “e concorrer no exercício do cargo” – foi suprimida.

submetida à apreciação do Senado, foi modificada pela segunda vez, sendo imediatamente promulgada.

A lição desse insólito procedimento é bem clara. Para o Congresso Nacional, a Constituição da República vale menos que uma lei ordinária. Em relação a esta, com efeito, ainda se observa a regra constante do art. 65, parágrafo único, da Constituição, segundo a qual “sendo o projeto emendado, voltará à Câmara iniciadora”. As emendas constitucionais, ao contrário, deixam doravante de obedecer a esse rito de segurança elementar, sinal evidente de que, como foi assinalado no início destas considerações, estamos simplesmente a dissecar um cadáver.

O pior, no entanto, ainda estava por vir. Ao responder à Consulta nº 327 do Distrito Federal, o Tribunal Superior Eleitoral, pela Resolução nº 19.952, de 2 de setembro de 1997, entendeu que os chefes de Poderes Executivos não precisam renunciar ao mandato seis meses antes, para concorrer à reeleição. Estabeleceu-se, com isto, a definitiva cretinização do processo hermenêutico. Contrariamente ao princípio primeiro de toda interpretação jurídica, a nossa Justiça Eleitoral passou a entender que um texto há de ser entendido em sua primária literalidade, sem a menor ligação com o contexto normativo e sem submeter-se tampouco aos princípios fundamentais do ramo jurídico em que se insere. Temos, pois, que se o Presidente da República, num acesso de inabitual humildade, decidir concorrer ao cargo de Prefeito de Ibiúna (SP), Município onde tem sua casa de campo, precisará renunciar à presidência da República. Mas se pretender a reeleição para o mesmo modesto cargo que ocupa, pode tranqüilamente enfrentar o pleito e continuar liberando verbas orçamentárias, nomeando e demitindo Ministros e funcionários, sem deixar de freqüentar nem um só dia, em posição de destaque, o conjunto dos meios de comunicação de massa.

Ao comentar nossa primeira Constituição republicana, o austero JOÃO BARBALHO teve palavras candentes para profligar a idéia de reeleição do Presidente da República:

“De que poderosos meios não poderá lançar mão o presidente que pretender se fazer reeleger? Admitir presidente candidato é expor o eleitorado à pressão, corrupção e fraude na mais larga escala. Já de si a eleição presidencial engendra no país agitação não pequena e temerosa; e o que não se dará quando o candidato for o homem que dispõe da maior soma de poder e força, pela sua autoridade, pelos vastos recursos que pode pôr em ação para impor a sua reeleição? E que perturbação na administração pública e que enorme prejuízo para o país no emprego de elementos oficiais com esse fim!”⁹

E se ainda esse colossal malefício ficasse adstrito à presidência da República. Não. Doravante, todos os Governadores e Prefeitos pelo país afora, transformados em régulos de província, vão se aboletar nos respectivos cargos por pelo menos oito anos, sem o incômodo da desincompatibilização. É a volta alegre e consolada aos velhos privilégios do Brasil colônia!

5. Acabei de falar na perspectiva de Governadores e Prefeitos se aboletarem nos respectivos cargos por **pelo menos** oito anos. Faltou dizer que essa perspectiva é ainda mais segura para o Presidente da República.

⁹ *Constituição Federal Brasileira – Commentários*, 2ª edição “correcta e augmentada pelo Autor (publicação posthuma)”, Rio de Janeiro (F. Briguiet e Cia. Editores), 1924, pp.226/227.

A razão é simples. Já foi aprovada por unanimidade, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o projeto de emenda constitucional nº 554-A, de 1997, pelo qual “os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão unicameralmente em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1999, na sede do Congresso Nacional”, para alterar vários dispositivos da Constituição, notadamente o art. 14, justamente o que trata das inelegibilidades.

A essa proposta, apresentada como aditivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Comissão acrescentou, por emenda do relator, que “no dia 4 de outubro de 1998, por plebiscito, o eleitorado decidirá sobre a atribuição, aos Membros do Congresso Nacional, dos poderes constituintes de que trata este artigo”.

Não importa se não houve tempo para aproveitar as eleições de 4 de outubro de 1998 para realizar o plebiscito. O jurisdício já foi, em princípio, aprovado. Só resta agora encontrar um momento propício para levá-lo a cabo.

Já ninguém presta atenção ao comecinho princípio de que as disposições transitórias de uma lei, ou de uma Constituição, não podem, nem lógica nem juridicamente, ser retomadas ou ressuscitadas, como se tratasse de um filme de ficção científica: uma volta para o futuro. Aquilo que o constituinte marcou como período de transição de um regime constitucional a outro não pode ser reconsiderado, depois de encerrados os trabalhos constituintes. O caso ora em questão representa, aliás, uma reincidência específica no mesmo delito constitucional. Já as emendas nº 12, de 15/8/96, e nº 17, de 22/11/97, haviam alterado o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O que causa espanto é ver que nenhum deputado da oposição – havia 16 do PDT, 4 do PT, 4 do PSB e 5 do PPS na Comissão de Constituição e Justiça – manifestou a menor hesitação em executar assim, sumariamente, o corpo de normas cuja função primeira, como lembrado acima, é a de proteger os direitos humanos e, por conseguinte, os direitos da minoria na arena política. Não. Todos se contentaram, como crianças apalermadas, com a oferta do doce envenenado de um plebiscito, que é na verdade um referendo popular.

O que marca a rigidez de uma Constituição é a exigência de que sua reforma, por via de um poder constituído, como é o Congresso Nacional, só possa ser feita – com ou sem aprovação direta pelo povo – nos limites estritos do que ficou estabelecido no texto a ser reformado. E esses limites correspondem, no caso da Constituição de 1988, não só ao que consta do art. 60, § 4º, como ainda ao teor dos princípios fundamentais que enformam o texto constitucional.

Ora, é princípio básico de toda Constituição rígida que o povo, por via referendária, só possa manifestar-se, legitimamente, sobre a sua reforma parcial, quando essa reforma foi decidida por quem tinha competência para fazê-lo e segundo o procedimento formalmente prescrito pela Constituição. Nunca é demais repetir que, no regime democrático, até o povo soberano sofre limites no exercício de seus poderes. Se o povo ou, *a fortiori*, os seus representantes pudessem alterar uma norma constitucional ao seu alvedrio, o Estado de Direito seria mera ficção.

Pois bem, no ventre desse repulsivo monstrengo, encontra-se, como não poderia deixar de ser, a possibilidade de reforma do art. 14 e textos “conexos”, como se diz na proposta de emenda constitucional nº 554-A. Não é à toa que o Presidente da República declarou-se (docemente constrangido, como é de seu feitio) favorável à

proposição. E não tenhamos dúvida de que, se se decidir suprimir do texto do art. 14, § 5º a expressão final – “para um único período subsequente”, o Supremo Tribunal Federal convalidará a desfaçatez, assinando o atestado de óbito da Constituição.

Na democracia ateniense, existia um processo punitivo especial para projetos de lei ou moções que contravissem aos princípios fundamentais do regime: era o *graphê paranomon*.¹⁰ Qualquer cidadão tinha o direito de embargar uma proposta a ser votada pela assembléia do povo (*ekklesia*), alegando que ela feria a *politéia*, ou Constituição da cidade. A votação era então suspensa e a questão submetida a um órgão judicial. O mesmo ocorria com decisões já tomadas pela assembléia, de natureza legislativa ou não. Se a alegação do denunciante fosse julgada procedente, o autor da moção ou do projeto de lei era condenado a uma multa, anulando-se a votação eventualmente já concluída. A pessoa condenada três vezes por esse delito perdia seus direitos cívicos.

Na Atenas clássica, a *politéia* era objeto de uma veneração quase religiosa. Aqui a Constituição transformou-se em medida provisória, um pouco menos expeditiva que as demais.

6. O eminente Professor SAMPAIO DÓRIA, que foi catedrático de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, iniciou a primeira aula do segundo semestre letivo de 1938, lembrando que o programa de sua disciplina era dividido em duas partes, correspondentes a dois semestres letivos. Na primeira parte, expunha os princípios fundamentais do direito constitucional. Na segunda, fazia um breve comentário da Constituição em vigor no país.

Acrescentou o velho Professor ter ouvido dizer que, em 10 de novembro de 1937, o Presidente da República havia cancelado a Constituição vigorante e publicado outra. Confessou que não lera nem pretendia ler o texto desta última. Em consequência, pediu a seus alunos que relevassem a sua ausência durante o semestre letivo que se iniciava, pois não teria condições de explicar o sistema constitucional que se dizia em vigor no país.

Escusa dizer que o honrado Mestre foi sumariamente demitido de sua cátedra e teve de procurar refúgio no estrangeiro.

Diante desse luminoso exemplo de inteireza de caráter, que o prezado leitor escuse a pergunta impertinente: – Quantos professores de direito, hoje no Brasil, terão a coragem de protestar de público contra o esvaziamento da Constituição de 1988?

São Paulo, 8 de maio de 1998.

**Publicado originalmente na Revista nº 8 jul./dez. 1998, p. 143.*

10 Cf. C. HIGNETT, *A History of the Athenian Constitution*, Oxford, 1952, p. 210.

Resumo. O ensaio propõe uma solução a um problema dogmático do direito brasileiro: saber se a presença do Ministério Público Federal, como parte, é o suficiente para que a causa seja da competência da Justiça Federal.

Palavras-chave: Competência da Justiça Federal. Ministério Público Federal.

Abstract. This paper offers an answer to the traditional procedural question of whether the presence of the Federal Public Prosecutor, as a party in the litigation, is sufficient to attract the competence of the federal courts.

Keywords: Competence of the federal jurisdiction. Federal Public Prosecutor Office.

Esse pequeno ensaio tem por objetivo apresentar uma solução à seguinte questão dogmática: a presença do Ministério Público Federal (MPF) como parte de um processo (autor de uma ação civil pública, p. ex.) é suficiente para que se atribua a competência para o processamento e o julgamento da demanda a um juiz federal? O caso ganha relevo, quando se constata o ajuizamento de inúmeras ações coletivas propostas pelo Ministério Público Federal, que a princípio não se encaixam em nenhuma das hipóteses de competência da Justiça Federal.

O texto serve como contraponto ao posicionamento defendido pelo amigo Teori Albino Zavascki¹, grande processualista e Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a quem rendo as minhas homenagens.

O problema envolve a discussão sobre a competência dos juízes federais fixadas em razão da *pessoa* – ou seja, distribuídas conforme a presença no processo, na qualidade de parte, de um determinado sujeito de direito.

As regras de competência dos juízes federais em razão da pessoa estão previstas em três incisos do art. 109 da Constituição Federal brasileira. No inciso II, há regra que atribui competência ao juiz federal nos casos de que façam parte, de um lado, pessoa residente no país ou município brasileiro e, de outro, estado estrangeiro ou organismo internacional. O inciso VIII prevê hipóteses de competência para processar e julgar *mandado de segurança* e *habeas data* contra ato de autoridade federal. Remanesce a hipótese do inciso I do art. 109, CF/88, que atribui competência para os juízes federais processarem e julgarem as causas “em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as

* Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Pós-doutor (Universidade de Lisboa) e Livre-Docente (USP). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

1 ZAVASCKI, Teori Albino. “Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público”. *Processos coletivos*. Porto Alegre: 2009, v.1, n. 1, out-dez. Disponível em http://www.processoscoletivos.net/artigos/091010_zavascki_competencia_para_a_causa_e_reparticao_das_atribuicoes.php, acesso em 07.10.2009, 07h30.

sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

A competência da Justiça Federal, quando o Ministério Público Federal for parte, costuma ser reconhecida em razão da incidência desse inciso I do art. 109 da CF/88.

Convém examiná-lo, então.

O inciso menciona três sujeitos federais, cuja presença em juízo como parte fazem com que o juízo federal seja o competente: União, empresa pública federal e entidade autárquica.

O caso, obviamente, não se refere à presença no processo de entidade autárquica ou de empresa pública federal.

A dúvida, portanto, diz respeito ao sentido que se deve dar à palavra “União”.

A presença do Ministério Público Federal equivale à presença da União, para fim de determinação da competência da Justiça Federal?

A resposta é simples: não.

A presença do Ministério Público Federal não é fato jurídico da competência do juízo federal de primeira instância. Esse fato não se encaixa em nenhuma das hipóteses de competência cível previstas no art. 109 da CF/88.

Nada há na Constituição Federal que indique que o Ministério Público Federal somente pode demandar perante a Justiça Federal. Também não há nada na Constituição que aponte a equiparação entre Ministério Público Federal e União. Ao contrário: a Constituição Federal optou *deliberadamente* por extremá-los, até porque antigamente cabia aos procuradores da república a representação judicial da União. Para tanto, prescreveu no inciso IX do art. 129, que cabe ao membro do Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

O princípio da unidade da Constituição impõe que ela seja interpretada como um todo normativo. Não se pode entender que, em um momento, a Constituição expressamente quis extremar as figuras do MPF e da União (art. 129, IX) e, em outro, as quis equiparar implicitamente. Trata-se de interpretação francamente irrazoável. Se fosse o caso de equiparar esses entes, para fim de determinação da competência da Justiça Federal, a Constituição o faria expressamente, exatamente porque seria uma regra que excepcionaria a regra geral prevista no art. 129². O direito não se interpreta em *tiras*, conforme conhecida lição de Eros Grau; muito menos a Constituição.

A circunstância de o Ministério Público Federal ser um órgão federal (e, nessa condição, ter *personalidade judiciária federal*) não é relevante para o enquadramento do caso na hipótese do inciso I do art. 109.

Quando pretendeu fixar a competência da Justiça Federal em razão da presença

2“O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar ... Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 1.209-1.210.).

de um *órgão federal* em juízo, o Constituinte fez isso expressamente: no inciso VIII do art. 109, ao atribuir competência do juízo federal para o mandado de segurança e o *habeas data* impetrado contra ato de autoridade federal. *Não menciona a ação civil ajuizada por ente federal*, que é a situação ora examinada, embora pudesse fazê-lo; e se não o fez, não cabe ao intérprete fazer essa opção por ele. O inciso I do mesmo art. 109 apenas menciona *pessoas jurídicas federais*, não *órgãos*. Se o inciso I do art. 109 da CF/88 servisse também aos casos em que há a presença de um mero *órgão federal* em juízo, o inciso VIII do mesmo artigo passaria a ser inócuo, desnecessário. Esse tipo de interpretação da Constituição, feita em pedaços, fragiliza o texto constitucional ao retirar-lhe sentido normativo. Não é por acaso, pois, que há dois incisos, no mesmo artigo, referindo as hipóteses de competência da Justiça Federal em razão da presença de entes federais em juízo.

Distanciar o MPF da União funciona, ainda, como reforço da independência funcional do membro do Ministério Público, que, como é cediço, pode ser autor de uma demanda proposta *em face da União*.

Essa separação torna-se ainda mais clara quando se percebe o comportamento do próprio MPF em casos assim. Não é raro que o *órgão* do MPF, para tentar reforçar a sua tese de que a causa seria da Justiça Federal, peça a *intimação* da União para que diga se tem algum interesse na causa. Esse pedido de intimação é uma estratégia processual para deslocar a causa para a Justiça Federal: se a União ou a entidade autárquica intervesse na causa, o processo, aí sim, seria da competência da Justiça Federal, pois a hipótese normativa do inciso I do art. 109 incidiria indiscutivelmente. Se MPF e União se confundissem, para efeito de determinação da competência da Justiça Federal, não haveria qualquer razão para a intimação da União. Solicita-se a intimação da União exatamente porque ela não se confunde com o MPF, nem é representada por ele. São sujeitos distintos.

Se o ente federal não interveio no processo, a causa deixa de ser da competência do juízo federal, aplicando-se ao caso o n. 224 da súmula do STJ, que diz que “excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar conflito”. Ou seja: não mais existindo o fato que determinava a competência da Justiça Federal (presença de um dos entes previstos no inciso I do art. 109 da CF/88), a causa deveria ser remetida à Justiça Estadual.

Surge, então, outra dúvida: poderia o Ministério Público Federal ser autor de uma demanda que se processa perante a Justiça Estadual?

Sim, claramente: não há qualquer regra jurídica que impeça a atuação do MPF perante a Justiça Estadual.

Ao contrário, o inciso II do art. 37 da Lei Complementar n. 75/1993 é claro ao prescrever que o Ministério Público Federal exercerá as suas funções “nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais”. O texto normativo é muito claro: “quaisquer juízes e tribunais”. “Qualquer”, no particular, assume o sentido de “todo” (Houaiss, 1.3): pode o MPF demandar em todos os tribunais do país.

A tese se reforça quando se lê o § 5º do art. 5º da Lei Federal n. 7.347/1985, que autoriza o litisconsórcio facultativo entre Ministérios Públicos para a propositura de ação civil pública: ora, se há essa possibilidade, significa que ou Ministério Público Federal ou o Ministério Público Estadual demandará em Justiça que não lhe seria correspondente. Esse litisconsórcio é facultativo e unitário. Assim, exige-se que cada

um dos litisconsortes, sozinho, tenha legitimidade para demandar o mesmo pedido. Em casos em que se permite o litisconsórcio entre os Ministérios Públicos, qualquer um deles poderia demandar sozinho, perante a Justiça competente para processar a causa respectiva. Se assim não fosse, o Ministério Público Estadual ficaria na dependência da atuação do MPF, ou vice-versa, que, se não agisse, impediria aquele de exercer as suas atribuições, promovendo, por exemplo, uma ação civil pública por dano ambiental contra um ente público federal. Situação absurdamente ilícita, como se vê³.

A simples presença do MPF no processo não basta para que a causa seja de competência da Justiça Federal de primeira instância.

**Publicado originalmente na Revista nº 48 abr./jun. 2013, p. 107.*

3 NERY Jr., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 798; PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 237-238.

A TUTELA CONSTITUCIONAL DOS INTERESSES DIFUSOS

GIANPAOLO POGGIO SMANIO*

A Constituição Federal de 1988 reconhece expressamente a existência dos interesses difusos em seu art. 129, III, ao dispor sobre as funções institucionais do Ministério Público, destacando a de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Reconhece os interesses difusos e, ao mesmo tempo, destina a sua proteção ao Ministério Público, demonstrando não se tratar de norma meramente programática, mas preceptiva ou atributiva de direitos. A própria Constituição confere os meios de investigação, constantes do inquérito civil, e o instrumento de proteção judicial, a ação civil pública. Dispõe, inclusive, sobre a titularidade da ação, ao conferi-la ao Ministério Público.

De acordo com essa visão, também destacamos o art. 5.º, LXXIII, da Carta Constitucional, que trata da ação popular, também reconhecendo a existência de interesses difusos e coletivos e estabelecendo que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A Magna Carta reconhece os interesses difusos e coletivos e impõe a sua proteção pelo próprio cidadão, conforme os direitos e garantias fundamentais, por meio da ação popular.

Notamos, então, pelos dois dispositivos constitucionais analisados, que a Constituição Federal não somente reconheceu a existência dos interesses difusos e coletivos mas também estabeleceu um “*sistema de garantia*” desses interesses, definindo titulares do direito à proteção e instrumentos jurídicos de proteção, ao conferi-la ao Ministério Público, por intermédio do inquérito civil e da ação civil pública, e ao cidadão, por meio da ação popular.

Ao Ministério Público coube a titularidade ampla, uma vez que poderá tutelar, além dos interesses especificamente mencionados pela Constituição, como o meio ambiente e o patrimônio público e social, os demais interesses difusos e coletivos, conforme a fórmula genérica utilizada pelo mencionado art. 129 da CF.

Aos cidadãos coube titularidade restrita, posto que a ação popular somente pode ter por objeto a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou a entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A Constituição, entretanto, não define os interesses difusos, o que é objeto da legislação infraconstitucional, tarefa realizada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que, em seu art. 82, I, os reconhece como interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indetermináveis e ligadas por circunstâncias de fato.

* GIANPAOLO POGGIO SMANIO é Promotor de Justiça da Cidadania da Capital (São Paulo) e Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus e da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus.

Ocorre que o conceito de interesse difuso é um conceito constitucional autônomo, ou seja, conforme CANOTILHO E VITAL MOREIRA: “conceitos que, não obstante a sua utilização e definição a nível infraconstitucional, devem ser preenchidos em primeiro lugar através da análise do seu sentido na Constituição, pois são conceitos primariamente constitucionais”¹.

Prosseguiremos, portanto, para buscar esse conceito, apontando diversos dispositivos constitucionais tratando dos interesses difusos.

1. O MEIO AMBIENTE

O art. 225, *caput*, da Magna Carta assegura o interesse difuso ao meio ambiente, estabelecendo concepções fundamentais sobre o Direito Ambiental, pois indica o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e dispõe a natureza jurídica dos bens ambientais como de uso comum do povo e impõe tanto ao poder Público quanto à coletividade o dever de defender e preservar os bens ambientais para as presentes e futuras gerações.

O nosso Texto Constitucional está de acordo com a Declaração sobre o Ambiente Humano, realizada na Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, Suécia, em junho de 1972, na qual ficou estabelecido: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar, e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras”.

Na definição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, “o meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”².

Esse conceito ressalta os três aspectos do meio ambiente: o meio ambiente natural, o artificial e o cultural.

O meio ambiente natural é aquele que existe independentemente da influência do homem, como a flora, a fauna, o solo, a água, em que ocorre a interação dos seres vivos.

O meio ambiente artificial, por sua vez, é aquele resultante da interação do homem com o meio ambiente natural, ou seja, o espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações e dos equipamentos públicos.

O meio ambiente cultural também é fruto da interação do homem com o meio ambiente natural, mas com um valor especial adquirido, integrado pelo patrimônio artístico, arqueológico, paisagístico, turístico *etc.*

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência dos princípios constitucionais ambientais ao declarar liminarmente a inconstitucionalidade do art. 182, § 3.º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que afastava a obrigatoriedade de estudos prévios de impacto ambiental, no que se referia às áreas florestadas ou objeto de reflorestamento para fins empresariais:

“Mesmo que se admitisse a possibilidade de tal restrição, a lei que poderia viabilizá-la, através de normas gerais, estaria inserida na competência do legislador federal, já que a este cabe disciplinar, através de normas gerais,

1 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 54.

2 *Direito Ambiental Constitucional*. 2.ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 2.

a conservação da natureza e a proteção do meio ambiente (art. 24, VI, da CF), não sendo possível, ademais, cogitar-se da competência legislativa a que se refere o § 3.º do art.24 da Carta Federal, já que esta busca suprir lacunas normativas para atender às peculiaridades locais, ausentes na espécie (STF, Pleno, ADIn n. 1086-7/SC, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 16.9.1994).

Apontamos os seguintes princípios constitucionais do meio ambiente, fixados no art. 225 da CF:

- 1.º) **Princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal:** o Poder Público tem o dever de defender e preservar o meio ambiente, assegurando sua efetividade. A ação governamental deverá ocorrer na manutenção do equilíbrio ecológico.
- 2.º) **Princípio da prevenção e da precaução:** significa que deve ser dada prioridade às medidas que evitem danos ao meio ambiente. A Constituição exige, na forma da lei, a realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), que será público, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. A lei determina a proteção de ecossistemas, com preservação de áreas representativas e de áreas ameaçadas de degradação.
- 3.º) **Princípio da educação ambiental ou princípio da informação e da notificação ambiental:** o Poder Público deverá promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para preservação do meio ambiente (a comunidade deve ser capacitada para participar da defesa do meio ambiente).
- 4.º) **Princípio da participação e cooperação:** o Estado e a coletividade têm o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as gerações presentes e futuras. O Estado e a sociedade devem cooperar na formulação e execução da política ambiental. Os diferentes grupos sociais devem participar dessas atividades juntamente com a Administração Pública. A comunidade deve ser educada com o intuito de estar capacitada para a participação ativa na defesa do meio ambiente.
- 5.º) **Princípio da ubiqüidade:** o meio ambiente deve ser levado em consideração antes da e durante a realização de qualquer atividade que venha a ser desenvolvida, de qualquer natureza. Decorre da tutela constitucional da vida e da qualidade de vida.
- 6.º) **Princípio do poluidor-pagador ou da responsabilização:** o poluidor é obrigado a corrigir ou recuperar o ambiente, além de cessar a atividade nociva. O responsável pelo dano ambiental deverá indenizar a sociedade. A responsabilidade será objetiva, independentemente de culpa por parte do poluidor. As condutas consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas.
- 7.º) **Princípio do desenvolvimento sustentado:** a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. A conciliação dos valores consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, devendo ser observados os limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, para a conservação do meio ambiente no interesse das gerações futuras.

8.º) **Princípio da função sócio-ambiental da propriedade:** a Constituição Federal incluiu, entre os pressupostos do cumprimento da função social genérica, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente. Fundamentou o princípio segundo o qual a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social de propiciar moradia, condições adequadas de trabalho e de circulação humana.

2. A DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal trata em três artigos, fundamentalmente, da proteção ao consumidor dentro da relação de consumo, quais sejam os arts. 5.º, XXXII, 150, § 5.º, e 170, V.

Assim, a defesa do consumidor é um dos direitos fundamentais do indivíduo e um dos princípios da ordem econômica do Estado, conforme a disposição da norma constitucional. Essa novidade da Constituição de 1988 demonstrou a preocupação do Poder Constituinte com a proteção do consumidor, em relação aos seus direitos básicos, uma vez que o mercado de consumo não apresenta em si mesmo mecanismos para superar a hipossuficiência econômica do consumidor.

Novamente, não foi a Constituição Federal que definiu o conceito de consumidor, o que foi realizado pelo Código do Consumidor em seu art. 2.º e parágrafo único, nos seguintes termos: *“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”*.

O conceito legal baseou-se no conceito econômico, interessando apenas o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou contrata a prestação de serviços como destinatário final. Pressupõe que consumidor é aquele que age com vistas a uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de outra atividade negocial.

A equiparação realizada pelo mencionado parágrafo único trata dos interesses difusos ou coletivos dos consumidores considerados como ente coletivo, ainda que indeterminado, desde que intervindo numa relação de consumo. Estão, portanto, incluídos os alunos de uma determinada escola, os associados de um plano de saúde, os doentes de um hospital *etc*.

Para que o conceito de consumidor seja concebido em sua inteireza, tendo em vista a proteção estabelecida pela Constituição Federal, devemos interpretar o referido art. 2.º do CDC, sistematicamente, com o art. 4.º, I, do mesmo diploma legal, que reconhece a vulnerabilidade do consumidor como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo.

O conceito de consumidor não pode ser entendido se não inserido numa relação de consumo. O consumidor é aquele que participa de uma relação jurídica de consumo.

Essa relação jurídica envolve duas partes bem definidas; de um lado, o adquirente de um produto ou serviço, chamado de consumidor, e, de outro lado, o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço. Destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor, que, não dispendo de controle sobre a produção de bens ou de serviços que lhe são destinados, submete-se ao poder e condições dos produtores e fornecedores. É a hipossuficiência ou vulnerabilidade do consumidor, expressamente reconhecida pelo art. 4.º, I, do CDC. Essa vulnerabilidade é a razão da proteção estabelecida pela Constituição Federal ao consumidor.

O “*princípio da vulnerabilidade*”, reconhecido pela Constituição Federal, leva em consideração a necessidade de instrumentos eficazes para a proteção dos economicamente vulneráveis dentro da relação jurídica de consumo e fez com que a Constituição estabelecesse a proteção aos consumidores como um direito fundamental individual.

Também podemos afirmar que a Constituição estabeleceu em seu art. 5.º, XXXII, o “*princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público*” para a proteção dos interesses dos consumidores, ao fixar o dever do Estado de promover, na forma determinada na lei, a defesa do consumidor.

Dessa forma, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“(...) em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.” (STF, Pleno, ADIn n. 0319/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 30.4.1993, p. 7563).

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) veio, portanto, concretizar a determinação da Magna Carta de conferir ao consumidor a proteção do Estado e um meio jurídico adequado de proteção, tendo em vista que a sociedade de massa contemporânea trouxe à relação de consumo um diferenciador em relação a situações que não são meramente individuais, mas sim transindividuais, de titulares indeterminados e ligados por circunstâncias de fato, como a publicidade enganosa ou a propaganda abusiva.

As disposições constitucionais e infraconstitucionais brasileiras estão de acordo com a Resolução n. 39/248, de 10 de abril de 1985, da ONU, que estipula os direitos fundamentais dos consumidores, direitos universais e indisponíveis:

“(...) os governos devem desenvolver, reforçar ou manter uma política firme de proteção ao consumidor (...)

As normas servirão para atingir as seguintes necessidades:

- a) proteger o consumidor quanto a prejuízos à saúde e segurança;
- b) fomentar e proteger os interesses econômicos dos consumidores;
- c) fornecer aos consumidores informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais;
- d) educar o consumidor;
- e) criar a possibilidade de real ressarcimento ao consumidor;
- f) garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos ou organizações de relevância e oportunidades para que estas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a ela referentes.”

3. DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DO IDOSO

A Constituição Federal dispõe nos arts. 226 a 230 sobre a proteção à família, à criança, ao adolescente e ao idoso.

O primeiro princípio constitucional que destacamos é o da obrigatoriedade da intervenção estatal.

Em relação à família, o referido princípio vem estipulado pelo art. 226, *caput* e § 8.º, da CF. Ao estabelecer que a família tem especial proteção do Estado e que este assegurará a sua assistência na pessoa de cada um dos que a integram, a Carta Constitucional impõe um dever de atuação concreta ao Poder Público, não se tratando de mera norma programática.

A Constituição Federal estipula a proteção à família por meio do reconhecimento das “*entidades familiares*”, que podem ser constituídas de três formas:

- a) pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (art. 226, §§ 1.º e 2.º, da CF);
- b) pela união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3.º, da CF);
- c) pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4.º, da CF).

O art. 227, *caput* e § 1.º, da Magna Carta trazem a obrigatoriedade da intervenção estatal *em relação à criança e ao adolescente*.

Mais uma vez, impondo ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, prioritariamente, os direitos fundamentais do cidadão, como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, e promover programas de assistência a eles, não se trata de mera norma programática.

As disposições constitucionais sobre a criança e o adolescente estão de acordo com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20 de novembro de 1959, nos seguintes termos: “*a criança, em virtude de sua maturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada antes e depois do nascimento*”.

Da mesma forma, a Comissão de Direitos Humanos da ONU preparou a Convenção dos Direitos da Criança, em 20 de novembro de 1989, obrigando os países signatários a adotar na sua legislação interna os seus três princípios básicos:

- 1.º) a proteção especial da criança como ser em desenvolvimento;
- 2.º) o desenvolvimento da criança no seio de sua família;
- 3.º) a prioridade da criança para todas as nações signatárias.

O *idoso* também foi contemplado pela norma constitucional com a mesma garantia do princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal, no art. 230 da CF.

A norma constitucional que dispõe ser dever do Estado amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, também é norma de aplicação imediata, não se tratando de mera norma programática.

O Estado tem, portanto, por força das disposições constitucionais mencionadas, a intervenção obrigatória na proteção e defesa da família, da criança, do adolescente e do idoso. Essa intervenção deve assegurar a sua eficácia na garantia da vida e dos demais direitos fundamentais.

O segundo princípio constitucional que destacamos é o “*princípio da cooperação*”.

Tanto o mencionado art. 227, *caput*, quanto o referido art. 230, *caput*, da CF determinam o dever de assegurar os direitos da criança, do adolescente e do idoso à família e à sociedade, além de ao Estado.

Dessa forma, não é apenas o Estado que tem o dever de atuação, mas também a sociedade como um todo. Surge, assim, o “*dever de cooperação da sociedade*”, bem como da família, com o Estado, para assegurar os direitos fundamentais da criança, do adolescente e do idoso.

Também as entidades não governamentais (ONGs) poderão participar dos programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, em cooperação com o Poder Público, conforme permissão constitucional expressa constante do § 1.º do art. 227 da CF.

O terceiro princípio constitucional é o “*princípio da prioridade*”, em relação à criança e ao adolescente, estabelecido no já mencionado art. 227, *caput*, da CF.

A prioridade na efetivação dos direitos da criança e do adolescente atinge tanto o Estado quanto a família e a sociedade. A responsabilidade pelo atendimento da criança e do adolescente é de todos dentro de uma comunidade.

A garantia da prioridade consiste em:

- 1.º) receber, primeiramente, proteção e socorro, em quaisquer circunstâncias;
- 2.º) atendimento preferencial nos serviços públicos e de relevância pública;
- 3.º) prioridade na formulação e execução de políticas sociais públicas;
- 4.º) destinação preferencial de recursos públicos nas áreas de atendimento à infância e adolescência.

O quarto princípio a ser destacado, este em relação à criança e ao adolescente, é o “*princípio da proteção especial*”, estabelecido pelo art. 227, § 3.º, da CF.

O princípio da proteção especial tem em vista a peculiar condição da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, o que os diferencia no tratamento das diversas questões a que estão submetidos, como a aplicação das medidas socioeducativas e em relação à tutela dos seus direitos fundamentais.

4. DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

O art. 5.º da CF garante a igualdade de todos. O “*princípio da igualdade*” é, portanto, pela sua colocação constitucional, a regra matriz dos direitos e deveres individuais e coletivos, significando, em uma interpretação literal, a isonomia formal

de todos perante a lei, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos ou *status* social. Mas o sentido do princípio da igualdade não pode ser limitado à literalidade, devendo ser considerado materialmente como “*igualdade de possibilidades virtuais*”, pois o tratamento desigual nos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de justiça. O objetivo, na visão de FABIO KONDER COMPARATO³, é a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada não só por meio de leis mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “*Não ofende a qualquer princípio jurídico ou postulado de igualdade o ato judicial que autoriza o candidato, com pequena disfunção motora, a executar a prova de datilografia em máquina elétrica*” (STJ, 6.^a T., RMS n. 5.121-0/BA, rel. Min. William Patterson, v. u., DJU de 15.4.1996).

Essa visão é a que dispõe a Constituição, ao tratar em seu art. 7.^o sobre a *admissão e o salário do trabalhador*. A Magna Carta, no referido artigo, traz uma projeção do princípio da igualdade, explicitando que esta deve se estender à relação de trabalho, proibindo qualquer forma de discriminação.

A pessoa portadora de deficiência, entretanto, não está habilitada para qualquer profissão. Um deficiente visual não pode pretender um emprego de motorista, em que a visão é essencial. Essa não é a intenção do princípio constitucional, que veda qualquer discriminação, desde que não haja correlação entre a situação discriminada e o bem protegido.

O *ingresso no serviço público* também está garantido constitucionalmente para as pessoas portadoras de deficiência, conforme o art. 37, VIII, da CF, que determina a reserva de percentual de cargos e empregos públicos aos portadores de deficiência.

Aqui, há uma exceção ao princípio da igualdade de todos perante a Administração Pública, criando-se uma reserva de mercado, a ser definida pela lei, para as pessoas portadoras de deficiência. A pretensão da norma constitucional é proteger as pessoas portadoras de deficiência, buscando sua integração no serviço público.

O *direito à educação especial* também é garantido pela Constituição, em seu art. 208, III.

O Estado tem o dever de prestar educação a todos os cidadãos, especialmente, o dever de atendimento especializado aos portadores de deficiência, visando a sua integração na sociedade e evitando a sua discriminação.

A *proteção das crianças e adolescentes portadores de deficiência* é outra decorrência da garantia constitucional de proteção, estipulada no art. 227, § 1.^o, II, e § 2.^o, da CF, que também determina o *acesso adequado das pessoas portadoras de deficiência aos logradouros, edifícios de uso público e veículos destinados ao transporte coletivo*.

Nesse dispositivo constitucional, destacam-se duas garantias distintas, mas interligadas.

A primeira é o dever de atendimento especializado à criança e ao adolescente portadores de deficiência, visando à sua integração social, por meio do treinamento adequado, à facilitação ao acesso de bens e serviços e à eliminação das barreiras arquitetônicas, de forma a permitir o livre acesso a qualquer local.

A segunda é a determinação da criação de normas legais para a construção dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos destinados ao transporte

³ *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 59.

coletivo, que atinge não apenas as crianças e adolescentes mas também todas as pessoas portadoras de deficiência, de modo a permitir e facilitar o amplo ingresso aos locais de circulação de pessoas.

Essa garantia constitucional é completada pelo art. 244 da CF. A Constituição determina que a lei, além de fixar regras para a construção, fixe regras para a adaptação dos logradouros, edifícios de uso público e veículos destinados ao transporte coletivo já existentes, de forma a assegurar o acesso das pessoas portadoras de deficiência, conferindo maior praticidade às garantias mencionadas.

Pela análise dos dispositivos constitucionais, podemos concluir, com ANTONIO HERMAN BENJAMIN, que:

“(...) a Constituição dividiu o tratamento das pessoas portadoras de deficiência em três categorias de normas: as de natureza geral, impondo deveres e criando direitos de proteção ampla, as de natureza especial, fragmentando ou melhor explicando aqueles e, finalmente, as de natureza especialíssima, cuidando apenas de certas categorias de pessoas portadoras de deficiência (como as crianças e os adolescentes)”⁴.

5. DA COMUNICAÇÃO SOCIAL E DO DIREITO DE ANTENA

A “*garantia constitucional da liberdade de comunicação social*” é uma conseqüência natural da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, determinada no art. 5.º, IX, da CF.

Nos arts. 220 a 224, a Magna Carta protege os meios pelos quais a informação será difundida, ou seja, os meios de comunicação de massa. A regulamentação constitucional atinge os jornais, as revistas, o rádio e a televisão.

O princípio fundamental do Direito de Antena, previsto no art. 220 da CF, é a *proibição de restrições, resguardadas as previsões constitucionais, à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação, transmitidos sob qualquer forma, processo ou veículo.*

A proibição de censura prévia é reconhecida jurisprudencialmente: “*Abolida do novo Texto Constitucional a prévia censura ou licença intelectual, artística, científica ou de comunicação, e inexistindo na letra da canção impugnada ofensa à dignidade pessoal de autoridade pública, confirma-se a concessão da ordem, presente ainda o interesse em radiodifundir a música*” (TFR 4.ª Região, 2.ª T., REO n. 89.04.15300/RS, rel. Juiz José Morschbacher, DJU de 7.8.1991, p. 18089).

A proibição da censura prévia deve ser compatibilizada com as demais normas constitucionais, como a referida proteção à criança e ao adolescente e o estabelecimento de normas legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de propagandas de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3.º, II, da CF) e de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem os seguintes princípios, também estabelecidos pela Constituição, em seu art. 221:

4 “A tutela das pessoas portadoras de deficiência pelo Ministério Público”. In: *Direitos da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 27.

- I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Assim reconheceu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em duas decisões:

Mandado de Segurança. Liberdade de Imprensa assegurada pelo art. 220 da CF e os Direitos da Criança e do Adolescente conferidos pelo art. 227 da Carta Magna. No conflito entre direitos, têm primazia os direitos da criança e do adolescente, ínsito no ataque ao pudor, não integra a liberdade de informação. Afirmar que um direito é absoluto significa que ele é inviolável pelos limites que lhe são assinalados pelos motivos que o justificam (TJSP, Câm. Esp., MS n. 13.176-0-2/SP, rel. Des. Denio Garcia, v. u., j. em 8.8.1991).

Mandado de Segurança. Objetivo. Efeito suspensivo a Agravo de Instrumento. Inadmissibilidade. Inexistência de qualquer decisão teratológica. Liminar que determinou o bloqueio dos serviços telefônicos conhecidos como “disque-sexo”. Hipótese em que deles se serviam adolescentes. Ofensa ao direito dos jovens à educação, à dignidade e ao respeito. Censura à manifestação, expressão e à informação não caracterizada. Ordem denegada (TJSP, MS n. 22.738-0/SP, rel. Des. Ney Almada, v. u., j. em 20.10.1994).

A regulamentação das diversões e espetáculos públicos é admitida pela Constituição, cabendo ao Poder Público informar a natureza da diversão e do espetáculo, as faixas etárias a que não se recomendem e os locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (art. 220, § 3.º, I, da CF).

**Publicado originalmente na Revista nº 21 jan./jun. 2005, p. 133.*

CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL: É NECESSÁRIA A CODIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO?

GUILHERME PEÑA DE MORAES *

As normas em que se apoiam os órgãos de tutela jurídica da Constituição para resolver os conflitos constitucionais, nos últimos anos, têm sofrido o processo de codificação, com a reforma substancial da legislação até então existente.

Com efeito, o primeiro Código Processual Constitucional do mundo de que se tem notícia foi sistematizado pela Lei da Província de Tucumán nº 6.944, de 8 de março de 1999, na República Argentina. ¹ Todavia, a codificação do processo constitucional, em nível nacional, remonta à Lei nº 28.237, de 31 de maio de 2004, que estabeleceu o Código Processual Constitucional da República do Peru, ² sendo certo que, desde as reformas das Constituições dos Estados Unidos Mexicanos de Veracruz de Ignacio de la Llave, Coahuila de Zaragoza, Tlaxcala, Guanajuato, Chiapas, Quintana Roo e Nuevo León, entre os anos de 2000 e 2004, há propostas de elaboração do Código Processual Constitucional do México. ³

Dentro dessa perspectiva, opesadas as vantagens e desvantagens da codificação do processo constitucional, coloca-se a questão em torno da elaboração do Código Processual Constitucional brasileiro que, *de lege ferenda*, poderia unificar a normatização legal dispersa, esparsa e fragmentária do país sobre a defesa da supremacia constitucional, proteção processual dos direitos fundamentais e salvaguarda das distribuições horizontal e vertical do poder político.

As vantagens da codificação do processo constitucional seriam a completude, consistência, segurança e sistematização. Completude, porque a codificação pode suprir eventuais lacunas jurídicas. Consistência, porque do processo constitucional podem ser extraídas supostas antinomias entre normas elaboradas em momentos diferentes, a respeito das quais a práxis jurídica haja demonstrado a sua defasagem, anacronismo, inconveniência ou disfuncionalidade. Segurança, porque a codificação pode reunir normas claras e inteligíveis que, ao longo do tempo, não se revelam suscetíveis de variações muito frequentes, e nem, acima de tudo, imprevisíveis. Sistematização, porque ao processo constitucional pode ser dispensado um tratamento metucioso, com a utilização de uma linha axiológica e ideológica definida e coerente. ⁴

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em exercício na Assessoria de Assuntos Institucionais da Procuradoria-Geral de Justiça. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito (CEPAD).

1 RAGONE, Alvaro Pérez. *El Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán (Argentina) y el Acceso a la Justicia: punto de inflexión en la tutela de los derechos*. In: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, nº 4, 2001, p. 375-398.

2 LEÓN, Aníbal Quiroga. *El Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional en el Perú*. In: *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, nº 23, 2008, p. 850.

3 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Derecho Procesal Constitucional Local (la experiencia en cinco Estados: 2000 - 2004)*. In: *Revista Ars Iuris*, nº 32, 2004, p. 11-39.

4 BAZÁN, Victor. *Derecho Procesal Constitucional: estado de avance, retos y perspectiva de la disciplina*. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 8, 2007, p. 89.

As desvantagens da codificação do processo constitucional perpassariam a imperícia, esclerotização, conflito e regressão. Imperícia, se a codificação prejudicar ou dificultar os procedimentos de defesa da Constituição já existentes. Esclerotização, se o processo constitucional for submetido a um excessivo regulamentarismo. Conflito, se a codificação reavivar disputas então superadas ou introduzir mecanismos discutíveis que provoquem maiores debates e controvérsias na comunidade jurídica. Regressão, se o processo constitucional, ao invés de progredir na tutela dos direitos fundamentais, tornar-se pouco operativo, burocrático ou complexo.⁵

A exemplo de PAULO BONAVIDES, PAULO LOPO SARAIVA, ANDRÉ RAMOS TAVARES, DOMINGO GARCÍA BELAUNDE e FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI, posicionamo-nos entre aqueles que propugnam pela codificação do Direito Processual Constitucional brasileiro que reúna, sistematize e melhore a produção legislativa, hoje existente em leis esparsas, às vezes inconciliáveis entre si, harmonizando-as e conferindo-lhes tratamento consentâneo com a relevância jurídica, social e política dos interesses em jogo.

PAULO BONAVIDES e PAULO LOPO SARAIVA, em artigo publicado na Folha de S. Paulo, de 10 de janeiro de 2010, lançaram a proposta de um novo Código Processual Constitucional. Defenderam, na oportunidade, “que o processo constitucional aufere no ordenamento jurídico crescente relevância por haver alcançado já segmentos de larga faixa da sociedade pátria. Alguns julgamentos do STF despertam a atenção de distintas camadas sociais, de tal sorte que demandam uma compreensão mais acurada das ações de controle julgadas perante aquela corte judicial e outras de defesa e garantia dos direitos fundamentais decididas em diversas instâncias judiciárias. As leis que dispõem sobre esse processo – infraconstitucionais – estão porém esparsas, privadas de unidade processual, o que em rigor não se compadece com a majestade e importância do órgão supremo que as julga. Impõe-se, pois, a elaboração do Código de Processo Constitucional, a exemplo do que ocorreu no Peru. Por essa via, se alcançará entre nós o regimento sistemático das ações constitucionais de defesa de direitos fundamentais e de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, em sintonia com as conquistas jurídicas contemporâneas. A postulação de criar novo código, se atendida, contribuirá para tornar a Constituição cada vez mais efetiva na confluência: norma, jurisdição e processo”.⁶

ANDRÉ RAMOS TAVARES e DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, em 21 de fevereiro de 2010, trouxeram a lume o artigo “Mais um Código?”, no Caderno Opinião do mesmo periódico, no qual sustentaram “que a larga experiência existente em nossa América Latina e em especial no Brasil, com sua grande tradição jurídica, merece que seja sistematizada toda a legislação dispersa que aqui existe, contribuindo assim para melhorar o funcionamento dos processos constitucionais, que têm uma antiguidade respeitável, a sustentar essa proposta de um novo código. A proposta não é de mera perfumaria jurídica, sem maiores consequências positivas ou razões práticas para a sociedade. A adoção do Código de Processo Constitucional visa, sobretudo, a que esses processos já existentes se desenvolvam mais adequadamente, com maior intensidade e clareza de seu sentido real, colocando o Direito a serviço dos direitos humanos. Teria sido uma excelente oportunidade de pensar o sistema como um todo e realmente contribuir para a defesa processual dos direitos humanos fundamentais

5 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*. Buenos Aires: Ad- Hoc, 2006, p. 46.

6 BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lopo. *Proposta: Código de Processo Constitucional*. In: *Folha de S. Paulo*, de 10.01.2010, p. A-3.

no Brasil, a incorporação da proposta de um Código de Processo Constitucional, cujo significado, portanto, transcende o da mera troca de leis por um código”.⁷

FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI, em monografia sobre o processo constitucional, deixou consignado que “já nos parece oportuna, no mínimo, que entre nós seja providenciada a unificação e/ou consolidação da legislação referente ao Direito Processual Constitucional”. “Já poderíamos realizar, pelo menos, uma Consolidação das Leis do Processo Constitucional que unificasse as diversas normas referentes à matéria”.⁸

A teor da norma de processo legislativo veiculada pelo art. 64, § 4º, *in fine*, da Constituição da República, bem assim dos objetivos do II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, firmado em 13 de abril de 2009, segundo o qual às proposições legislativas relacionadas à proteção dos direitos fundamentais, à agilidade e efetividade da prestação jurisdicional, à democratização do acesso à Justiça e ao aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça, dentre as quais se destacam a disciplina dos mandados de segurança, individual e coletivo, a regulamentação do processo e julgamento da representação de intervenção federal e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a revisão da lei de ação civil pública e da lei de improbidade administrativa, deve ser conferida prioridade na tramitação processual,⁹ a proposta de um Código de Processo Constitucional que, revisitando os princípios processuais, mantenha, em sua essência, as normas da legislação ordinária em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não apenas mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, que propiciem a efetividade do processo constitucional, se nos afigura conveniente e oportuna. Alvitramos, portanto, a superação do caráter fragmentário da legislação ordinária que, por ora, se dispersa por vários documentos normativos em torno do Direito Processual Constitucional, em ordem a aperfeiçoar o sistema, sem desconfigurá-lo.

**Publicado originalmente na Revista nº 41 jul./set. 2011, p. 75.*

7 TAVARES, André Ramos; BELAUNDE, Domingo García. *Mais um Código?* In: *Folha de S. Paulo*, de 21.02.2010, p. A-3.

8 CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. *Novo Processo Constitucional Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 91.

9 BRASIL. *II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05.10.2010.

MANDADO DE SEGURANÇA: A COMPROVAÇÃO DOS FATOS COMO PRESSUPOSTO ESPECÍFICO DE ADMISSIBILIDADE DO WRIT

HELICIO ALVES DE ASSUMPÇÃO *

1. Constitui ponto pacífico na doutrina, aceito correntemente nos tribunais, que o mandado de segurança tem a natureza jurídica de uma ação, por meio da qual se instaura um processo, no qual exerce o juiz sua função típica, de exercer jurisdição.

Trata-se, o mandado de segurança, naturalmente, de ação que – tanto na, por assim dizer, sua primeira e primordial etapa, em que se busca a formulação da norma jurídica concreta aplicável à situação deduzida em juízo, quanto na sua fase subsequente, em que, sendo necessário, se vai diligenciar no sentido de proporcionar ao titular do direito aquilo a que faz jus – segue rito especial, revestido de características próprias, que lhe dão feição peculiar, no confronto com as demais ações.

Em matéria de mandado de segurança, é sempre conveniente frisar que tais peculiaridades – que não apenas ele, mas, a rigor, qualquer ação de rito especial ostenta – não se mostram capazes de permitir, senão em alguns pontos específicos, que se desvie o *writ* do leito comum pelo qual transitam os institutos processuais, e não autorizam as tentativas, que freqüentemente surgem aqui ou ali, de, com boas intenções, mas com resultados em geral desastrosos, enfatizar exclusiva ou preponderantemente singularidades, e negligenciar aquilo que, no mandado de segurança, é absolutamente comum a ele e outras figuras processuais análogas, pertencentes a um gênero comum, cuja existência obviamente só se justifica à medida que se manifestem, entre as espécies, pontos de contacto.

É desta perspectiva que se pretende analisar aqui, sob um aspecto particular, a distinção, que no mandado de segurança injustificadamente às vezes se negligencia, ou se faz equivocadamente desaparecer, entre admissibilidade e mérito – que nele, todavia, como em qualquer ação, está presente, precisa ser rigorosamente observada e produz relevantíssimas conseqüências práticas.

Vai-se cuidar, especificamente, da distinção que, sutilmente talvez, se abriga sob a cláusula constitucional “direito líquido e certo.”

2. Dispõe a Constituição Federal, no art. 5º, LXIX:

“conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

Na própria regra constitucional se encontram indubitavelmente indicados os pressupostos de admissibilidade do *writ*.

* Helcio Alves de Assumpção é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Livre-Docente de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e Professor Adjunto da UERJ.

De sua leitura se extrai, *v.g.*, que só se impugna por meio de mandado de segurança ato de autoridade, ainda que praticado por particular, mas desde que, neste caso, esteja no exercício de poder público; dela se infere, do mesmo modo, que a área dentro da qual o mandado de segurança está destinado a atuar se define até certo ponto por exclusão: por meio dele, protegem-se de atos de autoridade quaisquer direitos subjetivos, desde que não se trate dos que a própria Constituição tutela através de *habeas corpus* e *habeas data*.

No ponto que aqui interessa considerar, dispõe a Carta Federal que se protege através de mandado de segurança “direito líquido e certo.”

3. Não foram poucas, e não se encontram ainda hoje inteira e absolutamente pacificadas, no mais de meio século de existência do instituto entre nós, as opiniões a respeito do significado que deva atribuir-se à expressão “direito líquido e certo.”¹

Trata-se de questão que aqui não se mostra possível analisar *ex professo*, bastando registrar, para os fins a que se destina este trabalho, que se resolve correta e predominantemente no sentido de que “direito líquido e certo” equivale a direito subjetivo que se mostra, no processo, derivado de fatos certos, comprováveis e comprovados de plano, através de prova documental inequívoca – que o impetrante juntará, em princípio, à inicial² –, independentemente da utilização de qualquer outro meio instrutório.

É o entendimento sustentado, já em 1936, no julgamento, no Supremo Tribunal Federal, do Mandado de Segurança 333, pelo eminente Ministro Costa Manso, em palavras que merecem reprodução:

“O direito subjetivo, o direito da parte, é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignorá-la, e com o silêncio, a obscuridade, a indecisão dela não se exime o juiz de sentenciar ou despachar... O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável, para obter mandado de segurança.”³

O ponto de vista está sufragado quase pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência.⁴

1 A fórmula foi enunciada pela primeira vez na Carta de 1946, e mantida a partir daí; na Constituição de 1934, que introduziu o mandado de segurança no direito brasileiro, falava-se em “direito certo e incontestável” e exigia-se que a ilegalidade do ato de autoridade fosse *manifesta*.

2 Não se exclui que o documento necessário à comprovação do fato se ache em poder de órgão público, caso em que o juiz o requisitará: Lei 1533/51, art. 6º, par. único.

3 *Apud* Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, 6ª ed., Rio de Janeiro, 1993, pp. 57/8.

4 Uma extensa resenha doutrinária e jurisprudencial sobre a questão é feita por Sérgio Ferraz, *Mandado de Segurança*, São Paulo, 1992, pp. 18 e segs.; no sentido exposto no texto, arrola o A. a imensa maioria dos juristas e tribunais pátrios. Merece destaque a lição de Celso Agrícola Barbi – que arrola a existência de direito líquido e certo como condição do mandado de segurança porque adota a teoria da ação de Chiovenda: “O conceito de liquidez e certeza é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental...” (*ob. cit.*, pp. 55 e segs.).

Para que se componha, portanto, o conceito de “liquidez e certeza”, na opinião prevalente, é necessário e suficiente que a situação de fato de que decorre o direito subjetivo do autor seja certa, nos termos indicados, não descaracterizando a “liquidez e certeza” a circunstância de, uma vez provada, envolver complexidade a respectiva análise, ou de demandar, o reconhecimento do direito, o exame, pelo juiz, de *quaestio iuris* intrincada, por mais grave que seja.

Talvez seja lícito acrescentar que certo deve ser não apenas o fato em que se apóia o direito subjetivo alegado pelo impetrante, mas todos aqueles cuja constatação se faça necessária para o acolhimento do pedido, aí incluídos os que se relacionem com a ilegalidade da conduta do impetrado: no mandado de segurança, qualquer deficiência na prova se resolve contra o impetrante, não tendo aplicação, no *writ*, as regras de distribuição de ônus da prova estabelecidas na lei processual.⁵

É deste pressuposto que se vai aqui partir: no mandado de segurança, ao estabelecer a necessidade de ser o direito do impetrante “líquido e certo”, exige a Constituição Federal, e na sua esteira, a Lei 1533/51, sejam certos todos os fatos relevantes para o julgamento do pedido, o que se dará se forem eles demonstráveis e estiverem efetivamente demonstrados nos autos através de prova documental inequívoca, por si só suficiente para formar a convicção do juiz, sem necessidade da produção de qualquer outro meio de prova, que no mandado de segurança não se admite.

4. Antes de passar adiante, e enfrentar o tema proposto, cumpre abrir, a esta altura, breve parênteses, para esclarecer, embora sumariamente, conceitos que se empregaram e que se vão continuar a utilizar adiante.

A ação ⁶ tem na demanda o ato pelo qual se inicia o respectivo exercício.⁷

Submete-se, a demanda – como todo e qualquer ato postulatório –, a uma dupla verificação, ou a um duplo exame, ou a um duplo juízo.⁸

Antes de mais nada, faz-se mister verificar se a demanda é admissível, isto é, se preenche os requisitos previstos em lei para que possa chegar-se ao exame do que se pleiteia.

Estando ausente um, ou mais de um requisito, o pedido pura e simplesmente não se examina, e o processo se extingue sem julgamento do mérito, em fenômeno a que se dá imprópria, mas tradicionalmente, o nome de “carência de ação.”

Ao exame do pedido se vai chegar apenas na hipótese de estarem presentes todos os requisitos de admissibilidade; neste caso, e só nele, caberá ao juiz verificar se o pedido é ou não fundado, para o efeito de, conforme o caso, julgá-lo procedente ou improcedente.⁹

5 Aliás, além da certeza dos fatos constitutivos do direito e dos indicadores da conduta ilegal, pesa sobre o impetrante o ônus de fazer prova de estarem presentes os pressupostos processuais e as demais condições da ação; também a este respeito, deficiência insanável, se respeitante à matéria de fato, deve resolver-se contra o impetrante; poderia exemplificar-se com dúvida sobre a tempestividade da impetração.

6 O termo “ação” se adota aqui como o exercício concreto do direito de ação em face de determinada situação da vida.

7 José Carlos Barbosa Moreira, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 16ª ed., 1994, p. 11.

8 Evidentemente, não está sendo olvidado no texto que, antes de examinar a admissibilidade da demanda, se faz necessário verificar a *regularidade do próprio processo*, em análise que pode culminar também com a respectiva extinção sem julgamento do mérito. O fenômeno não apresenta, porém, qualquer peculiaridade que mereça registro no mandado de segurança, e não é dele que se está tratando. Daí a omissão.

9 J. Goldschmidt, *Principios Generalis del Proceso*, I, Buenos Aires, 1961, pp. 120/6: “*Con respecto a cada petición hay que examinar, en primer lugar, si es admisible (...). Una petición es admisible cuando satisface las condiciones*

Na doutrina das ações – quer na concepção que as define como o exercício de um direito abstrato, quer na que nelas identifica o direito a um pronunciamento sobre o mérito, cuja existência, numa e noutra hipótese, não depende de que o autor tenha razão –, a tais requisitos de admissibilidade da demanda se dá o nome de condições da ação.

5. Lavra, como é notório, intensa controvérsia a respeito da natureza da ação.

Trata-se de disputa de que aqui não haveria razão para cuidar-se extensamente. Basta registrar que, como é sabido, as correntes que se formaram na doutrina, com os olhos postos no processo de conhecimento, oscilam entre a concepção da ação como direito a uma sentença favorável, como direito a uma sentença de mérito, favorável ou não, ou como o direito a uma sentença, ainda que não respeitante ao *meritum causae*.¹⁰

Manifestam-se divergências, do mesmo modo, a respeito das condições da ação.

O dissenso, aqui, surge em mais de um aspecto. Há quem pura e simplesmente negue a existência de condições da ação, ancorando-se sobretudo na concepção do direito de ação como direito abstrato, com a qual as condições da ação seriam inconciliáveis; entre os que admitem a categoria, não existe acordo sobre o que sejam, havendo, por outro lado, divergências a respeito de quais as espécies que integram o respectivo elenco; sem negar a categoria, existe quem, em âmbito mais modesto, lhes reduza o número, para excluir do rol espécies que nele habitualmente se inserem.

Trata-se, aliás, de disputas que, em grande parte, simplesmente refletem as diferentes concepções a respeito do conceito e das características do direito de ação.

Na controvérsia, de qualquer sorte, tomou decidido partido o Código de Processo Civil: encampou, ao que tudo indica, a doutrina abstrata da ação¹¹; reconheceu de modo absolutamente inocultável a existência de condições da ação, que compõem, entre a regularidade do processo e o mérito, categoria própria de questões, sobre as quais tem de manifestar-se o juiz; situou-as claramente em plano distinto ao do *meritum causae*, e a ele preliminar; e até mesmo as enumerou, referindo-se, em texto que sugere claramente tratar-se de elenco não exaustivo (art. 267, VI), à legitimidade das partes, ao interesse processual e à possibilidade jurídica do pedido.

Talvez não se mostre a esta altura inútil, sem a pretensão de esgotar a matéria, deixar assinalado que, diferentemente do que às vezes se declara, não existe incompatibilidade irremediável entre o reconhecimento de condições da ação e a

de las cuales depende la averiguación de su contenido (...). Como la admisibilidad de una petición es su calidad de satisfacer las condiciones de las cuales depende la averiguación de su contenido es natural que la admisibilidad ha de comprobarse antes de examinar se la petición es fundada (...). En la petición admisible, hay que examinar su contenido (...). Una petición admisible es fundada cuando por su contenido es apropiada para obtener la resolución judicial pretendida."

10 Deixa-se de mencionar no texto, por estar à evidência irrecuperavelmente ultrapassada, a teoria civilista ou imanetista da ação, que nela identificava um aspecto do Direito subjetivo material, ou um acessório seu.

11 Convém registrar que, a rigor, a concepção de Liebman, a que tantas vezes se declara inteiramente filiado o CPC, não corresponde exatamente ao que se convencionou chamar de teoria abstrata; no entendimento do mestre peninsular, a existência da ação estaria subordinada à concorrência das condições, que constituiriam condições necessárias para o julgamento do mérito de onde seria lícito supor que, adotadas as premissas, não haveria ação toda vez que faltasse uma das condições, e se ultimasse o processo sem exame do mérito. "Esse sono" – assinala Liebman, com referência às condições da ação – "come già accennato, i requisiti de esistenza dell'azione, e vanno perciò accertate in giudizio (anche se, di solito, per implicito), preliminarmente all'esame del merito. Solo se ricorrono queste condizioni può considerarsi esistente l'azione e sorge per il giudice la necessità di provvedere sulla domanda, per accoglierla o respingerla" (*Manuale di Diritto Processuale Civile*, I, 4ª ed., Milão, 1980, p. 135).

teoria abstrata da ação, que está adotada pelo estatuto processual e é justificadamente predominante hoje em doutrina.

A tarefa de harmonizar a existência de condições da ação com a idéia de que a ação constitui exercício de direito, que se tem independentemente do resultado que vai provocar *in concreto*, não se mostra impossível, desde que se considere que não se trata de condições cuja presença condicione a existência da ação, mas a legitimidade de seu exercício no caso concreto¹²; estando elas presentes, a demanda será admissível, e o pedido poderá ser julgado – pouco importa se procedente ou improcedente; estando ausentes, uma ou mais de uma, a demanda será inadmissível e, embora existente a ação, vai terminar ela necessariamente com a extinção do processo sem julgamento do pedido, a cujo respeito nada dirá o juiz, abstendo-se pura e simplesmente de afirmar que o autor tem, ou não tem, razão.

6. No Código de Processo Civil, portanto, a admissibilidade da ação está subordinada à presença de, pelo menos, três condições: a legitimidade, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido.

Pode dizer-se que são estas as condições que se exigem sempre, em todos os casos, para a admissibilidade da demanda – seriam condições genéricas.¹³

Nada impede, porém, que, ao lado delas, a lei imponha outras, exigíveis apenas em determinados casos – condições específicas¹⁴ da ação –, como insinua, como já se assinalou, o art. 267, VI, do estatuto processual.

O reconhecimento de que existem condições específicas, que convivem com as genéricas, sem nelas necessariamente precisarem ser enquadradas, poupa o trabalho em que se empenha por vezes a doutrina, procurando ajustar, à força, certas exigências legais numa ou noutra categoria genérica, com resultados em geral discutíveis, pouco animadores e destituídos de qualquer repercussão prática.

Trata-se de requisitos exigidos em certas hipóteses, e não em todas.

Mais de um exemplo poderia, a respeito, ser formulado: o pagamento de custas e honorários no caso de repropor-se ação, quando o processo anterior se extinguiu por abandono da causa; a autorização judicial para que o curador de incapaz proponha ações em nome deste último; a autorização do cônjuge para a propositura de certas ações; a realização de depósito de determinada quantia para intentar-se ação rescisória.

Em todas estas hipóteses, na ausência da exigência legal, o desfecho do processo é o mesmo que se verifica quando falta uma condição genérica: a demanda é inadmissível, e, por isto, o feito vai extinguir-se sem julgamento do mérito, por “carência de ação.”

7. Com estas considerações, pode retomar-se o fio da exposição e voltar ao tema proposto: o mandado de segurança constitui ação, inicia-se com a demanda – *rectius*: com o ajuizamento da demanda –, tem sua admissibilidade subordinada a condições, que vão permitir, ou não, o exame do pedido.

12 José Carlos Barbosa Moreira, *ob. cit.*, p. 29.

13 Talvez convenha assinalar que, a rigor, ao lado destas, deva incluir-se a ausência de preempção, litispendência, coisa julgada e compromisso arbitral – categorias cuja natureza, contudo, no particular, é objeto de disputa.

14 José Carlos Barbosa Moreira, *ob. cit.*, pp. 29/30.

Há, no mandado de segurança, condições genéricas, que não diferem das que precisam estar presentes em qualquer ação: legitimidade das partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido.

Mas existem também condições específicas.

Na falta de umas ou de outras, o resultado não difere: extingue-se o mandado de segurança sem julgamento do mérito, declarando-se o impetrante “carecedor de ação.”

Na presença das condições, genéricas e específicas, o mérito do mandado de segurança pode e deve ser julgado, e aqui, como em geral acontece, a existência das condições, que são questões preliminares, não antecipa o conteúdo do julgamento, podendo ocorrer, conforme o caso, que se acolha ou se julgue procedente o pedido, ou que se rejeite ou se julgue improcedente o pedido.

8. A distinção entre o juízo de admissibilidade e o de mérito se identifica com facilidade em mais de um tópico no mandado de segurança.

Não apresenta ela qualquer dificuldade quando o juiz entende que a impetração se dirige em face de autoridade que não tem legitimidade passiva *ad causam* para figurar como coatora no processo – porque, por exemplo, não praticou, nem determinou fosse praticado o ato impugnado –, ou que falta interesse processual – porque, por exemplo, o impetrante já obteve, na esfera administrativa, o resultado que pretende no *writ* –, ou que o pedido é juridicamente impossível – como pode acontecer quando o mandado de segurança se impetra desenganadamente para obter em tese a declaração de invalidade de atos normativos insuscetíveis, por si sós, de afetar a esfera jurídica das pessoas.

Ninguém duvidaria de que, em tais hipóteses, ao juiz não é dado senão extinguir o processo sem julgamento do mérito, por ser inadmissível o mandado de segurança.

A mesma facilidade na diferenciação entre admissibilidade e mérito se manifesta em relação a dois dos pressupostos a que alude o dispositivo que trata do mandado de segurança na Constituição Federal.

Não é suscetível de despertar qualquer perplexidade, com efeito, o que deve fazer o juiz se se impetra mandado de segurança contra ato praticado por particular, não investido de poder público, ou se se pretende, através do *writ*, proteger, em si mesma, a liberdade de locomoção, ou o direito à obtenção e à retificação de informações constantes de bancos de dados pertencentes a entidades governamentais, ou instituições “de caráter público”: extinguir o processo sem julgamento do mérito, por carência de ação.

9. O mesmo deve dizer-se em relação a uma das condições do mandado de segurança, específica, não prevista no texto constitucional, a respeito de cuja natureza não parece haver dúvida possível: a concernente à necessidade de o *writ* ser impetrado dentro de determinado prazo, contado da ciência do ato impugnado – art. 18 da Lei 1533/51.¹⁵

Se a impetração se dá tempestivamente, o mérito se julga, sem que daí se extraia qualquer conclusão sobre o teor do julgamento; se ocorre intempestivamente, o mérito não é julgado, e, sem isto, o processo se extingue, por “carência de ação.”

¹⁵ Não comporta exame aqui a discussão sobre se é constitucional o estabelecimento do prazo; veja-se, de qualquer modo, no sentido afirmativo, referência a acórdãos do STF e do STJ in Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil*, 25ª ed., São Paulo, 1994, p. 1121.

Neste ponto, cumpre ter presente uma observação para afastar dúvidas.

É que o fenômeno costuma caracterizar-se como “decadência.”¹⁶

Não se trata, contudo, da decadência a que se refere o CPC no art. 269, IV – que constitui instituto de direito material, que fulmina, pela inércia, o direito de que seja titular o autor, configura fundamento de decisão de mérito, apta a produzir coisa julgada material, impeditiva, por isto mesmo, de que a mesma causa – independentemente do rótulo ou do procedimento que se lhe dê – venha novamente a ser apreciada em juízo.

Não é isto que ocorre no mandado de segurança, quando se verifica a “decadência” decorrente do art. 18.

Ao declarar a “decadência”, prevista no aludido dispositivo legal, não está o órgão judicial a julgar o mérito do mandado; o que faz é algo diverso: afirma que, pelo transcurso do prazo legal de impetração, está extinto, como diz a Lei 1533/51, o direito do impetrante de ver apreciado, na via do mandado de segurança, o pedido, sem que ocorra julgamento do mérito, sem que se produza coisa julgada material, e sem que exsurja, conseqüentemente, obstáculo a que a mesma causa, sob rito diverso, seja novamente deduzida em juízo, e venha a ser livremente apreciada em outro processo.

Trata-se, portanto, de requisito necessário para que se possa apreciar o mérito do mandado de segurança; uma condição específica do mandado de segurança, cuja ausência acarreta extinção do processo sem julgamento do mérito, que não impede, por não envolver a formação de coisa julgada material, nova submissão da mesma causa, sob outro procedimento, comum, à apreciação judicial.

10. Esquema análogo, que permita a separação entre o que é admissibilidade e o que é mérito, pode e deve identificar-se na expressão “direito líquido e certo.”

É claro que, se os fatos são certos, e deles resultam o direito e a ilegalidade afirmados pelo impetrante, o caso é de julgar-se o mérito, concedendo-se a ordem impetrada. A existência de direito – “líquido e certo” – funciona aqui como pressuposto de procedência do *writ*.

Pode perfeitamente acontecer, todavia, de, embora os fatos narrados pelo autor autorizarem, em tese, o acolhimento do pedido – porque deles, a serem verdadeiros, exsurgiriam o direito e a ilegalidade alegados –, não serem eles certos, por não se acharem indubitavelmente demonstrados através do único meio de prova admissível no mandado de segurança, que é a prova documental.

Nestas circunstâncias, a ordem evidentemente não pode conceder-se.

Não seria lícito ao juiz declarar, contudo, que não existe o direito alegado pelo impetrante, ou que não é ilegal o comportamento da autoridade.

Se o pedido deixasse de ser acolhido sob tal fundamento, a decisão envolveria evidentemente o reconhecimento judicial de que não existe direito lesado ou ameaçado, e a pronúncia deste teor não poderia negar-se – pelo menos sem o emprego de malabarismos verbais ou lógicos – aptidão para reproduzir coisa julgada

¹⁶ Para Alfredo Buzaid, não se trata, nem de prazo prescricional, nem de prazo decadencial, nem de prazo preclusivo, mas, simplesmente, de um prazo extintivo do direito de impetrar a segurança, tal como resulta, aliás, da letra do art.18 da Lei 1533/51 (*Do Mandado de Segurança*, I, São Paulo, 1989, pp. 151/60). Registra o eminente processualista que os doutrinadores que afirmam tratar-se de decadência o fazem com a expressa ressalva de que o fenômeno se dá apenas no plano processual, inviabilizando tão-somente o emprego do *writ*, sem provocar, como a decadência, a perda do direito subjetivo material.

material, de sorte que estaria o impetrante impossibilitado de, em outro processo, em que empregasse provas das quais não pôde ou não quis fazer uso no mandado de segurança, obter o resultado que infrutiferamente tentou alcançar no *writ*.

Trata-se de conclusão manifestamente inconveniente, que se choca com a lei e a jurisprudência.¹⁷

Não é difícil, contudo, afastá-la. Basta que se considere, na hipótese figurada, que às questões concernentes à efetiva existência do direito subjetivo e da ilegalidade do comportamento atribuído ao impetrado pura e simplesmente não chegou o juiz: a falta de prova terá tornado inviável dizer se o impetrante tem ou não razão, e o processo, em tais circunstâncias, deve extinguir-se sem exame do mérito, em decisão que, pelo seu conteúdo, não constitui obstáculo a que a mesma causa seja novamente submetida à apreciação judicial.¹⁸

Ao estatuir que o mandado de segurança se presta à proteção de “direito líquido e certo”, não estabelece a Carta da República, portanto, exigência que se possa conceber em bloco, nem exclusivamente como pressuposto de admissibilidade, nem apenas como pressuposto de procedência do pedido – e muito menos, convém salientar, como algo que seja, a um só tempo, uma e outra coisa, o que constituiria uma evidentíssima impossibilidade lógica e jurídica.

Na expressão “direito líquido e certo” conjugam-se, a rigor, dois elementos distintos, de diferente natureza, enquadráveis em categorias processuais diversas, que cumpre cuidadosamente separar.

O substantivo – “direito” – constitui requisito para que se conceda a segurança, situando-se, portanto, no mérito da causa; trata-se, a existência de direito subjetivo, de requisito de procedência do pedido. Não poderia, aliás, ser de outra forma: a existência do direito – além evidentemente da de ato ilegal, já praticado ou prestes a sê-lo – configura elemento cuja presença é necessária para que se acolha o pedido do impetrante, concedendo-lhe o mandado, e não poderia logicamente conceber-se a procedência do pedido como pressuposto de cabimento do *writ*.

Os adjetivos – “líquido e certo” –, cujo sentido acima foi assentado, configuram exigência que se põe em outro plano, no da admissibilidade do pedido, como questão a esta preliminar, sendo sua presença necessária para que se chegue ao julgamento do mérito, sem envolver qualquer antecipação sobre o conteúdo do julgamento.

Para que seja admissível o mandado de segurança, o que é imprescindível é que o suposto direito e a suposta ilegalidade, que o impetrante, na inicial, meramente alega, decorram de fatos que, no processo, se mostrem certos; a efetiva existência do direito subjetivo e da ilegalidade constituem pressupostos de procedência do

17 Lei 1533/51, art. 16; cabe notar que não é apenas o “pedido de mandado de segurança” que pode ser renovado-se ainda houver tempo para tanto: a causa, sob rito comum, é que pode ser novamente ajuizada, na hipótese de não ter ocorrido julgamento do mérito. Súmula da jurisprudência predominante do STF, nº 304; sobre o significado do verbete, cuja redação é ambígua, veja-se Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil*, 25ª ed., São Paulo, 1994, p. 1121.

18 Talvez possa assemelhar-se, neste particular, o que, em tais circunstâncias, deve fazer o juiz no mandado de segurança ao que, diante de dúvida insanável, estava autorizado a fazer o juiz romano: pronunciar um *non liquet*; na lição de Scialoja: “El juez romano, si después de hacer cuanto le era posible para llegar a un convencimiento sobre la realidad de los hechos y sobre el derecho del actor o del demandado, no conseguía formarlo, tenía un medio para salir del paso, y era jurar sibi non liquere; esto es jurar que no había logrado formarse una segura opinión sobre la causa” (*Procedimiento Civil Romano*, trad. S. S. Melendo e Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, 1954, pp. 252/3). Não deixa, aliás, de ser curiosa, embora provavelmente casual, a identidade semântica entre o *liquere* romano e a *liquidez* exigida no mandado de segurança.

pedido, a cujo exame só é lícito chegar se estiverem satisfeitos todos os requisitos de admissibilidade do *writ*.

Este requisito, relativo à comprovação dos fatos – não à efetiva existência do direito subjetivo afirmado pelo autor –, configura, também ele, condição específica do mandado de segurança, cuja ausência vai acarretar o término do processo sem exame do mérito, e vai ensejar, conseqüentemente, porque a causa não foi julgada, a repropósito da ação, com a instauração de processo no qual se vai mostrar possível o julgamento do pedido, que lá não ocorrera.

No mandado de segurança, em relação ao ponto de que ora se cogita, a um de três resultados pode, conseqüentemente, chegar-se:

a) os fatos não são certos, no sentido acima exposto; neste caso, falta pressuposto específico de admissibilidade do mandado de segurança, e o processo, por isto, deve extinguir-se sem julgamento do pedido, por “carência de ação”; é esta circunstância, e não qualquer outra, que justifica a não formação da coisa julgada material, e vai permitir que a mesma causa seja novamente submetida à apreciação judicial;

b) os fatos são certos, mas, ou deles não decorre o direito afirmado pelo autor, ou não exsurge a ilegalidade apontada no comportamento do impetrado; trata-se de situação na qual o mérito deve ser julgado, com improcedência do pedido, em decisão que se reveste de autoridade de coisa julgada, e impede, por isto, que a causa seja novamente ajuizada;

c) os fatos são certos, e deles deriva ter o autor o direito subjetivo que alega e estar presente a ilegalidade, que lesou ou ameaça de lesão o seu direito; o caso é de julgar-se procedente o pedido, concedendo-se a ordem.

A serem verdadeiras as considerações até aqui feitas, pode concluir-se que a locução “direito líquido e certo” abriga dois elementos distintos, de diferente natureza, que podem e devem ser separados ao apreciar-se o *writ*: a existência do direito alegado pelo impetrante constitui pressuposto de procedência do pedido, situado no mérito; a exigência de liquidez e certeza do direito – afirmado na inicial – configura pressuposto específico de admissibilidade do mandado de segurança, na ausência do qual o pedido sequer pode ser julgado.

11. Para encerrar a exposição, convém fazer duas observações.

Primo: a distinção feita entre admissibilidade e mérito, no que respeita à exigência de “direito líquido e certo”, não constitui apenas uma imposição teórica, derivada da necessidade de, no julgamento do mandado de segurança, ser observada técnica adequada, que respeite categorias assentadas na ciência processual – o que, por si só, já justificaria o empenho em preservá-la.

Dela derivam conseqüências práticas relevantes: uma, cuja importância parece desnecessário encarecer, consiste em permitir que, ao tomar-se conhecimento da decisão, se saiba com segurança se se formou, ou não, a seu respeito, coisa julgada material, e se se manifesta, por conseguinte, obstáculo à submissão da mesma causa à apreciação judicial; outra, que não se afigura menos relevante, está em determinar se, contra a decisão “denegatória” proferida no *writ*, cabe ação rescisória – que, como dispõe o *caput* do art. 485 do CPC, só é admissível contra “sentença de mérito.”

Secundo: parece conveniente sublinhar que a terminologia empregada ao longo deste trabalho nada tem de inadequada ao mandado de segurança. Se ele constitui

uma ação, nada autoriza supor que o processo instaurado pela impetração se extinga senão de uma das duas únicas formas pelas quais se extingue qualquer processo, isto é, com julgamento do mérito, ou sem julgamento do mérito, aí incluída a “carência de ação”; nada tampouco justifica abandonar – e muito menos reputar-se errônea – a utilização das expressões com as quais se designam os modos pelos quais, com o julgamento do mérito, o processo se encerra: acolhimento ou procedência do pedido; rejeição ou improcedência do pedido.

Merece particular destaque que, nesta matéria, se algo contribui enormemente para embaraçar a compreensão do conteúdo das decisões proferidas no mandado de segurança, e perturbar gravemente a verificação dos efeitos que dele resultam é o arraigado vício de deixar de empregar-se, no mandado de segurança, a terminologia técnica tradicional que se utiliza de um modo generalizado para as ações, e o hábito – que sem nenhum prejuízo se poderia banir da lei e da prática forense – de adotar-se, indistintamente para todos os casos em que o impetrante não logra obter bom êxito, a expressão “denegação” da segurança.

Não há dúvida de que se trata, a palavra “denegação”, de expressão tradicional, que a própria Constituição e a Lei 1533 utilizam – não sem suscitar, aliás, aqui e ali, ponderáveis polêmicas.¹⁹ Cuida-se, porém, de termo impreciso e ambíguo, que dá margem a dúvidas sobre o objeto da decisão, e, embora proporcione certa comodidade para o juiz, que, por meio dele, não precisa preocupar-se em dizer se está ou não julgando o pedido, cobra mais tarde o seu preço, ao exigir que, nem sempre com facilidade, se interpretem as sentenças, para todos os efeitos que tiverem por pressuposto determinar se se trata, ou não, de decisão de mérito.

**Publicado originalmente na Revista nº 2 jul./dez. 1995, p. 33.*

¹⁹ Para ficar em exemplo recente: a discussão que se travou sobre o cabimento do recurso ordinário contra decisões “denegatórias” de segurança de competência originária dos Tribunais.

O MANDADO DE INJUNÇÃO

HÉLIO TORNAGHI*

O Mandado de Injunção é instituto novo no Direito brasileiro. Isso explica as dúvidas e perplexidades que vêm surgindo a seu respeito. Acredito que este desprezioso estudo contribuirá para torná-lo mais conhecido. E até mesmo as indagações que este trabalho possa suscitar ou as correções que venha a atrair ajudarão a aperfeiçoar o conhecimento desse novo remédio. Por isso me encorajo a apresentá-lo aos mais doutos, com a declaração de que receberei com prazer e humildade as censuras e as emendas.

Quero deixar consignado que não tive a pretensão de dizer novidade. E, na parte relativa ao Direito inglês e ao americano, segui a lição daqueles que, antes de mim, escreveram sobre o assunto no Brasil ou fora dele.

Em tema tão árduo e penoso, não tenho a presunção de tudo esclarecer; esta pequena obra é feita de luz e de sombra. Talvez até mais de sombra do que de luz. Nem por isso me parece desprezível o pouco de claridade que possa conter *se natura in operationibus suis non facit saltum*, o mesmo não se pode dizer do conhecimento humano, feito de avanços e recuos. Mas é exatamente essa inquietude, esse perpétuo vir a ser, que faz o progresso da ciência. É essa ingente batalha do pensamento contra a ignorância que dá beleza ao esforço para alcançar o brilho da verdade.

Em matéria jurídica, o labor nunca estará terminado. *Ex facto oritur ius*: O Direito nasce dos fatos. As leis avançam por degraus; a realidade é esteira que não pára. As leis imitam os ponteiros do relógio, que pulam de quando em quando; as transformações sociais são ininterruptas. São necessários os mecanismos que adaptem permanentemente o Direito à realidade e amparem os legítimos interesses que a norma legal ainda não traduziu em forma de direitos. Esse tem sido sempre o papel da *equidade social*, que fez a grandeza do Direito Romano e a flexibilidade do Direito inglês. E é esse milagroso remédio que agora se introduz entre nós para a proteção “dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania (popular) e à cidadania”, sempre que a falta de norma regulamentadora lhes torne inviável o exercício (Constituição da República, art. 5º, LXXI). Trata-se de instrumento de proteção e, ao mesmo tempo, de ferramenta forjadora de direitos.

É natural que o juiz brasileiro, acostumado a ser fiel aplicador da lei, se encontre perplexo diante de um texto que o aproxima dos movimentos em prol do “Direito justo” (Stammler), da “Livre investigação” (Geny), do “Direito livre” (Kantorowicz) e de outros semelhantes. A decisão por equidade só lhe parece aceitável nos casos em que a carência de lei anterior lhe permite recorrer a ela.

Em notável ensaio sobre “O significado constitucional das jurisdições de equidade”¹ lembra Calamandrei a existência de dois sistemas de manifestação do Direito.

* HÉLIO TORNAGHI é Professor emérito da Universidade Federal do Brasil.

¹ Preleção com que abriu o ano letivo do Instituto de Ciências Sociais Cesare Alfieri, depois publicada nos *Studi sul Processo Civile*, v. II, pp. 1 e ss.

O mais comum em nossos dias é o da formulação legislativa, decorrente da separação de poderes. Nele, a função de modelar a norma jurídica pertence ao órgão legislativo, e a de aplicá-la, ao judiciário. É do legislador a tarefa de interrogar a consciência coletiva e de avaliar os interesses; de ordenar os sentimentos, as tendências e as aspirações das quais nasce o Direito de um povo em certo momento de sua história. Neste sistema, a modelagem do Direito não se faz caso por caso, mas em moldes que abstraem das particularidades de cada evento.

Mas pode acontecer que a lei não regule determinado caso. Nessa hipótese, os tribunais voltam ao método primitivo, o juiz formulava a regra que, em seguida, aplicava. É o “sistema da formulação judicial do Direito”. Mostra Calamandrei que, em sua pátria, foram até criados órgãos judiciários encarregados de julgar por equidade. Nesse caso, diz o Mestre italiano, “o juiz se põe diretamente em contato com a consciência popular, na qual o Direito flutua no estado de sentimento ainda não fixado em precisas normas racionais. E dessa consciência, da qual ele próprio participa como membro da sociedade, ele retira a inspiração para resolver cada caso, de acordo com princípios que ele não cria mas encontra já existentes”. “Nenhum obstáculo se interpõe entre o Direito e o juiz, que se encontra em permanente contato com a viva e fresca realidade social e que, assim, pode sentir-lhe as necessidades e fielmente seguir-lhe a evolução.”

Mesmo na “jurisdição legal”, o juiz submete o caso concreto à lei, ele o faz segundo o seu modo de interpretar os fatos e o texto legal. O Direito legislado tem apenas uma parte da consciência jurídica: a outra é dada pelo costume e pela jurisprudência. Afinal, a verdade é que direito vivo é o que os tribunais consagram.

Em debate travado no Rio de Janeiro, em 14.12.88, perguntou-me o eminente Min. José Carlos Moreira Alves onde está dito no texto constitucional que o julgamento do pedido de Injunção deve ser feito com base na equidade social. Segundo S. Exa., eu estaria incindindo em petição de princípio ao partir da afirmação daquilo mesmo que eu deveria provar, isto é, que o julgamento do Mandado de Injunção é feito segundo o estilo da equidade social.

Ora, quem sabe o que é a Injunção, tal como a fomos buscar no Direito inglês e no americano, não ignora que ela é um remédio da *Equity*. Se trago para o Brasil uma planta aquática, posso presumir que ela há de ser transplantada para a água, que é o seu ambiente natural. Igualmente, se vem para nossa pátria um remédio do campo da equidade (*equitable relief*), é de supor, sem que isso precise ser demonstrado, que é nessa área que ele deve funcionar. Isso me parece óbvio, e é totalmente desnecessário provar o óbvio. Pode-se partir daí para então tirar todas as naturais conseqüências. Acredito que o insigne jurista, melhor considerando, reconhecerá que não há petição de princípio, porque não se parte daquilo que deve ser provado, mas sim daquilo que é axiomático, evidente por si mesmo, que é da própria natureza do instituto.

Ao trazer para o Direito brasileiro a instituição do júri, foi preciso provar que ele é um tribunal popular? Ao introduzir entre nós o *habeas corpus*, foi necessário demonstrar que se trata de um remédio contra a lesão da liberdade de ir e vir? Será mister apresentar prova de que o *leasing* é um contrato de locação com opção de compra? Os exemplos poderiam ser multiplicados. Igualmente, não é necessário justificar a afirmativa de que a Injunção é um remédio do campo da equidade. Quem sabe o que é a Injunção e de que modo ela funciona nos países de origem, sabe também que ela é um *relief at equity*, ou seja: que o julgamento do pedido é feito segundo as normas da equidade social.

Outra questão é a de saber se o Poder constituinte fez bem em adotar o Mandado de Injunção; ela entra no terreno da conveniência. Se atentarmos para o motivo que levou a introduzir na Constituição esse remédio, creio que daremos razão ao constituinte. O que se pretendeu foi tornar efetivamente auto-aplicáveis os dispositivos referentes aos direitos e liberdades constitucionais e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, sem que o pretexto da falta de norma regulamentadora pudesse levar a uma denegação de justiça.

De qualquer modo, o problema da conveniência não se põe ao juiz: esse tem diante de si o preceito constitucional. Só lhe resta aplicá-lo.

Origem e natureza do mandado de injunção

Parece acertado afirmar que o Mandado de Injunção surgiu no Direito brasileiro pela mesma razão que provocou na Inglaterra o aparecimento do *Writ of Injunction*.

Aqui, como lá, o sentimento de equidade não tolera a existência de lesão para a qual não haja remédio jurídico. (*Equity does not suffer a wrong to be without a remedy*).

Em excelente trabalho, apresentado a um Seminário reunido no Rio de Janeiro em dezembro/88, o ilustre Prof. Galeno Lacerda afirma que a Injunção brasileira e a *Injunction* anglo-americana têm uma semelhança e uma diferença:

- são semelhantes pelo fato de serem empregadas, “na ausência de norma específica”, pois a *Injunction* se baseia *in equity* e não *in law*;
- diferem uma da outra, porque “a *Injunction* se esgota na imposição de um fazer ou de um não fazer ao requerido”, enquanto que “a Injunção brasileira se alça a direito e garantia fundamental da pessoa, a obter desde logo, através do Poder Judiciário, o suprimento da falta de norma regulamentadora, de modo a lograr o amparo a direitos e liberdades constitucionais e a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, os quais, de outra forma, teriam sua eficácia suspensa à espera de regra geral”.

Como se verá no desenvolvimento deste modesto trabalho, concordo com o eminente Mestre. Dele, porém, me afasto no que toca à sua afirmação de que os constituintes brasileiros se limitaram a tomar de empréstimo o nome (Injunção - *Injunction*) e a área de emprego do instituto (a da falta de norma específica). A mim me parece que o constituinte pátrio transplantou para o Direito Público um instituto que, na Inglaterra e nos Estados Unidos, é empregado na esfera do Direito Privado.

Para bem entender o que é o Mandado de Injunção, convém recordar como ele surgiu e se desenvolveu no Direito inglês.

Tal como acontecia no Direito Romano, em que a *actio* era um pressuposto do direito subjetivo,² assim também na Inglaterra, o *Common Law* foi uma criação do Direito Processual. Os direitos subjetivos foram ali surgindo de maneira empírica, à medida em que era criada cada ação judiciária (*remedy*), que garantia determinado interesse. No moderno Direito de tipo continental europeu, o direito subjetivo é um *prius* e a ação um *posterius* (*ubis jus, ibi remedium*); no Direito de tipo inglês, onde não há ação não há direito (*where there is no remedy, there is no right*).

O *Common Law* foi criado mais pelos tribunais, que aplicavam normas costumeiras, do que pelo órgão legislativo. A sentença proferida num caso concreto

² Para maiores informações, v. minhas *Instituições de Processo Penal*, 2ª ed., S. Paulo, 1977, 1º v., pp. 241 e ss.

(*case*) tinha (e tem) força vinculativa (*precedent*) nos casos semelhantes. Depois dela, os juízes têm de manter o decidido (*stare decisis*).³

Anteriormente à promulgação da Magna Carta, o Rei gozava da prerrogativa de exercitar a justiça. Com o tempo, essa prerrogativa passou a ser uma ficção: a justiça ordinária não se fazia *coram ipso Rege*, isto é, perante o próprio Rei, mas, *de facto*, perante os juízes e tribunais, embora *de jure* esses julgassem em nome do Rei. Eles eram os juízes de Sua Majestade (*His Majesty's Justices*). Continuou, entretanto, a existir um poder residual do Rei de julgar ele próprio (*the King's residuary jurisdiction*).⁴ E nada impedia que qualquer dos litigantes se dirigisse diretamente a Sua Majestade.

Os próprios juízes, especialmente os de circuito, juízes itinerantes (*Justices in Eyre*), diversos dos juízes sedentários (*Justices in Bank*), apresentavam suas dúvidas ao Rei, considerado fonte da justiça; ou mesmo lhe reservavam as questões mais delicadas. E o soberano as decidia, ouvindo o conselho dos homens prudentes e avisados.

As decisões do Tribunal de Westminster passaram a não ser definitivas, pois eram passíveis do “recurso” ao Rei. Esse, porém, não exercia pessoalmente a sua jurisdição; ele a transferia a um Conselho Privado (*King's Council*), no qual o Chanceler (*Chancellor*) e seus juízes, que eram clérigos e não juristas, temperavam o *summum jus* pela equidade individual, isto é, pela consideração das circunstâncias de cada caso. Alargando a própria jurisdição, a Corte do Chanceler (*Court of Chancery*) passou a julgar também os casos não regulados no *Common Law*. Fazia-o segundo a *equity*, ou equidade social, que levava o juiz a aplicar a norma que ele próprio formulava.⁵

No reinado de Eduardo, o Confessor, firmou-se a jurisdição de equidade da *Court of Chancery*. A princípio, o Chanceler era o guarda-selo e escrivão-mor (*Clerk*, isto é, clérigo) do Rei. A partir de Thomas Becket (1118 a 1170), essa corte passou a contar com cinco clérigos: o capelão do Rei (*King's chaplain*), que era o guardião da consciência do Rei (*Keeper of the King's conscience*) e do Grande Selo (*Great Seal*). Ele ratificava os atos reais e agia como sumo juiz. Com a abolição do ofício de distribuidor de justiça (*Justiciar*), por Eduardo I, o Chanceler tornou-se a segunda pessoa do Reino. Os atos do Rei só seriam autênticos e dotados de força coercitiva quando “selados” pelo Chanceler. O Grande Selo passou a ser a “chave do Reino” (*Clavis regni*), olhada com supersticiosa reverência por estadistas e homens do Direito. E, repita-se, o Chanceler e seu conselho julgavam por equidade individual levando em consideração as particularidades de cada caso e por equidade social preenchendo as lacunas do *Common Law*, o que faziam aplicando ao caso não disciplinado em lei a norma que eles próprios formulavam.

No reinado de Henrique VI (1422 a 1461), o Chanceler criou o Mandado de Injunção, típico *equitable writ*, isto é, concedido segundo as normas da equidade (*on a basis of equitable considerations*) para aqueles casos para os quais o *Common Law* não oferecia remédio adequado (*those cases in which the Common Law offered no adequate remedy*).

3 Para outras considerações acerca do estilo do Direito inglês, v. meus *Comentários ao Código de Processo Civil*, S. Paulo, 2ª ed., 1975, 1º v., pp. 37 e ss.

4 Sobre a organização judiciária inglesa, v. minhas citadas *Instituições*, v. 2º, pp. 69 ss.

5 A distinção entre a equidade individual e a social já vinha de Aristóteles. Na *Ética a Nicômaco* ele ensinava que a *equidade individual* se adapta às várias contingências de cada fato, enquanto que a *equidade social* se aplica aos casos em que não há norma de lei e exige que o juiz estabeleça uma regra adequada ao caso que lhe é submetido.

A primeira lei de Organização Judiciária (*Judicature Act*), em 1873, fundiu as jurisdições de *Common Law* e de *Equity*, porém manteve a distinção dos remédios baseados no *Common Law* e daqueles fundados na *Equity*. Entre esses últimos, o mais característico de todos é *Writ of Injunction*, o Mandado de Injunção, agora introduzido no Brasil. Que vem a ser esse Mandado de Injunção?

A origem dos mandados (Writs)

A partir da invasão normanda (1066), aquele que desejasse mover uma ação deveria adquirir uma ordem escrita (daí o nome: *Writ*), mediante pagamento de uma taxa (*fee*). O *writ* (ou breve, pois a língua latina era usada em documentos oficiais) era uma intimação feita, *de jure*, pelo Rei. Isto é: era uma ordem ao réu para praticar (*ad faciendum*) ou para abster-se de realizar (*ad omittendum*) algum ato. Encarregado de executar a intimação era o Sherif local. Se o réu atendia à ordem, o caso estava encerrado. Se não obedecia, ele era compelido a comparecer diante do juiz para se justificar.⁶

Cada *writ* dizia respeito a uma determinada pretensão. Não havia *writ* genérico e, muito menos, *writ* em branco para ser preenchido pelo autor da causa. Esse devia cuidar para que o *writ* correspondesse exatamente à sua pretensão. Cabia-lhe, durante o processo, demonstrar a existência dos requisitos de fato daquele *writ*. Se não o fazia, o juiz arquivava o processo. Nesse caso, não havia como propor novamente a ação, pois ao autor “já lhe fora dada a sua oportunidade”.

Tampouco lhe era permitido alterar o pedido ou a *causa petendi*, ainda que durante o processo ficasse demonstrado que o autor teria podido requerer outro tipo de *writ*.

Durante o reinado de Henrique II (segunda metade do século XII), apareceram os *writs* típicos (breves), para cuja obtenção não houvesse dúvida (*writs of course*), relativos a casos freqüentes. Mas se os *writs* puderam se estereotipar, a vida não parou: as relações sociais foram criando novas situações, outros tipos de litígio que não se adaptavam aos *writs of course*. Novos *writs*, ou melhor, novos tipos de *writ* foram criados, apesar da oposição do Parlamento, que se considerava esbulhado em sua competência para gerar. O Estatuto de Westminster, de 1285, concedeu ao Chanceler o poder de criar novos *writs*, contanto que para casos semelhantes a um anterior (*writ in consimili casu*) e que comportasse um *writ of course*. Era um pretexto que só servia para coonestar, pois se o caso era semelhante não haveria dificuldade em conseguir um *writ of course*.

O cerceamento da expedição de novos *writs* trouxe consigo alguns inconvenientes. Nos casos em que não houvesse um *writ* adequado (*adequate remedy at law*), o direito ficava sem proteção. Essa foi uma das causas do aparecimento da jurisdição de equidade e dos remédios nela baseados (*remedies at equity*).

Um segundo estorvo resultou do fato de que o *Common Law* quase não tinha em seu arsenal providências capazes de prevenir os atos ilícitos. Limitava-se a reprimi-los, mediante sanções penais, ou a impor a obrigação de ressarcir o dano (*Money damages*). Isso tirava a força dos contratos, pois o obrigado podia optar entre cumpri-los ou pagar os prejuízos decorrentes do inadimplemento.

Outro inconveniente era o de não possibilitar a intervenção de terceiros nem o litisconsórcio.

⁶ Como se vê, há certa semelhança entre esse tipo de procedimento e o *das legis actiones romanas*.

Ao lado disso, aconteceu também que os tribunais do *Common Law* se tornaram mais uma vez atreitos e agarrados aos remédios já existentes. Esquecendo o que aconteceu no passado, quando o juiz podia impor ao réu o cumprimento específico da obrigação (*specific performance*), fosse ela de fazer ou de abster-se, eles passaram a resolver tudo em perdas e danos.

Para obviar a esses inconvenientes, as próprias *courts of law*, isto é, tribunais que julgavam segundo o *Common Law*, passaram a recorrer aos remédios de equidade, tanto da equidade individual (epiquéia), com que temperavam o rigor da lei (*duress*), quanto da equidade social, com que lhe preenchiam as lacunas, evitando a denegação de justiça (*unfairness*). Como sempre acontece, a equidade entrou no Direito pela mão esquerda de juízes preocupados em fazer justiça.

Essa jurisdição de equidade foi mais larga e freqüente entre os juízes de circuito (*Eyre*) que estavam mais à vontade e mais longe dos juízes sedentários, de Londres (*Justices in Bank*). Isso explica que o procedimento nos condados distantes da capital apresentasse características que depois iriam encontrar-se no processo *in equity*.

Mas, no meado do século XIV, os juízes de circuito (*Justices in Eyre*) começaram a ser substituídos por juízes de paz (*Justices of the peace*). Ao mesmo tempo, principiaram a surgir os ritos procedimentais (*forms of action*); desapareceu a execução específica da obrigação (*specific performance*), complicou-se a formalística do processo e de tudo isso resultou a dificuldade, para os tribunais, de fazer justiça. Aconteceu, então, um fenômeno parecido com aquele que fez surgir o recurso de agravo.⁷ Talvez o mesmo fenômeno. Aqueles que se julgavam ultrajados pela denegação de justiça por parte dos tribunais de *Common Law* invocavam a consciência do Rei para que reparasse o dano sofrido (*outrage*). E como o “guardião da consciência do Rei” era o Chanceler, a esse era delegado o conhecimento daqueles apelos. Também nos casos em que não houvesse no *Common Law* remédio adequado (*adequate remedy at law*), o Chanceler assumia o poder de julgar o recurso *ex informata conscientia*. Como foi dito acima, aparecia desse modo uma corte de *equity*, que formulava a regra e a aplicava ao caso concreto (equidade social).

Na prática, os pedidos de justiça passaram a ser dirigidos ao próprio Chanceler.

A partir de 1474, esse alto magistrado emanou, em forma de decreto (*decree*), verdadeiras sentenças baseadas na *equity*. E passaram a existir, lado a lado, uma jurisdição que aplicava o *Common Law* e uma quase-jurisdição que julgava por equidade: a *Chancery Court*. A primeira era exercida quando houvesse norma legal sobre o caso; a segunda, quando ela não existisse.

Note-se que a *Chancery Court* julgava discricionariamente, como se estivesse praticando ato administrativo. Por isso é que a sua decisão se chamava *decree*.

Também em consequência de sua natureza, o procedimento nas cortes de *equity* (*suit in equity*) era quase informal. Em simples petição (*bill in equity*), o reclamante pedia as providências necessárias para proteção de seu interesse. O tribunal ouvia as partes, aceitava as provas por elas feitas e decidia. Exercia ainda funções consultiva, conselheiral e tutelar; esta última por meio de providências acautelatórias. O *decree* era concedido *rebus sic stantibus*: o tribunal podia modificá-lo se houvesse mudança na situação. O vencido, se não fazia o que lhe impunha o *decree*, era processado por desobediência ao tribunal (*contempt of Court*).

7 V. meu *Curso de Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 5ª ed., 2º v., pp. 331 e ss.

A Injunction

O principal remédio (*remedy at equity*) existente no Direito inglês e no americano para os casos não contemplados pelo *Common Law* é a *Injunction*. Ela é a ordem pela qual o Judiciário junte alguém ao dever de fazer ou omitir algo.

Daí:

a *Mandatory Injunction* (determinação de fazer) e

a *Restraining or Prohibitory Injunction* (determinação de abster-se).

Como se vê, ela se chama *Injunction* porque o destinatário da ordem fica jungido a um dever jurídico.

A *Restraining Injunction* guarda algum parentesco com o Interdito Proibitório; tem, entretanto, uma aplicação mais ampla.

A *Mandatory Injunction* — que não se confunde com o *Mandamus* — pode ter por fim o cumprimento específico de uma obrigação: (*specific performance*), desde que não seja necessária a coação física (*nemo ad faciendum cogi potest*).

Por vezes é suficiente a condenação por perdas e danos e o Judiciário não obriga ao cumprimento específico da obrigação. Em outras ocasiões, entretanto, a condenação ao ressarcimento do dano seria ilusória. Foi isso que levou a Corte da Chancelaria inglesa, em sua jurisdição de equidade, a suprir a falha, obrigando o devedor ao cumprimento da obrigação *in natura*, mediante um *decree of specific performance*.

A *Injunction* é final (*permanent*) quando concedida na decisão de mérito; é liminar (*preliminary*) quando deferida, como providência acautelatória, *in limine litis*.

Ela é sempre supletiva: só é concedida quando não existe em lei um remédio adequado (*adequate remedy at law*).

A *Injunction*, criada para direitos individuais, estende-se hoje aos direitos sociais; por exemplo: no caso de alguém ser expulso de uma agremiação sem ser devidamente ouvido (*without a fair hearing*).

No Texas (40 Texas Or. R. 413, 50 S.W., 933), um tal de Warfield conseguiu uma *Injunction* para proibir um rival de cortejar sua mulher...

O mandado de injunção no Brasil

Diz a Constituição da República, no art. 5º, LXXI:

“Conceder-se-á mandado de injunção: sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício:

a) dos direitos e liberdades constitucionais (arts. 5º a 11);

b) das prerrogativas inerentes:

- à nacionalidade (art. 12);

- à soberania (arts. 14 a 16);

- à cidadania (art. 1º, II, art. 22, XIII).”

Conseqüências do disposto no citado dispositivo

1º) alarga o campo da jurisdição de equidade;

2º) transporta para o Direito Público o remédio (*relief*) da *injunction* que, no Direito inglês e no americano, se aplica à área do Direito Privado;

3º) abre a porta para a renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais.

**Quanto à primeira consequência:
Ampliação do campo da jurisdição de equidade**

Não é a primeira vez que uma Constituição brasileira recorre à equidade como fonte supletiva do Direito.

A de 1934 o fazia explicitamente no art. 113, nº 37, a saber:

“Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais do Direito ou por equidade.”

A primeira parte desse dispositivo está inspirada no art. 4º do Código Civil francês, segundo o qual: “*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte de silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”.⁸

Para se ter em conta como é premente a necessidade de preencher as lacunas da lei por meio da equidade, basta recordar o que se passou em França ao tempo da feitura do Código Civil.

O projeto do ano VIII dizia, no art. 11 do tit. V, do Livro Preliminar, que: *dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un Ministre d’équité*.⁹

Esse Livro Preliminar não foi acolhido no Código Civil, segundo a superstição de que a lei não tem lacunas. É curioso que o art. 565 desse mesmo Código subordine o direito de acessão, relativamente às coisas móveis, *aux principes de l’équité naturelle*.

Diante do texto constitucional brasileiro, uma coisa é certa:

Os problemas do Mandado de Injunção estão ligados à razão de ser da jurisdição de equidade:

a) Onde houver norma regulamentadora dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes: à nacionalidade (arts. 12 e 13); à soberania popular (arts. 14 a 16); ou à cidadania (arts. 12 e 13), funcionará a jurisdição legal, se qualquer deles for ameaçado ou ferido. O Judiciário aplicará a norma de lei, abstrata e geral, ao caso concreto e os remédios serão o *Habeas Corpus*, o Mandado de Segurança e as ações pertinentes.

b) Quando não houver lei regulamentadora, funcionará a jurisdição de equidade: o Judiciário aplicará a norma que ele próprio estabelecerá se fosse legislador.

Já dispunha assim o art. 1º do Código Civil suíço: *À défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur. Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence*.¹⁰

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939 (art. 114), quando outra lei autorizasse o juiz a julgar de acordo com a equidade individual, ele usaria também da equidade social, aplicando a norma que ele próprio estabelecerá se fosse legislador.

Dispondo a vigente Constituição tal como se vê do art. 5º, LXXI, alarga-se no Brasil a jurisdição de equidade.

⁸ “O juiz que se recusar a decidir, sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação de justiça.”

⁹ “Em matéria de Direito Civil, o juiz, na falta de lei precisa, é ministro da equidade.”

¹⁰ “Na ausência de disposição legal aplicável, o juiz decide segundo o Direito Costumeiro e, na falta de costume, ele o faz segundo as regras que estabelecerá se tivesse de legislar. Ele se inspira nas soluções consagradas pela doutrina e pela jurisprudência.”

Derroga-se o princípio: *aequitas legislatori, jus judici magis convenit*, isto é, a equidade é própria do legislador e o Direito o é do juiz.

O Judiciário vai, então, buscar a norma jurídica nas mesmas fontes materiais em que se abeberaria o legislador para formular a lei.

Atente-se, mais uma vez, para o fato de que não se trata da equidade individual (epiquéia), como acontece, por exemplo, na aplicação da Lei de Luvas, em que o juiz leva em conta as circunstâncias do caso concreto (art. 16); trata-se, ao contrário, da equidade social (a *equity* dos ingleses), que tem em consideração o que normalmente é justo, a fim de formular uma norma, em seguida aplicada ao caso concreto.

Como foi dito acima, já Aristóteles estabelecia, com precisão, a diferença entre esses dois tipos de equidade. Ela é sempre um modo de determinar o que é justo em cada caso. É completa a lei e a torna mais perfeita em duas hipóteses:

1º) a lei, que é genérica e abstrata, não prevê todas as circunstâncias particulares de cada caso concreto. A equidade a preenche e a torna mais justa ao mandar que o juiz leve em conta as peculiaridades do caso. Aí, funciona como a fita métrica usada pelos operários da Ilha de Lesbos (semelhante à que utilizam os alfaiates e as costureiras de hoje), que seria o contorno das superfícies sinuosas a serem medidas. Esta é a equidade individual;

2º) de outras vezes, a lei é totalmente lacunosa, não prevê a hipótese que se apresenta em concreto. Nesse caso, surge a equidade social, que manda o juiz completar a lei formulando, ele próprio, a norma aplicável. Calamandrei, no sexto parágrafo do ensaio anteriormente citado, admite até a equidade social *contra legem* e indica (na nota 26), no mesmo sentido, Geny, Miceli, Pachioni e Del Vecchio. A tanto não chega a Constituição brasileira, que admite apenas a aplicação *praeter legem*: “sempre que, à falta de norma regulamentadora...”

A diferença entre esses dois tipos de equidade ressalta da comparação entre o art. 4º e o art. 1º do Código Civil suíço.

O art. 4º (equidade individual) manda que o juiz leve em conta as circunstâncias do caso concreto.

O art. 1º (equidade social) ordena que, na falta de norma reguladora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse o legislador. Nessa hipótese, a equidade é fonte formal do Direito. É o que deve acontecer, entre nós, no Mandado de Injunção.

Note-se, porém: na hipótese de equidade social, a atividade do Judiciário não é criadora do Direito objetivo, genérico e abstrato. É apenas declaratória de uma norma equitativa, ou seja: norma, sim, mas para ser aplicada apenas ao caso levado à apreciação do judiciário.

Assim como a lei admite, por vezes, o costume como fonte subsidiária, assim também a Constituição recorre à equidade nos casos do art. 5º, LXXI.

Não se deve, entretanto, supor que o juiz exerça, então, o mesmo papel do legislador. Ele não impõe normas gerais; apenas formula, em mente, a norma que aplicará ao caso *sub judice*. A formulação da norma pode até ser subentendida.

E a decisão não tem a mesma força vinculadora do precedente no Direito inglês e no americano.

Pode, isto sim, surgir, da reiteração dos julgados, uma regra consuetudinária. Acontecerá, então, o mesmo que ocorreu no campo do Direito Trabalhista em que,

da aplicação dos dispositivos sobre a locação de serviços, se desenvolveu uma jurisprudência que iria desembocar em um novo ramo do Direito. O mesmo ocorreu com o Direito Aeronáutico e, em época mais remota, com o Direito Comercial.

Quanto à 2ª consequência:

Introdução de Mandado de Injunção na área do Direito Público

Salvo melhor juízo, parece-me que a Constituição foi um pouco tímida ao limitar o alcance do Mandado de Injunção às questões sobre direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania (popular) e à cidadania. Poderia o remédio servir também no campo do Direito Privado, como a *Injunction* do Direito inglês e do americano.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, os *Civil rights* são protegidos pelo *Mandamus*, semelhantes ao nosso Mandado de Segurança, quando a matéria é disciplinada em lei, e pela *Injunction* no caso de não haver regulamentação legal.

O *Mandamus* pertence ao campo do *Common Law*, enquanto a *Injunction* é da área da *Equity*.

O *Mandamus* pode ser *peremptory*, isto é, categórico, ou *alternative*, ou seja, alternativo. A *Mandatory Injunction* é sempre categórica.

Quanto à 3ª consequência:

O acolhimento entre nós do Mandado de Injunção abre a porta para a renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais

A vida apresenta uma tal variedade de fatos que, perto deles, as produções da mais fértil imaginação não passam de ninharias. A obra do legislador tem em seu prol a unidade e a harmonia do sistema, além do préstimo de tender para o ideal. Mas, para isso, ela sacrifica e despreza as minúcias dos fatos. O homem que faz a lei se abandona aos vãos do pensamento sem entraves e, por vezes, em lugar de verdadeiras soluções, encontra fórmulas abstratas.

Na jurisdição legal, em que o juiz aplica ao fato a regra da lei, essa é um *prius* e a sentença um *posterius*. Na jurisdição de equidade invertem-se os papéis: a decisão do caso concreto precede ao estabelecimento de uma norma geral. A jurisdição legal é mais propícia à segurança, uma vez que a norma aplicável precede à sentença. Em compensação, a jurisdição de equidade é mais favorável à consideração das circunstâncias de cada caso e, conseqüentemente, a uma justiça mais perfeita. Para maior garantia dos jurisdicionados contra o arbítrio dos juizes, é melhor a jurisdição legal. Mas quando, por falta de norma disciplinadora, ela se torna inviável, o remédio é recorrer à jurisdição de equidade, evitando assim a denegação de justiça.¹¹

E, com isso, aparece a oportunidade de sugestões ao legislador para a adaptação do Direito objetivo às novas realidades sociais.

Ao julgar o pedido de Mandado de Injunção, o Judiciário atua discricionariamente. Não arbitrária, mas prudencial e razoavelmente.

O poder de decisão é, assim, mais amplo que nos casos de Mandado de Segurança e de *Habeas Corpus*. O juiz funciona como um *arbitrator* e evita a fossilização do Direito.

O Mandado de Injunção afasta a barreira que o princípio da separação dos poderes coloca entre o juiz e as fontes materiais do Direito. Na jurisdição legal, o

¹¹ Sobre as relações entre a segurança e a justiça, v. minhas *Instituições de Processo Penal*, 1º v., pp. 69 e ss.

juiz atua como um lógico abstrato; na jurisdição de equidade, ele funciona como psicólogo, sociólogo, economista, etc. Na primeira ele é fonógrafo que repete a voz da lei; na outra, é gravador que recolhe a voz dos fatos. E gravador que se adapta à temperatura ambiente.

O Mandado de Injunção é válvula que dá passagem ao oxigênio vivificador da realidade jurídica.

Note-se que a própria Constituição arvora, neste caso, a equidade em fonte formal do Direito. A decisão judiciária define, para o caso concreto, a norma regulamentadora que faltava na lei e que vagava na consciência coletiva. Ela é o remédio que torna viável o exercício e a proteção dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania popular. E, pela reiteração, contribuirá para a feitura de leis regulamentadoras amadurecidas e clareadas.

Tem, pois, o Mandado de Injunção múltipla função social: 1^a) possibilita a solução de casos concretos para cuja regulamentação não há norma de lei. Isso se dá todos os dias, especialmente em virtude das transformações que se vão operando no mundo social. Pense-se nas mudanças trazidas pelos novos meios de comunicação de massas, pela eletrônica, pelo computador, pela aviação. O próprio conceito de direito individual evoluiu do liberalismo, tipo século XVIII, para o socialismo de nossa época; 2^a) apressa a longa caminhada que o Direito teria que percorrer até chegar à formulação legislativa; 3^a) evita as soluções revolucionárias.

Poderá temer-se que o juiz se sinta esmagado diante da responsabilidade de decidir sem que haja uma norma reguladora da espécie que se lhe apresenta. Mas, em primeiro lugar, a lei não lhe permite denegar justiça apenas por essa carência de regras pertinentes. Em segundo lugar, a “graça do *status*” exerce sobre o juiz uma ação fortalecedora que o coloca acima das contingências humanas. Já no século passado observava Bluntschli que “cada função encerra um princípio moral, uma alma. Ela tem um espírito e esse espírito exerce influência sobre o funcionário, que se move na função como o indivíduo no corpo”. “As funções do juiz são de tal modo santas, tão admiravelmente consagradas à justiça que, freqüentemente, elas propiciam a coragem e a independência a um homem tímido. Sem dúvida, tal espírito não transforma a pessoa do funcionário, mas esse lhe sentirá sempre uma influência psicológica.”¹²

Razões do provimento

Para que o pedido de Injunção seja provido é necessário que o ato por ele atacado configure ilegalidade, excesso ou abuso de poder.

Constitui *ilegalidade* a inobservância de norma legal sobre a forma, o lugar ou o tempo do ato praticado;

O *excesso de poder* decorre da prática do ato fora dos casos admitidos, ordenados ou não proibidos em lei;

O abuso de poder consiste na prática de atos por motivos diversos dos que fundamentam a lei.

A ilegalidade é formal. O excesso e o abuso de poder são materiais: o primeiro é quantitativo; o segundo, qualitativo.

¹² *Théorie Générale de l'État*, 3^a ed., 1891, p. 16.

Naturalmente, a norma que deve ser levada em conta no caso de Mandado de Injunção não é a da lei regulamentadora, que não existe, mas a que o juiz formularia se fosse legislador.

Problemas relativos ao Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção suscita alguns *problemas*.

a) O problema da legitimidade

O Mandado de Injunção não é ação popular. Ao contrário dos *interdicta* do Direito Romano, que podiam ser pedidos por *quivis ex populo*, isto é, por qualquer pessoa do povo, o Mandado de Injunção deve ser requerido pelo titular do direito, da liberdade ou da prerrogativa protegidos pela Constituição. Nos termos do inc. XXI do art. 5º da Constituição da República, a parte legítima pode, entretanto, ser representada em juízo por entidade associativa a que seja filiada.

b) O problema do interesse

No Direito Romano, os *intedicta* eram concedidos *publicae utilitatis causa*, isto é, tendo em vista a utilidade pública.

No Direito brasileiro, o Mandado de Injunção é outorgado tendo em vista a utilidade, para cada pessoa, do direito, da liberdade, da prerrogativa concedidos pela Constituição.

c) O problema da possibilidade jurídica

O Mandado de Injunção só é cabível para defesa dos referidos direitos, liberdades constitucionais, e, bem assim, prerrogativas inerentes: à nacionalidade (art. 12); à soberania popular, conseqüentemente aos direitos políticos (art. 14); à cidadania (art. 1º, II e art. 22, XIII).

E apenas nos casos em que, em favor de qualquer deles, haja uma obrigação de fazer ou de não fazer.

d) O problema do rito procedimental

A ausência de lei reguladora do procedimento cria, à primeira vista, uma dificuldade. A meu ver removível à vista das seguintes ponderações:

I) O problema não é novo. Ele surgiu também quando a Constituição Federal de 1934 introduziu, entre nós, o Mandado de Segurança. Só dois anos depois foi promulgada a primeira lei que regulou o assunto: a Lei 191, de 16.1.36. Isso não impediu que os juízes e tribunais conhecessem dos pedidos de segurança e os julgassem. Aplicaram as normas do processo de *habeas corpus* que, inclusive, anteriormente, tinha sua área de aplicação alargada para proteger outros direitos que apenas o de ir e vir.

A dificuldade reapareceu, em São Paulo, quando ali foi promulgada a Constituição Estadual de 1967. Ela instituiu uma ação direta de contraste da constitucionalidade das leis municipais e, por muito tempo, não foi aplicada por falta de lei processual pertinente. Não obstante, o egrégio Tribunal de Justiça veio a conhecer da representação feita pela ilustre Procuradora-Geral do Estado, Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz, e a lhe dar provimento, amparado também por excelentes pareceres dos Profs. Ada Pellegrini Grinover, Celso Bastos, Dalmo Dallari e José Afonso da Silva (por ordem alfabética).

II) *Ubi jus, ibi remedium*. A falta de rito específico não deve impedir que sejam restaurados direitos feridos. Resta, pelo menos, o procedimento ordinário que serve

a todos os casos para os quais não há rito especial. Na pior das hipóteses, portanto, o procedimento comum será indicado.

III) Assim como, até o advento da Lei 191/36, se aplicou ao Mandado de Segurança o rito do *Habeas Corpus*, assim também poderia aplicar-se ao Mandado de Injunção o que a Lei 1.533/51 dispõe sobre o procedimento do Mandado de Segurança. Pondera o ilustre Prof. Galeno Lacerda que o conteúdo dos dois *writs* diverge. É certo. Mas, se não estou enganado, essa divergência diz respeito aos direitos protegidos; é de Direito substantivo, não de Direito Processual. Sob o aspecto judiciário, parece-me, salvo juízo melhor, que há perfeita analogia entre os mandados que só diferem porque num caso existe norma regulamentadora e no outro não. Ambos têm a mesma razão de ser: proteger contra a violação ou a ameaça de lesão. *E ubi eadem ratio, ibi idem jus*.

IV) A meu ver, o procedimento do Mandado de Injunção deve ser o mais singelo, aproximando-se do administrativo, respeitados os direitos constitucionais das partes e de eventuais terceiros.

A diferença entre o Mandado de Injunção (Constituição da República, art. 5º, LXXI) e a Ação de Inconstitucionalidade por omissão (idem, art. 103 e seus parágrafos)

O Mandado de Injunção visa *imediatamente* à proteção de direito, de liberdade ou de prerrogativa.

A Ação de Inconstitucionalidade por omissão tem por fim exclusivo o ato pelo qual é dada ciência ao Poder competente da carência de medida necessária para a efetivação de norma constitucional, a fim de que esse adote as providências adequadas.

Ademais, o pedido de Injunção pode ser feito pelo titular do direito ferido ou ameaçado, enquanto a Ação de Inconstitucionalidade por omissão é movida pelas pessoas ou pelos órgãos referidos no *caput* do art. 103 da Constituição da República (nº I a IX).

Mandado de Injunção e Execução das obrigações de fazer ou não fazer

O Mandado de Injunção é aparentado com a execução das obrigações de fazer ou não fazer. Mas com uma diferença: na hipótese da Injunção (brasileira), o objeto da prestação é ato ou omissão relativos a direito, liberdade ou prerrogativa constitucional cujo exercício seria inviável por falta de norma legal regulamentadora. Enquanto que, no caso da Execução de obrigações, o objeto da prestação é ato ou abstenção relativos a direitos privados.

O problema da competência

A competência para conhecer do pedido de Mandado de Injunção é definida pela Constituição da República (arts. 102, I, “q” e II, “a”; 105, I, “h”) *quando há prerrogativa de função*. E pelas leis ordinárias, especialmente as de organização judiciária, nos demais casos.

**Publicado originalmente na Revista nº 1 jan./jun. 1995, p. 54.*

ART. 127 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INADEQUADA INTERPRETAÇÃO?

HELOISA MARIA DALTRO LEITE*

I - INTRODUÇÃO

Conhecendo-se o hodierno atuar dos Ministérios Públicos Estaduais e realizando-se a leitura do art. 127 da Constituição Federal, ter-se-á impressão de que não se deu adequada interpretação à *mens legislatoris* apontada pelo Constituinte.

Quem laborou em Brasília no período da Constituinte pode testemunhar que o legislador pretendeu, sobre uma instituição tradicional, sólida e confiável, integrada por quadro qualificado, estabelecer nova criatura política, com finalidades consubstancialmente mais amplas e sociais, dotada de garantia administrativa e financeira, independente dos demais Poderes Estatais. Criou-se, assim, um novo Ministério Público.

A esta moderna e forte Instituição foram concedidas garantias que lhe autorizassem a independência. Ainda mais, a tradicional divisão tripartite dos Poderes Estatais outorga meios de realização a um deles, iniciativa a outro e controle ao terceiro, interligados por sistema de dependência. Entretanto, ao Ministério Público outorgou a Constituinte meios e ações para a realização de seu mister. Não o fez de forma gratuita. Exige, em contrapartida, resposta rápida, eficiente e eficaz na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Assim, mantida a tradicional função de autor da persecução penal na área criminal, viu-se o Ministério Público transformado, no cível, de mero emissor de pareceres fulcrados na legalidade e na imparcialidade a, também, defensor dos interesses sociais, especialmente no que diz respeito à defesa do idoso, da criança e do adolescente, da saúde, educação, patrimônio público, meio ambiente e consumidor.

Resultado externo deste processo de transformação é que, ainda que atuando de forma distante da ideal, tornou-se o Ministério Público, nos últimos anos, a instituição nacional de mais respeitabilidade, sobre a qual deposita o cidadão comum suas esperanças de ver, em futuro próximo, um Brasil ético.

Merece transcrição, por sua clareza e precisão, trecho de matéria de RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR, quando afirma:

“Entretanto, na esfera cível sua atuação assumira função e natureza completamente diversas. O resultado de sua atuação deixava de ser sentido apenas para as partes de um processo envolvendo interesses individuais, como em regra ocorria na maioria dos casos em que atuava como *custos legis* e passava a ser sentido diretamente pela sociedade. Por meio dos inúmeros inquéritos civis e ações civis públicas passava-se a questionar uma série de práticas de extrema relevância envolvendo grandes interesses econômicos de grupos

* Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

privados e também do próprio Estado. A atuação ministerial passava a afetar diretamente uma série de políticas públicas e direitos sociais. A repercussão disto foi sendo sentida de maneira crescente, sendo certo que notícias sobre a ação do Ministério Público que eram bastante raras 10 anos atrás passaram a ser rotineiras nos principais meios de comunicação social.” (*Ministério Público II, Ministério Público Brasileiro: Um Novo Ator Político*, p.102).

Internamente, todavia, não buscaram os integrantes do *Parquet*, no mesmo ritmo que atuou a sociedade, avaliar e adequar seu desenho institucional às novas atribuições, existindo, de toda a sorte, preocupação de alguns colegas quanto à necessidade de discussão, que não seja rápida a ponto de tornar-se pouco profunda, nem tão longa que se torne impeditiva das adequações necessárias.

Visando contribuir para o aprofundamento de tais discussões é que se elabora este trabalho. Desde já afirmo necessário que isto se faça através de democráticos debates, especialmente em nossa Instituição, cuja característica fundamental é a liberdade de opinião.

II – URGÊNCIA DA REVISÃO INSTITUCIONAL

Três fatores devem ser considerados quando se pensa sobre a necessidade de adequação do Ministério Público aos novos tempos:

1. O rol de atribuições funcionais aumentou consideravelmente após a edição da Carta Magna;
2. A Lei de Responsabilidade Fiscal deixou pouco espaço para aumento de cargos na carreira, estando a Administração Superior limitada por dotação orçamentária;
3. A inconveniência da fixação da atuação do Ministério Público pelo Judiciário.

Às atribuições tradicionalmente outorgadas ao Ministério Público foram acrescidas a de agente na defesa dos interesses sociais. Não obstante tal função não tenha retirado a importância da persecução penal ou da proteção do interesse público primário, do interesse individual indisponível ou dos incapazes, tornou-se, sem dúvida, de grande importância para o *Parquet*, especialmente em razão das conquistas sociais dela decorrentes. Em nossa mais recente atribuição, agimos sempre como transformadores sociais, daí a importância que se nos afigura tal desempenho.

Por outro lado, está o Procurador-Geral de Justiça, administrador que é, impedido de encaminhar proposta legislativa para criação de cargos de Promotor de Justiça na proporção do acréscimo de demanda funcional em razão da limitação orçamentária.

Some-se a este fato a popularização da Justiça (especialmente com os Juizados Especiais) e o aumento populacional, o que representa substancial acréscimo de processos judiciais. As estatísticas dos Tribunais de Justiça têm demonstrado essa realidade.

Se nada fizermos, em breve prazo, faltará ao Ministério Público quadro funcional para atuar em áreas essenciais, na esfera constitucional, trazendo grave prejuízo ao princípio geral da utilidade de toda instituição pública, quiçá tornando-nos obsoletos e desacreditados pela sociedade.

Importante frisar que, ainda que tal limitação não se desse em razão de norma legal, o agigantamento da Instituição acabaria por torná-la onerosa, importando, a médio prazo, na redução de salários de seus membros. Tal redução repercute não somente na situação financeira dos Promotores de Justiça mas, principalmente, no padrão intelectual dos membros da Instituição.

Hoje, verificamos em todos os Estados da Federação que os concursos para o ingresso no Ministério Público conseguem arregimentar o que de melhor intelectualmente as universidades têm colocado anualmente no mercado. Integram-se à Instituição jovens probos, preparados intelectualmente, orgulhosos de alcançarem tal cargo, mas também tranqüilos porque poderão estabilizar-se profissionalmente na segurança de adequada remuneração. Se assim não fosse, certamente a “nata universitária” buscaria sua colocação profissional no mercado de trabalho privado, nos grandes escritórios de advocacia, nas multinacionais, restando ao Ministério Público aqueles que não almejam alcançar tal conquista. Cabe a nós, atuais integrantes do *Parquet*, impedir que tal ocorra.

Por fim, quanto ao controle do Poder Judiciário, o que se tem verificado na prática é que a demora do Ministério Público em estabelecer o desenho de suas novas funções institucionais nos limites constitucionais vigentes tem permitido ao Poder Judiciário fixá-lo, em verdadeira violação ao atuar do *Parquet*.

No exercício da Coordenação das Promotorias Cíveis do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, tive a oportunidade de ter ciência de decisões de Tribunais Superiores que negavam seguimento a recursos por entender não haver legitimação do *Parquet* para sua interposição, não obstante em primeiro grau tivesse atuado o Promotor de Justiça (Apel. Cível 127492 - 6ª. Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região, Juiz Relator **Sérgio Schwaitzer**). Ora, admitir-se que o Judiciário pode determinar o interesse do Ministério Público em atuar é tornar este último prisioneiro da interpretação de terceiros quanto ao seu próprio mister. Mais, na hipótese relatada, declaração da ausência de legitimidade em grau de recurso, é fazer do Promotor de Justiça mero parecerista em 1º grau, é admitir a ocorrência de *capitis diminutio* da função institucional.

III - PROCESSO DE REVISÃO DA ATUAÇÃO FUNCIONAL NO BRASIL

Na esteira de discussões personalizadas e dispersas ocorridas em alguns Estados, visando traçar políticas e planos de atuação uniforme ou integrado, respeitadas as peculiaridades locais, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça do Brasil, no segundo semestre de 2001, formou Comissão Especial destinada a estudar e oferecer sugestões para a racionalização da intervenção do Ministério Público no Processo Civil, tendo havido reuniões nos meses de julho, setembro e dezembro de 2001.

Mister esclarecer que dos debates travados em todo o Brasil, três correntes se afiguram:

- 1 – Mantemos integralmente a intervenção, somando-se à tradicionalmente desempenhada a recentemente atribuída pela Constituição Federal;
- 2 – Iniciamos processo de mudança legislativa, pontual, de forma que sejam adequadas as normas infraconstitucionais à nova ordem;
- 3 – Ajustamos o conceito de intervenção do Ministério Público à nova ordem constitucional, entendendo não recepcionados pela Constituição Federal de 1988 os dispositivos infraconstitucionais que prevejam a intervenção do Ministério Público em causas incompatíveis com a finalidade da Instituição.

IV – PROCESSO DE REVISÃO DA ATUAÇÃO FUNCIONAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Como já afirmado acima, o processo de debates sobre a nova atuação funcional no nível deve ocorrer não tão depressa que não se permita o estudo profundo de cada hipótese, nem tão longo que torne intempestivas as adequações necessárias.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, desde o início de 2001, vem estabelecendo discussões a respeito do assunto, através de reuniões ocorridas nos Centros Regionais e em Encontro de Trabalho dos Procuradores de Justiça, promovidos pelos respectivos Centros de Apoio Operacional, fulcrados em orientação do próprio Procurador-Geral de Justiça, que em sensível e realista percepção, verificou a necessidade de serem iniciados os debates no Estado.

No primeiro grau, verificou-se largo apoio à nova visão institucional, especialmente em razão de estarem inúmeros colegas em Comarcas com poucos Órgãos de Execução, o que importa em enfrentar o Promotor de Justiça a nova realidade de um Ministério Público Agente, com atribuições distintas na defesa dos interesses sociais, necessitando ver estabelecidas as prioridades na sua atuação.

No segundo grau, de maneira oposta, viu-se clara oposição ao estabelecimento de prioridades, com robusto receio quanto à perda dos espaços preteritamente conquistados e entendimento majoritário quanto à desnecessidade de racionalização.

De qualquer modo, necessário que seja iniciado o processo de revisão, sob pena de, em determinado momento histórico, perceber o Ministério Público que não mais corresponde aos anseios sociais, que não mais consegue desincumbir-se de suas finalidades constitucionais.

É fato que, hoje, praticamente detemos o monopólio das ações civis públicas, especialmente na área ambiental e da criança e do adolescente. Mas até quando tal situação prevalecerá?

A globalização – processo que tem permitido uma sociedade cada vez mais politizada e consciente de seus direitos – e a privatização – hoje já verificamos a privatização da saúde, através dos planos de saúde; da segurança, através das empresas de segurança particulares; da justiça, através dos tribunais arbitrais – poderão nos tocar em breve.

Se não correspondermos aos anseios da sociedade quanto ao desempenho da função constitucional que nos foi outorgada, se mantivermos nossa atuação burocrática limitada à intervenção nesta ou naquela ação cível segundo a dicção da lei, e não porque foram analisados em cada caso se incidem os pressupostos constitucionais da atuação do *Parquet*, acabaremos por ser rejeitados, substituídos por nova instituição.

Queimaremos nossa força e poder intelectual onde não precisamos fazê-lo.

A solução que se afigura é simples, embora justificadamente dolorosa para alguns tradicionais integrantes do Ministério Público.

V – PREMENTE NECESSIDADE DE RACIONALIZAÇÃO

A manutenção da intervenção da forma como hoje se afigura já foi rejeitada pelas razões expostas no item II *supra*, não merecendo maiores comentários. Sem a racionalização, é provável que Promotores e Procuradores de Justiça sejam sufocados pela dispersão de sua energia em matérias que já não são prioritárias.

Quanto à sugestão da alteração legislativa adotada pela segunda corrente, sabemos, como integrantes do Ministério Público, operadores do direito que somos, que os processos de reforma no Legislativo brasileiro se dão em passos lentos e complexos. Para tanto, basta que se mencione o Projeto do Novo Código Civil, recentemente aprovado em ambas as Casas Legislativas que transitou pelo Congresso por mais de duas décadas. Ora, *data venia*, a sugestão soa como desejo de manutenção do *status quo*. Não se pode esperar tanto tempo para mudança que se faz premente, imperiosa e inevitável.

Assim, com todo o respeito que merecem ilustres colegas subscritores das teses anteriores, a atuação ministerial deve ocorrer pela ótica do art. 82 do Código de Processo Civil, mas de acordo com o modelo de Ministério Público previsto no art. 127 da Constituição Federal, que estabelece como prioritária sua função ativa e não opinativa.

Esta, aliás, a palavra-chave da racionalização – **prioridade**.

Há, nos estudos relativos à Administração Pública, princípio geral que impõe o estabelecimento de metas, de planos de ação, de objetivos determinados para o sucesso da gestão. Embora, *prima facie*, possa parecer inadequada sua utilização pelo Ministério Público, diante de suas peculiaridades, importante frisar que a este princípio devem estar afetos os Órgãos da Administração Superior.

O objetivo deverá ser simplificar a atuação dos órgãos de execução em feitos relativos a interesses individuais, ainda que haja expressa previsão legal anterior à norma constitucional.

É necessário exigir do Promotor de Justiça posicionamento funcional mais crítico, devendo avaliar, em cada feito a ele submetido, a existência dos fundamentos e das finalidades constitucionais de sua atuação. A intervenção do integrante do Ministério Público, nos termos do art. 129, IX da Lei Maior, somente deverá ocorrer nos feitos cuja discussão se fundamente nas hipóteses do art. 127 da Constituição Federal, devendo a lei anterior ser interpretada como norma derogada pelo solar comando constitucional.

VI – NECESSIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO

Necessário, ainda, frisar-se quanto à necessidade de uniformização da atuação funcional, para melhor desempenho das funções constitucionais.

No Estado do Rio de Janeiro, a solução quanto à racionalização vem sendo

adotada individualmente, por iniciativa de alguns integrantes do *Parquet* que, diante da acumulação de atividades extrajudiciais e da enorme gama de processos judiciais, vêm estabelecendo prioridades em seu atuar, no estrito limite das finalidades constitucionalmente previstas para o Ministério Público, amparados pelo, em nosso Estado, inatingível “princípio do Promotor Natural”, tudo visando ao melhor desempenho de seu *munus* funcional.

A estes pequenos e salutareos movimentos internos se deve a discussão nacional, mas não merecem os mesmos continuar a ser meras iniciativas individuais, sujeitos, inclusive, à inspeção permanente dos órgãos de segundo grau, os quais, eventualmente, discordando da interpretação do colega Promotor de Justiça, submete-o a procedimento junto à Corregedoria-Geral do Ministério Público.

Ideal seria estabelecerem-se as hipóteses de não atuação do *Parquet* de forma discriminada e fundamentada, fixando-se rol exemplificativo e não vinculativo (alimentos entre partes capazes, partilha entre partes capazes, ações de jurisdição voluntária...), mas orientador da intervenção do Promotor de Justiça como, aliás, ocorreu recentemente no Ministério Público de Minas Gerais, através da Recomendação nº 01/2001.

VII - DA LEGITIMIDADE PARA DEFINIR O INTERESSE PÚBLICO

A intervenção do Ministério Público nos processos em curso nas Varas de Fazenda Pública, ou seja, nas causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, sempre suscitou controvérsias, especialmente junto aos Tribunais Superiores, o que exclui a possibilidade de ver-se a hipótese incluída no rol mencionado no item VI *supra*.

Certo é que, mais recentemente, a Jurisprudência se tem firmado no sentido de afastar tal intervenção por reconhecer não incidente o interesse público que a justifique, especialmente porque a Fazenda Pública é suficiente e valorosa e competentemente patrocinada por seus próprios Procuradores e goza de - *soi disant* - privilégios como, por exemplo, os prazos especiais previstos no art. 188 do CPC e o duplo grau de jurisdição.

Tal entendimento é reforçado pela Súmula nº 189, altamente esclarecedora em sua singela concisão, *verbis*:

“É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais”.

O Superior Tribunal de Justiça tem confirmado, reiteradamente, o entendimento de ausência de interesse também em julgados que ultrapassam a competência da Fazenda Pública, tais como **desapropriação** (Recurso Especial nº 10042-AC, 2ª T., D.J. 09.03.92; Recurso Especial nº 99124-PR, 1ª T., D.J. 22.04.97; Recurso Especial nº 162457-ES, 2ª T., D.J. 01.02.99); **desapropriação indireta** (Recurso Especial nº 91854-MG, 1ª T., D.J. 02.09.96; Recurso Especial nº 167894-SP, 1ª T., D.J. 24.08.98); **despejo** (Recurso Especial nº 25700-SP, 6ª T., D.J. 21.09.92); **ação de cobrança** (Recurso Especial nº 20123-PR, 2ª T., D.J. 30.06.97, Recurso Especial nº 263443-PE, 5ª T., D.J. 06.11.00); **ação de reparação de danos** (Recurso Especial nº 64073-RS, 3ª T., D.J. 12.05.97; Recurso Especial nº 198514-ES, 1ª T., D.J. 29.11.99; Ag. 248240- SP,

1ª T., DJ. 22.09.99); **consignação em pagamento** (Recurso Especial nº 42124-PR, 2ª T., DJ. 09.10.95); **possessória** (Recurso Especial nº 28862-PR, 4ª T., DJ. 13.03.95) e **previdenciário** (Recurso Especial nº 166762-MG, 6ª T., DJ. 17.08.98).

O Supremo Tribunal Federal, quando ainda detinha competência para interpretação de direito infra-constitucional, através de julgamento cujo relator foi o Ministro **Rafael Mayer**, concluiu:

“...a jurisprudência desta Corte se orienta, com firmeza, no sentido de estabelecer que, face ao artigo 82, III, do Código de Processo Civil, não resulta obrigatória a intervenção do Ministério Público na causa em que seja parte pessoa jurídica de direito público, quando a essa participação não corresponde o interesse público inerente à matéria ou à qualificação pertinentes à atuação do órgão administrativo. É inexigível a vinda do Ministério Público ao processo, sem que se deva aplicar a grave sanção pelo seu não comparecimento, quando a lide versa interesse de ordem jurídico-patrimonial, equivalentes ao de um particular no plano das relações de direito privado.” (RE 91643-ES, LEX 19/221).

No mesmo sentido, relatou o Ministro **Djaci Falcão**, em recurso interposto em ação ordinária de indenização entre Prefeitura Municipal e empresa privada:

“...o fato de figurar na relação processual pessoa jurídica de direito público ou entidade da administração indireta não significa, por si só, a presença do interesse público, de modo a ensejar a obrigatória atuação do Ministério Público. O interesse público, aí, quer significar um interesse geral, ligado a valores de maior relevância, vinculados aos fins sociais e às exigências do bem comum que a vontade própria e atual da lei tem em vista. Na espécie há simples ação de indenização, a envolver apenas o interesse patrimonial do Município, sem repercussão relevante no interesse público, de modo a justificar a intervenção prevista no inciso III do artigo 82 da lei adjetiva civil.” (RE 90286, de 28.09.79).

Entendo que a intervenção do Ministério Público, nas hipóteses do art. 82, III do CPC, é obrigatória, no sentido de que o Magistrado deverá determinar necessária abertura de vista ao *Parquet*, oportunidade em que este sopesará, caso a caso, quanto à presença ou ausência do interesse público, no sentido que lhe quer imprimir a Carta Magna, a justificar, e assim embasar, sua intervenção meritória, na qualidade de *custos legis*.

Merece oportuna transcrição esclarecedor trecho da doutrina esposada por ANTONIO EDVING CACCURI, em *Ministério Público e as Causas de Interesse Público*, ao lecionar:

“Opera aqui a discricionariedade de avaliação por parte do próprio Ministério Público donde tal intervenção ter sido denominada discricionária. (...) MÁRIO VELLANI, na sua obra *Il pubblico ministero nel processo* afirma que “do caráter facultativo e discricionário dessa

modalidade de intervenção”, válidos entre nós, “fica subtraído ao juiz o controle (que normalmente lhe cabe nas várias espécies de intervenção) sobre a legitimação de intervir no processo – pois na hipótese contrária acabaria sendo feita pelo próprio Magistrado a valoração discricionária relativa à presença de um interesse público”. (*Revista de Processo II – Doutrina*, p. 124)

Da mesma forma, leciona MONIZ DE ARAGÃO:

“O juiz ou o tribunal não são senhores de fixar a conveniência ou a intensidade e profundidade da atuação do Ministério Público. Este é que a mede e a desenvolve. A não ser assim, transformar-se-ia o Ministério Público, de fiscal do juiz na aplicação da lei, em fiscalizado dele no que tange à sua própria intervenção fiscalizadora.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 1974, II/301)

Conclui-se, diante dos argumentos expostos que, integrando pessoa jurídica de direito público um dos pólos da relação processual, não caberá ao Magistrado decidir se o processo será ou não remetido ao Ministério Público. Deverá fazê-lo necessariamente, detendo o Promotor ou Procurador de Justiça legitimidade para fixar sua atribuição.

Fixada a atribuição pelo primeiro Órgão do Ministério Público que atuar no processo, assim como na fixação da competência pelo Juízo, deverão os demais integrantes da Instituição, manifestando-se após a fixação da competência, atender ao determinado na cota inicial, independente de seu posicionamento, avaliação ou entendimento naquele caso concreto.

O Promotor de Justiça, deste modo, ao assegurar a legitimidade para fixação da atribuição do Ministério Público, ficará adstrito unicamente à sua própria interpretação da lei, da doutrina e da jurisprudência, limitando-se a prestar contas à sua própria consciência, devendo, de todo o modo, fundamentar seu posicionamento de forma consistente.

VIII – CONCLUSÃO

Cabe aqui, por fim, uma ponderação à guisa de convite à reflexão: afinal, de que teriam valido tantas lutas, marchas e contramarchas para que o Ministério Público chegasse aonde chegou, atingindo o *status* constitucional que hoje ostenta, no patamar que lhe outorgou a sociedade em prol de si mesma, se se vai permanecer como órgão meramente ancilar, fâmulos de qualquer das formas de poder.

Esta deletéria condição, divorciada da índole e da natureza intrínseca da Instituição, configura-se manifestamente divorciada e não condigna de sua elevada missão, razão de ela ser e existir.

Não é este, por certo, o triste papel que o destino nos reservou.

Março 2002.

**Publicado originalmente na Revista nº 16 jul./dez. 2002, p. 71.*

DA NORMA ANTI-ELISÃO

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS*

O artigo 150, inciso I, da Constituição Federal versado está com a seguinte dicção:

“Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Exterioriza, portanto, garantia fundamental, que é cláusula pétrea, à luz do § 4º, inciso IV, do artigo 60, cujo discurso transcrevo:

“§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV – os direitos e garantias individuais.”¹

O princípio da legalidade, no próprio texto da lei suprema, já fora consagrado no mais relevante artigo da Constituição, que é aquele que garante os direitos individuais, função primacial do Estado de Direito assegurado.

* IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é Professor Emérito das Universidades Mackenzie, Paulista e Escola de Comando e Estado Maior do Exército, Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e do Centro de Extensão Universitária - CEU.

1 Comentei o § 4º, inciso IV, como se segue: “Em posição diversa, entendo que os direitos e garantias individuais são aqueles direitos fundamentais plasmados no texto constitucional –e apenas nele– afastando-se, de um lado, da implicitude dos direitos não expressos ou de veiculação infraconstitucional, assim como restringindo, por outro lado, aqueles direitos que são assim considerados pelo próprio texto e exclusivamente por ele.

Assim sendo, o artigo 150 faz expressa menção a direitos e garantias individuais, como tais conformados no capítulo do sistema tributário. Tal conformação, à evidência, oferta, por este prisma, a certeza de que está ela no elenco complementar do artigo 150 e, por outro, que é tido pelo constituinte como fundamental. Por tal perfil, apenas os direitos e garantias individuais expressamente expostos no artigo da Constituição seriam cláusulas pétreas.

O Supremo Tribunal Federal parece ter hospedado tal exegese no momento em que não acatou, como cláusula pétrea, o direito individual do contribuinte a estar assegurado por um sistema tributário inelástico, com a válvula de escape decorrente da competência residual da União, visto que não era expressa a cláusula. Na ocasião, a E.C. nº 3/93, entretanto, foi tisdada por aqueles que defendiam que os direitos individuais não seriam cláusulas pétreas, pois o S.T.F. acatou as cláusulas expressas.

Assegurou, pois, o Pretório Excelso, os contribuintes, ao reconhecer a prevalência do explícito princípio da anterioridade, ou seja, o direito de não ser tributado no mesmo exercício, apesar de a exigência ser decorrente de emenda constitucional. Não estendeu, todavia, esse reconhecimento ao princípio implícito de não ser incidido por nenhum outro tributo que não aquele da competência residual, por decorrente do princípio do “sistema fechado e inelástico”.

Tal sinalização do S.T.F., à nitidez, facilitou a conformação mais nítida dos limites da petrificação normativa no concernente aos direitos e garantias individuais.

Como se percebe, a Suprema Corte sinalizou os limites das garantias e direitos individuais, estabelecendo que a Constituição Federal, para cada direito, assegurou o exercício de uma tutela, isto é, há uma garantia para cada direito elencado na lei maior.

Desta forma, direitos e garantias individuais explícitos, no texto supremo, são imodificáveis por emenda” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 4º volume, Tomo I, Ed. Saraiva, 1999, pp. 414/416).

O artigo 5º, inciso II, está assim redigido:

“Art. 5º ...

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Teoricamente, não haveria, portanto, necessidade de o constituinte reproduzir o mesmo dispositivo no capítulo do sistema tributário, se não objetivasse dar conteúdo mais denso ao princípio. Como a Constituição não contém palavras inúteis nem repetições desnecessárias, o princípio da legalidade lata e flexível, a que se refere o artigo 5º, inciso II, é compactado em princípio de legalidade absoluta e inflexível no artigo 150, inciso I, que exterioriza, inclusive, conseqüências tipológicas também inextensíveis e reserva inelástica da lei impositiva.

Em outras palavras, o artigo 150, inciso I, torna constitucionais os princípios da estrita legalidade, da tipicidade fechada e da reserva absoluta da lei formal no direito tributário brasileiro.²

Por ser a norma tributária uma norma de rejeição social, em que a sanção é norma primária, como sinalizou Kelsen – sem ela ninguém cumpriria a obrigação tributária, visto que, em todos os espaços geográficos e períodos históricos, o tributo é destinado não apenas a fazer do Estado um prestador de serviços públicos, mas um mantenedor de privilégios e benefícios exclusivamente a favor dos detentores do poder – é que, sabidamente, o constituinte, ao mesmo tempo em que assegurou ao Estado os recursos que se auto-outorga, garantiu ao contribuinte, que, sem lei, não há possibilidade de exigência tributária.³

2 MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO assim comenta o artigo 150, inciso I: “Este é um princípio fundamental para a segurança do patrimônio particular. Por força dele, apenas a lei, que traduz a vontade geral, pode impor tributo, ou aumentar tributo, sobre o patrimônio particular.

Este princípio é dos que consagrou a Magna Carta, em 1215. Com efeito, deflui deste documento a exigência do prévio consentimento dos contribuintes, por seus representantes, para a instituição de todo e qualquer tributo. Assim, durante séculos, a principal função do Parlamento inglês foi a de consentir (ou não) nos tributos reclamados pelo monarca. E foi negociado a propósito desse consentimento, pedindo contas do dispêndio de tributos anteriormente consentidos, discutindo o emprego do tributo a ser instituído, que essa Assembléia foi pouco a pouco alargando a sua esfera de competência (v. meu *Curso de Direito Constitucional*, 19ª ed., SP, Ed. Saraiva, 1992, p. 244). Em razão dessa tradição, sustentei, a respeito da Constituição anterior, que somente lei formal poderia instituir ou aumentar tributo. A jurisprudência e a maior parte da doutrina, todavia, inclinaram-se pela tese de que todo ato com força de lei poderia instituir ou aumentar tributo. Esta parece ser a solução a ser seguida em face desta Constituição, como aponta Ives Gandra Martins (*Comentários*, cit., v.6, t.1, p. 145 e ss)” (*Comentários à Constituição de 1988*, volume 3, ed. Saraiva, 1994, pp. 99/100).

3 Escrevi sobre a norma de rejeição social: “KELSEN e COSSIO travaram, no passado, intenso debate para definir se as normas sancionatórias seriam primárias ou secundárias, entendendo aquele que seriam necessariamente primárias, por assecutorias daquelas de comportamento, e este que seriam secundárias, posto que a lei é feita para ser cumprida e não pode ser estudada a partir de sua patologia jurídica.

No concernente à divisão em normas de aceitação social e de rejeição social, o dilema se compõe na medida em que as normas de aceitação social têm nas sanções instrumental repressivo de rara aplicação, posto que as normas de comportamento seriam cumpridas mesmo que não houvesse penalidades.

As denominadas leis naturais – na moderna concepção de direito natural, que não se choca com o direito positivo, visto que há normas que o Estado apenas reconhece e outras que cria – são, quase sempre, normas de aceitação social. O respeito ao direito à vida é típica norma de comportamento, que seria cumprida pela maior parte de qualquer população, mesmo que sanção não houvesse. Para tais normas compreende-se que as normas sancionatórias sejam secundárias, visto que o brilho das normas primárias ou de

A própria reiteração que consta do texto supremo, de que a “exigência” e a “elevação” de tributos só podem decorrer de lei, teve a inequívoca intenção de afastar qualquer veleidade do poder impositivo, muito embora toda a “elevação” represente uma nova exigência, o que permitiria interpretar que esta hipótese já estaria implícita no vocábulo “exigir”.

Sobre esta inelasticidade do princípio para a exigência de tributos, escrevi:

“Com efeito, em direito tributário, só é possível estudar o princípio da legalidade, através da compreensão de que a reserva da lei formal é insuficiente para a sua caracterização. O princípio da reserva da lei formal permitiria uma certa discricionariedade, impossível de admitir-se, seja no direito penal, seja no direito tributário.

Como bem acentua SAINZ DE BUJANDA (*Hacienda y derecho*, Madrid, 1963, vol. 3, p. 166), a reserva da lei no direito tributário não pode ser apenas formal, mas deve ser absoluta, devendo a lei conter não só o fundamento, as bases do comportamento, a administração, mas – e principalmente – o próprio critério da decisão no caso concreto.

À exigência da “*lex scripta*”, peculiar à reserva formal da lei, acresce-se da “*lex stricta*”, própria da reserva absoluta. É ALBERTO XAVIER quem esclarece a proibição da discricionariedade e da analogia, ao dizer (ob. cit., p.39): E daí que as normas que instituem sejam verdadeiras normas de decisão material (*Sachentscheidungsnormen*), na terminologia de WERNER FLUME, porque, ao contrário do que sucede nas normas de ação (*handlungsnormen*), não se limitam a autorizar o órgão de aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando o conteúdo de seu comportamento.

YONNE DOLÁCIO DE OLIVEIRA, em obra por nós coordenada (*Legislação tributária, tipo legal tributário*, in *Comentários ao CTN*, Bushatsky, 1974, v. 2, p. 138), alude ao princípio da estrita legalidade para albergar a reserva absoluta da lei, no que encontra respaldo nas obras de HAMILTON DIAS DE SOUZA (*Direito Tributário*, Bushatsky, 1973, v. 2) e GERD W. ROTHMANN (*O princípio da legalidade tributária*, in *Direito*

comportamento por si só assegura a força de sua aplicação e aceitação pela comunidade. Desta forma, quanto às normas de aceitação social, COSSIO tem razão, sendo a norma sancionatória mero apêndice de aplicação restrita aos desajustados sociais.

O mesmo não acontece quanto às normas de rejeição social. Nestas, prevalece a necessidade da norma sancionatória, única capaz de fazer cumprida a norma de rejeição social.

O tributo, como o quer PAULO DE BARROS CARVALHO, é uma norma. É uma norma de rejeição social. Vale dizer, sem sanção não seria provavelmente cumprida. A sanção é que assegura ao Estado a certeza de que o tributo será recolhido, visto que a carga desmedida que implica traz, como consequência, o desejo popular de descumpri-la.

Tanto assim é que um contribuinte, que seria incapaz de matar alguém, mesmo que não houvesse norma sancionatória, muitas vezes, é tentado a não pagar tributos, só o fazendo em face do receio de que a norma sancionatória lhe seja aplicável.

É que todos os contribuintes sabem que pagam mais do que deveriam pagar para atender às necessidades menores dos detentores do poder.

Assim sendo, no que diz respeito às normas de rejeição social, parece-me que a teoria kelseniana tem maior propriedade, visto que a norma sancionatória é, evidentemente, a assecuratória de norma tributária” (*Sistema Tributário na Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, 1998, pp. 11/12).

Tributário, 5ª Coletânea, coordenada por Ruy Barbosa Nogueira, Bushatsky, 1973, p. 154). O certo é que o princípio da legalidade, através da reserva absoluta de lei, em direito tributário, permite a segurança jurídica necessária, sempre que seu corolário consequente seja o princípio da tipicidade, que determina a fixação da medida da obrigação tributária e os fatores dessa medida a saber: a quantificação exata da alíquota, da base de cálculo ou da penalidade.

É evidente, para concluir, que a decorrência lógica da aplicação do princípio da tipicidade é que, pelo princípio da seleção, a norma tributária elege o tipo de tributo ou da penalidade; pelo princípio do “*numerus clausus*” veda a utilização da analogia; pelo princípio do exclusivismo torna aquela situação fática distinta de qualquer outra, por mais próxima que seja: e finalmente, pelo princípio da determinação conceitual de forma precisa e objetiva o fato impositivo, com proibição absoluta às normas elásticas (Res. Trib., 154:779-82, Sec. 2.1, 1980).⁴

O artigo 116, portanto, vem ferir frontalmente o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, que é cláusula pétrea. No passado, tentativa semelhante foi envidada pelo art. 51 da Lei 7.450/85 contra o princípio da estrita legalidade sem encontrar amparo na jurisprudência e na doutrina, à luz do mesmo raciocínio aqui exposto, de inextensibilidade do princípio da legalidade em matéria tributária, também consagrada na carta anterior.⁵

4 *Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, 1982, pp. 57/58.

5 Escrevi sobre o artigo 51, com a seguinte dicção: “Art. 51 – Ficam compreendidos na incidência do Imposto de Renda todos os ganhos e rendimentos de capital, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio, que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência do Imposto de Renda”, o que se segue: “Entendo seja um artigo inútil, sobre ter sido redigido com técnica legislativa canhesta e cientificamente imprópria.

O artigo 51 da Lei 7.450/85, de início, apresenta hipótese geral a depender de regulação, que, por ser de direito tributário, só poderia ser feita por outra lei.

Vale dizer, o artigo 51 declara que genéricas hipóteses impositivas poderão ser criadas no campo do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, visto que não determina alíquotas, nem cuida do aspecto pessoal da obrigação tributária. À evidência, não sugere delegações de atribuições, de resto proibidas pelo § único do artigo 6º da EC nº 1/69, com o seguinte discurso: “§ único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”.

Entre as exceções tributárias constantes da Carta Magna, encontram-se os impostos sobre importação, exportação e produtos industrializados, além das contribuições especiais.

O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza não está excepcionado entre as hipóteses de delegação constitucional.

Se o artigo 51, veiculando princípio genérico, depende de legislação específica para ganhar eficácia, à nitidez, é um artigo programático. Os dispositivos programáticos, todavia, podem ser plasmados no texto constitucional ou, no máximo, enquanto meramente explicativos do texto supremo, na lei complementar. Jamais, na lei ordinária.

Se uma lei ordinária programática depende de outra lei ordinária para ganhar vida, é como se nunca tivesse existido, visto que a força da aplicação de seu programa decorreria da segunda lei que lhe deu eficácia e não da força de sua exteriorização. Ora, por serem veículos do mesmo nível, à evidência, a segunda lei poderia nascer independentemente da primeira, cuja eficácia é, portanto, nula.

Se o artigo 51 pretende, pois, ser apenas princípio programático, sua inocuidade é inequívoca, posto que não cria nada de impositivo, nem no concernente ao direito privado, que continuaria obrigando nos limites de suas forças, sendo despidendo o novo comando, nem no direito futuro, que para surgir precisaria de novo comando.

Com efeito, o referido dispositivo, assim redigido

“Art. 116 ...

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”,

despoja o Congresso Nacional do poder de produzir a lei tributária e transforma o agente fiscal em verdadeiro legislador, para cada caso aplicando, não a lei parlamentar, mas aquela que escolher. Afeta, o artigo 116, uma outra cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, inciso II), que é a separação dos poderes, pois autoriza o representante do Fisco a deixar de aplicar a lei ao fato a que se destina e a escolher, no arsenal de dispositivos legais, aquele que resulte mais oneroso, a partir de presunção de que o contribuinte pretendeu utilizar-se da “lei” para pagar menos tributos. Como, pelo novo artigo 116, não é a lei que deverá ser aplicada à hipótese impositiva, mas sim a intenção do agente de obter mais tributos, qualquer lei, apesar de rigorosamente seguida pelo contribuinte, poderá ser desconsiderada para dar lugar à aplicação

Se, todavia, não se admitir o artigo 51 como inútil princípio programático ordinário, mas como comando impositivo ordinário, esbarrar-se-á nos princípios da tipicidade fechada, estrita legalidade e reserva absoluta de lei formal, na medida em que a sua excessiva generalização tornaria inútil toda a legislação existente, visto que à todas as hipóteses legais definidas em seus variados aspectos (temporal, material, espacial e pessoal) acrescentar-se-ia uma hipótese genérica, abrangendo todas as reguladas e aquelas não reguladas e mesmo possíveis hipóteses desconhecidas à época de sua elaboração.

Por abranger todas as hipóteses, ou o comando normativo se tornaria inútil ou tornaria inúteis os demais. Ocorre, todavia, que falta à hipótese do artigo 51 os elementos quantitativo e qualitativo da imposição, razão pela qual, mesmo que se pretendesse aplicá-lo, a insuficiência do perfil conformado o tornaria inviável.

Se não é, portanto, comando auto-aplicável e se o sistema jurídico tributário não comporta delegação de atribuições para o imposto sobre a renda, não podendo haver princípios programáticos em legislação ordinária, à nitidez, evidência é um artigo inútil.

Sobre ser inútil, é mal redigido.

Confunde, de início, rendimentos e ganhos de capital, visto que não diferencia aquilo que é renda do capital, sem perda deste, daquilo que vem a ser renda da transferência do capital, em que a doutrina reconhece o denominado ganho. A insegurança do legislador é de tal ordem que faz menção, para subsumi-los à norma, “a qualquer que seja sua denominação”.

No ganho de capital, o benefício decorre da existência de lucro na alienação do próprio capital.

No rendimento do capital, o capital é preservado e gera benefício por seu aproveitamento. É a doutrina do “*Fruit and Tree*”, em que a venda do fruto é rendimento do capital e da árvore com lucro, ganho de capital. O dispositivo, na sua insuficiência jurídica, confunde ambos, tornando-os amalgamados em discurso pobre e canhestro.

Na seqüência, o dispositivo abre leque de possível imposição tão largo, que seria caso de perguntar se seu campo de abrangência ficaria restrito aos limites do disposto no artigo 43 do CTN ou se estaria criando outras formas de tributação, além daquelas expostas no direito complementar.

Por fim, o artigo 51 sugere imposição penal, cuja legalidade alicerça-se em terreno movediço, visto que a teoria da “tributação penal”, sugerida no direito pátrio por FÁBIO FANUCCHI continua a receber forte oposição, em face do artigo 3º do CTN, muito embora o artigo 113 nivele a penalidade ao tributo, ao esculpir a figura da obrigação tributária.

Considero, pois, o artigo 51 sem sentido e sem alcance no ordenamento jurídico sobre o imposto concernente à renda e aos proventos de qualquer natureza. Por uma interpretação estritamente jurídica, é inútil e inócuo. Não é veiculado, por outro lado, em linguagem técnica, nem alberga concepções científicas das figuras de que trata, com o que à inocuidade anterior, acrescente-se a péssima veiculação vernacular.

Respondo, pois, considerando-o inútil, mas se fosse de imediata aplicação, seria de notória inconstitucionalidade, por violar os princípios constitucionais explícitos da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta de lei formal” (Caderno de Pesquisas Tributárias nº 13, Co-edição CEU/Resenha Tributária, 1988, pp. 138/145).

daquela que representar a maior incidência. A figura da “elisão fiscal”, diversa da “evasão” –aquela objetivando a economia legal de tributos e esta a ilegal– deixa de existir no direito brasileiro.⁶

Pela nova norma, nenhum contribuinte terá qualquer garantia, em qualquer operação que fizer, pois, mesmo que siga rigorosamente a lei, sempre poderá o agente fiscal, à luz do despótico dispositivo, entender que aquela lei não vale e que o contribuinte pretendeu valer-se de uma “brecha legal” para pagar menos tributo, razão pela qual, mais do que a lei, a sua opinião prevalecerá. Se não vier a ser suspensa a eficácia dessa norma pelo S.T.F., em eventual exercício de controle concentrado, o direito tributário brasileiro não mais se regerá pelo princípio da legalidade, mas pelo princípio do “palpite fiscal”.

Em duas oportunidades, coordenei Simpósios Nacionais abertos pelo eminente Ministro **José Carlos Moreira Alves** (VI – o princípio da legalidade e XIII – elisão e evasão fiscal), em que a esmagadora maioria dos participantes (magistrados, membros do Ministério Público, agentes fiscais, professores universitários e advogados) afastou a possibilidade de norma anti-elisão, em face da necessidade de se respeitar, rigorosamente, a estrita legalidade, própria do direito tributário.⁷

Transcrevo as conclusões do plenário do segundo evento:

“ 1ª PERGUNTA: Qual a diferença entre elisão e evasão fiscal e quais limites legais que separam as duas figuras?

PLENÁRIO: Elidir é evitar, reduzir o montante ou retardar o pagamento de tributo, por atos ou omissões lícitos do sujeito passivo, anteriores à ocorrência do fato gerador.

Evadir é evitar o pagamento de tributo devido, reduzir-lhe o montante ou postergar o momento em que se torne exigível por atos ou omissões do sujeito passivo posteriores à ocorrência do fato gerador.

Aprovado por maioria.

⁶ GILBERTO DE ULHÓA CANTO escreve sobre a fracassada tentativa anterior: “6.13. Portanto, o que se tem, no caso do art. 51 da Lei nº 7.450/85, é uma norma insuscetível de criar nova hipótese de incidência, pois, como já se viu, ela não define fato gerador, base de cálculo, sequer alíquota ou sujeito passivo, limitando-se a reportar-se, integralmente, não a outro(s) dispositivo(s) que tivesse(m) enunciado tais conceitos, mas sim às finalidades tidas em vista pelos agentes na prática de outros atos ou negócios, sem descrevê-los ou sequer identificá-los. Ora, como “A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação” (art. 4º do CTN), sem que este seja definido não se pode identificar tributo algum. Se a remissão tivesse sido feita mediante referência a uma hipótese concretamente caracterizada em todos os elementos indispensáveis ao surgimento da obrigação tributária, teríamos uma definição satisfatória e bastante, como se viu nos itens precedentes deste estudo” (*Caderno de Pesquisas Tributárias* nº 13, ob. cit., p. 106).

⁷ Os Cadernos de Pesquisas Tributárias nº 6 e 13 dedicados aos temas “Princípio da Legalidade” e “Elisão e Evasão Fiscal” foram escritos por: “AIRES FERNANDINO BARRETO, ANNA EMÍLIA CORDELLI ALVES, ANGELA MARIA DA MOTTA PACHECO, ANTONIO JOSÉ DA COSTA, AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO, CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA, CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, CECÍLIA MARIA PIEDRA MARCONDES, CÉLIO DE FREITAS BATALHA, DEJALMA DE CAMPOS, DIRCEU ANTONIO PASTORELLO, EDDA GONÇALVES MAFFEI, EDVALDO BRITO, FÁBIO DE SOUSA COUTINHO, GERD ROTHMANN, GILBERTO DE ULHÓA CANTO, HUGO DE BRITO MACHADO, IVES GANDRADA SILVA MARTINS, JOÃO CAIO GOULART PENTEADO, JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELLO, PIERO VILLANI, PLÍNIO JOSÉ MARAFON, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA, VITTORIO CASSONE, WAGNER BALERA, WALDIR SILVEIRA MELLO, YLVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARÃES, YONNE DOLÁCIO DE OLIVEIRA E YOSHIKI ICHIHARA.”

...

2ª PERGUNTA: A denominada interpretação econômica foi acolhida pelo direito tributário brasileiro?

PLENÁRIO: Assim denominada interpretação econômica não é acolhida pelo direito tributário brasileiro em razão do princípio da tipicidade, corolário do princípio da reserva absoluta de lei.

Aprovado.

...

3ª PERGUNTA: A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica é contemplada pela legislação e jurisprudência tributárias?

PLENÁRIO: Não existe, na legislação tributária brasileira, dispositivo expresso algum que preveja a aplicação genérica da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.

Embora algumas decisões em matéria tributária façam referência à doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, a jurisprudência não é conclusiva quanto à sua aplicabilidade neste campo.

Entende-se impossível a adoção da doutrina pela jurisprudência sem expressa autorização legal específica.

Aprovado por maioria.

...

4ª PERGUNTA: Qual o sentido e o alcance do art. 51 da Lei n. 7450/85?

PLENÁRIO: O artigo 51 da Lei n. 7450/85 veicula norma que prevê tributação por equivalência de resultados econômicos e, portanto, com elevado grau de indeterminação, o que afronta o princípio da tipicidade. Aprovado por maioria.”⁸

Em outras palavras, até hoje, o Fisco teve o poder de deflagrar a produção legislativa e — desde que a lei não fosse confiscatória e respeitasse o princípio da capacidade contributiva— pôde usar da espada da imposição, cabendo ao contribuinte, exclusivamente, lastrear sua defesa no escudo do cumprimento da lei. Dentro da lei, tudo pode o Fisco; fora, nada.

A norma anti-elisão objetiva permitir que o Fisco imponha tributos e penas “fora da lei”, desconsiderando a lei aplicável, escolhendo o instrumento que lhe permita arrecadar mais, dando por configurada a hipótese de operação mais onerosa, mesmo que a menos onerosa tenha sido utilizada, dentro da lei, pelo contribuinte.

Pretende, como disse S.Exa., o Secretário da Receita, fechar as “brechas legais”, não da maneira legítima, através do Congresso, com projetos de lei, mas através da ação da fiscalização. Ora, as “brechas” ou são legais, e não há o que contestar, ou são ilegais, e, portanto, sempre houve tratamento legislativo para coibir o seu aproveitamento.⁹

⁸ *Caderno de Pesquisas Tributárias* n° 14, Cod-edição CEU/Resenha Tributária, 1989, pp. 491/493.

⁹ JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELLO: “O artigo 51 da Lei n. 7450/85 contém elementos vagos e indeterminados, objetivando ampla incidência do imposto sobre a renda concernente a variados tipos de ganhos e rendimentos, transparecendo a preponderância da finalidade econômica.

É lamentável que o CTN, obra elaborada pelos mais eminentes tributaristas do país da época, tenha sido desfigurado por texto resultante de pressões do Ministério da Fazenda, em que a eliminação dos direitos do contribuinte, o alijamento da ação do Poder Judiciário (quebra do sigilo bancário sem autorização judicial) e do Poder Legislativo (norma anti-elisão, definida, não pelo Congresso, mas pelo agente fiscal) foram as tônicas dominantes, objetivando a instalação definitiva de uma ditadura fiscal no país.

SP, 07/02/2001.

**Publicado originalmente na Revista nº 13 jan./jun. 2001, p. 175.*

Configura um tipo aberto, inaceitável no ordenamento jurídico plasmado no princípio da tipicidade fechada que confere segurança e certeza aos destinatários das normas impositivas" (*Caderno de Pesquisas Tributárias* n. 13, ob. cit., p. 522).

IDÉIA E REALIDADE DO ESTADO. O ELEMENTO HUMANO NA FORMAÇÃO DO ESTADO

JOÃO JOSÉ DE QUEIROZ*

1. Nas ciências do Estado, como já observara JELLINEK, o *têrmo* e o *conceito* exercem sensível influência recíproca. Assim é que a idéia do que seja, na realidade, o agrupamento político supremo tem sofrido distorções de natureza marcadamente verbal. Daí o ligarem-se, estreitamente, a história das ciências do Estado e a evolução da respectiva terminologia. A minguagem de um vocabulário técnico próprio, universalmente aceito, constitui, pois, tarefa útil, no campo da Teoria do Estado, pesquisar-lhe a noção fundamental, através das mutações do conceito de Estado e da multiplicidade de têrmos pelos quais essa idéia se exprime. Aliás, será êsse o único meio de obviar a confusão babélica existente, causa principal da pouco satisfatória situação de que fala KELSEN, a respeito do estudo científico do Estado.

Da idéia de *polis*, Estado-cidade, único conceito que se concebia na Grécia, como base para a ciência do Estado, passou-se à noção de *civitas* e *res publica*, comunidade de cidadãos plenamente capazes, dos primeiros tempos de Roma. Com sua vigorosa expansão territorial, porém, o *Civis romanus* deixa de ser a encarnação do Estado. Assimilam-se a *res publica* e o *imperium* que, substituindo-se aos cidadãos, se torna o elemento dominante e característico no agrupamento político. No mundo germânico o têrmo *Reich*, como *regnum*, *regno*, *regne* ou *reino*, significa dominação, particularmente a pessoal, do príncipe. Já na Idade-Média o Estado também se designa por *land*, *terre*, *terra*, dada a importância decisiva dêsse elemento na evolução do poder político. Como, no limiar dos Tempos Modernos, aos múltiplos Estados italianos não convêm as expressões reino, império, terra, ao passo que *città* só é adequada a alguns, adota MACHIAVELLI, com “Il Principe”, a designação *Stato* que se vulgariza e se firma no mundo moderno (JELLINEK, *L'État Moderne et son Droit*”, vol. I, pág. 221 e segs.).

2. A idéia de Estado, porém, tal como atualmente a concebemos, corresponde a três ordens distintas de representações intelectivas: Estado-tipo, Estado-norma e Estado-realidade.

Estado-tipo é noção de caráter empírico, fornecida pela História Política. É o Estado anterior, *como tem sido* ou *foi* no passado. Êsse *conceito cultural* resulta da investigação dos fatos pretéritos e, para gnoseologia do Estado atual, além de servir para fixar-lhe a filiação histórica, tem apenas o valor de elemento de comparação necessário à sistemática das formas vigentes.

O *Estado-norma* corresponde a uma noção puramente ideal, futura, ou decorre de noção jurídica e presente. No primeiro caso, cria-se um *conceito teleológico*, sugerido pelos inovadores políticos: o Estado por vir, *como deverá ser não é*, mas *poderia ser*, se efetivadas as reformas preconizadas. No segundo caso, é o Direito Público que impõe, firmando um *conceito dogmático*; o Estado *como deve ser*, conforme o conjunto de regras, nem sempre cumpridas, mas assentadas para lhe regerem a estrutura e as atividades.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara.

O *Estado-realidade*, que a experiência tem mostrado dificilmente corresponder aos padrões ideais ou jurídicos, comporta, também, duas noções distintas: a de Estado atual, *tal como existe*, em concreto, objetivamente e a de Estado, *em sua essência*, seja como fôr, mas considerado em abstrato. No primeiro caso, busca-se um *conceito analítico*, pesquisa preferida pela Ciência Política, segundo o tratamento que em geral lhe dispensam os autores anglo-saxões. No segundo caso, o escopo é obter um difícilíssimo *conceito sintético*, que exprima a realidade imanente do Estado, o elemento ou elementos permanentes, sob a mutação de formas e estruturas. A busca da verdadeira substância do agrupamento político supremo deve ser o objetivo da Teoria do Estado.

3. O conceito de Estado, além de sofrer a influência das transformações políticas, tem sido procurado, mediante processos dialéticos de evidenciação, em quase todos os seus elementos essenciais ou existenciais. Mas, antes de refutar, esquemáticamente, às principais correntes de conceituação do Estado, convém referir as concepções vulgares que, nem por isso ou por isso mesmo, deixaram de ter ou tiveram importância definidora. Inicialmente o Estado é identificado com o *povo*. Desde que se possa falar em organismo político, será esse o conceito mais antigo. A nação encarna o Estado, e, modernamente, encontramos a mesma concepção na teoria justificativa do Poder constituinte. A segunda identificação vulgar, em ordem de importância e, talvez, cronológica, é a do Estado com o *território*. A propriedade, como base do poder, é a linha de resistência do feudalismo e o substrato lógico das teorias patrimoniais. A confusão Estado-Pátria aparece, solertemente disseminada, nos exclusivismos totalitários comunista ou nazista. Finalmente, identifica-se o Estado como o Governo. É a concepção popular mais corrente e o conceito fundamental das teorias absolutistas: "*L'État c'est moi!*". Nas fórmulas a que se apegava o tradicionalismo inglês o Estado e o Rei se confundem: tudo é de Sua Majestade, os navios, os embaixadores, os impostos, os súditos...

4. Já na seara dos tratadistas do Estado em quatro grandes grupos se podem incluir os diversos conceitos que lhe são cientificamente atribuídos. Para os especialistas o Estado é considerado como organismo autônomo, condição social, formação jurídica, ou atuação política.

Organismo autônomo. Para as chamadas teorias antropomórficas o Estado é uma formação natural ou biológica, submetida a leis próprias de evolução e perecimento. Ser monstruoso que nasce, vive e morre, tal conceito de Estado, porém, porque superado, tem valor meramente elucidativo para a história das ciências políticas. Para as teorias ético-organicistas o Estado é uma formação espiritual ou psíquica, categoria especial de ente moral, ao passo que, para as teorias mecanicistas, o organismo autônomo, social ou global não passa de um conjunto de outras formações unificadas ou justapostas.

Condição social. Já para as teorias sociológicas não é o Estado um organismo social, mas uma condição das sociedades humanas. O Estado é um estado de evolução: *status civilis* em oposição ao *status naturalis*, das teorias contratualistas. Para outros, na maioria sociólogos, o Estado é um acontecimento político, fato social predominantemente objetivo. DUGUIT, indo mais longe – e se desviando – na procura da essência do Estado, o reduz a mera relação de dominação, imposição dos mais fortes sobre os mais fracos...

Formação jurídica. Tal a importância do Direito para o Estado, que grande relêvo tomam as teorias jurídicas que procuram fixar-lhe o verdadeiro conceito. Para uns, o Estado, como pessoa jurídica, é o próprio *sujeito* do Direito Público, personalidade-ficção ou centro de imputação. Para outros, ao contrário, como estabelecimento, o Estado é *objeto* de direito, uma instituição jurídica, ou “categoria lógica”, como afirmava KANT.

Coroando as teorias jurídicas, KELSEN – como DUGUIT, indo mais longe na busca da essência verdadeira do Estado, e como êle, se desviando do acertado caminho – KELSEN reduz o Estado a uma simples relação jurídica, o ordenamento válido. Vazio de substância, simples forma, o Estado, para o genial jurista, escapa a tóda realidade objetiva e resta, apenas, um dever-ser dogmático.

Atuação política. Tendo o Estado como uma realidade concreta histórica, a *Political Science*, fiel à orientação anglo-saxônica que vem do Utilitarismo de STUART MILL, através do Pragmatismo de CH. PEIRCE, até DEWEY, o considera, ao Estado, como uma manifestação do Poder. Analisa-a, dissecar-a, que é isso que importa, evoluindo (ou involuindo) em tal sentido que parece, a final, se reduzir todo o escopo de bela ciência de ARISTÓTELES a simples busca de uma melhor técnica de govêrno.

HELLER, para quem o Estado é uma realidade funcional estrutural específica, conceitua-o como uma função da comunidade, pura atuação política de que a manifestação do poder é, apenas, um dos aspectos. Mais panorâmicas são as chamadas teorias integralistas que, tendo o Estado como uma realidade espiritual dinâmica, perene, conceituam o agrupamento político como um processo integrativo, em constante evolução.

5. Organismo autônomo, social ou global, estado de evolução, acontecimento político, relação de dominação, sujeito ou objeto de direito, norma pura, manifestação do Poder, função da comunidade ou processo integrativo, o Estado, formação altamente complexa em sua substância e atributos, é tudo isso. Cada vez mais real e atuante, não podemos defini-lo senão mediante processo nominal-descriptivo, sobretudo eclético. Difícil, senão impossível, chegar-se a uma definição universal, que possa exprimir de um modo sintético a essência da comunidade perfeita ou soberana, de que falavam ARISTÓTELES e SÃO TOMÁS.

6. Em estudo anterior, para esta mesma publicação, esboçamos o difícil problema da conceituação do Estado. De fato, tanto a realidade estatal como o seu conhecimento podem ser encarados sob diversos aspectos, cada um dêles parcial e incompleto.

Do ângulo *histórico* o Estado se apresenta como uma realidade cultural ou empírica. Mas a história nos oferece uma enumeração meramente descritiva dos Estados e a axiologia, por sua vez, se sublima na sua conceituação como valores, em função do grau de evolução cultural. Assim, tanto o culturalismo realista como o neo-idealismo são insuficientes para uma visão total do Estado.

Do ponto de vista *sociológico* se reduz, tanto o Estado como os fatos de sua vida subjetiva ou objetiva, a meros fenômenos sociais. Êstes, porém, são transitórios; e sua mutabilidade superficial os torna impróprios para o conhecimento da real natureza do Estado, em si mesma, ou seja, o número do sistema kantiano.

Já o aspecto *jurídico* o mostra como simples forma dogmática, ordenamento válido ou conjunto normativo, de sua existência e atividade. O direito, todavia, não

nos dá a noção da coisa em si. Fica no campo das relações entre o fato e a regra. Não serve, pois, o prisma jurídico, ao conhecimento da realidade; presta-se, apenas, como meio de julgá-la.

Sob a face *política* o Estado não é mais que manifestação do Poder, tendendo à realização de seus fins. Ora, o exame da ação política, atuação em concreto, do Estado, ou resulta na mesma posição sociológica, com o estudo, apenas, dos fenômenos relacionados com o Poder, essencialmente mutáveis, – ou estabelece simples relações teleológicas, prestáveis, apenas, para a valorização de conceitos atuantes.

Há, ainda, o lado *técnico*, pelo qual se vê o Estado como um instrumento de administração (*lato sensu*), meio necessário à realização dos fins sociais úteis. Isso, porém, é o desvirtuamento do Estado como objeto de indagação científica. Concepção utilitarista que abandona, por inútil, o exame da real natureza do Estado.

Pode-se, também, encarar o Estado de um modo *eclético*, admitindo-o como fato histórico, fenômeno social, relação jurídica, poder político ou simples instrumento técnico. Mas essa justaposição de esquemas, parciais e incompletos, da realidade estatal, oferece somente a vantagem de servir de base para o conhecimento *integral* ou *filosófico*, síntese difícilíssima de ser atingida.

7. Como quer que se encare o Estado, porém, sua existência real aparece condicionada por dois elementos concretos facilmente mensuráveis e compreensíveis: o povo e o território. Embora lhes seja um acidente totalmente extrínseco, como formação histórico-cultural a que se atribui personalidade moral a um tempo soberana e submissa ao direito, é o Estado inerente às coletividades humanas fixadas em determinado território. Assim, mesmo que o espaço físico e o elemento humano não integrem a substância essencial do Estado, são-lhe condições existenciais inafastáveis, cujo estudo se impõe como absolutamente necessário ao conhecimento do agrupamento político supremo. Vale, pois, esboçar as principais concepções a respeito do povo e do território, frente à ciência do Estado.

8. Vários conceitos são atribuídos ao elemento humano necessário à formação do Estado. Podemos distribuí-los em quatro grandes grupos; correspondentes aos diversos critérios individualistas, associacionistas, nacionalitários e coletivistas.

Para uma concepção puramente *individualista*, a formação do Estado resulta de um mero aglomerado de indivíduos. Nem é outro o sentido de *população*, ou seja, a totalidade dos habitantes do espaço estatal. Já o conceito político de *povo* reduz a compreensão do termo ao conjunto de cidadãos com possibilidade de interferir na vida do Estado. Estes, por exemplo, se aproximam de um décimo da população total, em se tratando do caso especial do Brasil, onde somente os alfabetizados maiores de dezoito anos são alistáveis como eleitores. Nenhum limite numérico se pode cientificamente atribuir ao povo de cada Estado. Para o Estado-cidade antigo, ARISTÓTELES dava como excelente o limite de 10.000 cidadãos. PLATÃO o fazia oscilar entre 5.040 e 20.000.

Já os *associacionistas* entendem que a formação do Estado deve decorrer da existência de *agrupamentos*. Da associação fundamental familiar, o agrupamento natural por excelência, resultou o clã primitivo, embrião do Estado e, modernamente mesmo, há concepções que pretendem dar à família, no bom e no mau sentido, marcada influência na vida estatal. Os agrupamentos territoriais, ou sejam, as coletividades

locais (comunas) e regionais (províncias) têm decidida importância na estruturação espacial do Governo estatal moderno, dando-lhe um aspecto aparentemente fragmentário. Os agrupamentos profissionais ou classistas, os sindicatos, mesmo que não se chegue a uma organização estatal francamente corporativa, adquirem crescente capacidade de interferir na direção do Estado. Formam-se partidos de classe e os marxistas puros ainda admitem a possibilidade do Estado internacional de classe. Os agrupamentos políticos propriamente ditos, partidos e associações eleitorais, quando não constituem mero disfarce ao ajuntamento de interesses individuais ocasionalmente concordantes, são a mais alta manifestação da aglutinação humana necessária à formação estatal.

Durante um largo período da evolução conceitual do Estado, fêz-se depender este da idéia de *nação*. A nação, para as concepções *nacionalitárias* do Estado, pode ser considerada como comunidade, como pessoa, como órgão ou como meio. Como comunidade de raças, linguagem, costumes, crenças; de História, tradições, cultura, ou de interesses econômicos em dependência territorial, a nação pode ser considerada como o elemento de maior relevância na formação do Estado. Já CÍCERO conceituava, a nação, como uma comunidade de reconhecimento do mesmo direito. Comunidade teleológica de fins corresponde ao “querer viver coletivo” de HAUSER. Sem dúvida que há uma comunidade de imponderáveis de caráter dinâmico, na feliz expressão de JELLINEK, que constituem o elemento objetivo do Estado. Será a nação, porém, um seu elemento subjetivo se a considerarmos como pessoa ou como órgão. Como personalidade moral, de base individual-contratual, à moda de HOBBS ou ROUSSEAU, pessoa distinta, titular da soberania originária, ou identificada como o Estado-pessoa jurídica, segundo CARRÉ DE MALBERG, a nação sofre a crítica destruidora de DUGUIT, evidenciando o mito da vontade nacional distinta da vontade dos indivíduos, ou acarreta a indefensável dicotomia nação-entidade: Estado-personalidade, JELLINEK vê a nação como órgão essencial da vontade e da ação do Estado, seu órgão direto e supremo. Na hierarquia de órgãos que o grande tratadista estabelece, figuram como imediatos os de direção e os de escolha (representantes e eleitorado). Ainda é DUGUIT que opõe a esse conceito a crítica mais candente. Além de negar a existência do Estado-pessoa, pressuposto necessário à de seus ditos órgãos, falta à nação as condições imprescindíveis ao caráter dessa função. Além disso, o conceito de nação-órgão do Estado padece do vício de representar uma construção paralógica, no que toca ao fenômeno da criação do Estado. Realmente, como poderá o órgão dar origem à entidade a que se destina a servir? Supre DUGUIT a necessidade de um conceito para a nação, atribuindo-lhe o de meio necessário à produção do fenômeno Estado. É, para ele, a aglomeração nacional, fundada na comunidade de interesses e unida pela solidariedade, que gera a relação de dominação entre governantes e governados, mera imposição dos mais fortes sobre os mais fracos, pois que não é mais do que isso o Estado de DUGUIT.

As concepções nacionalitárias do elemento estatal humano, freqüentemente, porém, deixam de corresponder à realidade, ou melhor, o Estado não corresponde necessariamente à Nação. Na Antiguidade e na Idade Média é o Estado mera formação territorial. Só nos Tempos Modernos é que aparece o chamado Estado nacional, assim mesmo impreciso e pouco estável. Isso resulta da inexistência de aglomerações nacionais bem determinadas. E, note-se, à medida em que se vai estreitando a Terra, cada vez mais cosmopolita, menos diferenciação haverá entre as nações. Se não é mais tão comum a existência de verdadeiras nações fraccionadas em diversos Estados, a

todo passo encontramos Estados de formação plurinacional fracionária. Não quer isso dizer, todavia, seja aceitável a falsa tese inglesa da desnacionalização estatal. Do mesmo modo que se vai compreendendo a inviabilidade do Estado internacional de classe de MARX, o Império desnacional britânico vai, aos poucos, se diluindo numa formal união de Estados nacionais, ou quase.

9. Por tudo isso vai se impondo, como mais próxima da realidade atual e mais de acôrdo com uma concepção universal de Estado, o conceito *coletivista* do material humano necessário à formação do Estado. Está a coletividade humana, como elemento existencial do Estado, diferenciada por interesses gerais comuns e unificada por um sentimento consciente de solidariedade. Os interesses gerais comuns, materiais e culturais, discriminadores de cada agrupamento estatal distinto, já não têm, hoje em dia, a mesma compreensão da comunidade tradicional, dependente da raça, língua ou tradição. Os “imponderáveis de caráter dinâmico” (JELLINEK) que marcam a coletividade estatal não são mais os mesmos que informam a Nação, líricamente considerada. O sentimento consciente de solidariedade que unem tal coletividade, quer o consideremos, como BIGNE DE VILLENEUVE, uma condição externa do Estado, quer o tenhamos como um elemento anterior, na concepção de DABIN, é a causa material de sua formação e integração histórica. Só nesse nôvo sentido é que se pode falar em Nacionalização do Estado.

**Publicado originalmente na Revista nº 11 mai./ago. 1970, p. 147.*

I – A Constituição de 1976, a despeito do seu carácter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais.¹ E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada no art. 1.º,²⁻³ ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas as pessoas*. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à ideia de protecção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial.⁴

Por outro lado, o princípio da participação democrática na vida colectiva – quer enquanto subjectivado em direitos individuais, os direitos políticos (arts. 48.º *et seq.*), quer enquanto elevado a um dos objectivos da educação (art. 73.º, n. 2), quer enquanto princípio estruturador da organização económica no tocante aos trabalhadores, aos empreendedores e aos consumidores (arts. 80.º, g, e 60.º, n. 3),

* Texto em português europeu.

** JORGE MIRANDA é Professor Catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

1 Cf., em geral, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, p. 97 *et seq.*

2 Sublinhe-se que a Constituição de 1976 é a primeira Constituição portuguesa a expressamente declarar a dignidade da pessoa humana a base de todo o ordenamento jurídico e da República. A Constituição de 1933, após a revisão de 1951, falava já em “dignidade humana”, mas a propósito da incumbência do Estado de “zelar pela melhoria das condições de vida das classes mais desfavorecidas” (art. 6.º, n. 3).

3 Outras Constituições que aludem à dignidade da pessoa humana são as da Irlanda (preâmbulo), da República Federal da Alemanha (art. 1.º), da Índia (preâmbulo), da Venezuela (preâmbulo), da Grécia (art. 2.º), da Espanha (art. 10.º, n. 1), da China (art. 38.º), do Brasil (art. 1.º, III), da Hungria, após 1989 (art. 54.º), da Namíbia (preâmbulo e art. 8.º), da Colômbia (art. 1.º), da Bulgária (preâmbulo), da Roménia (art. 1.º), de Cabo Verde (art. 1.º); da Lituânia (art. 21.º), do Peru (art. 1.º), da Rússia (art. 21.º), da África do Sul (arts. 1.º, 10.º e 39.º), da Polónia (art. 30.º). Cf., na doutrina, ADOLF SÜSTERHENN, “L'étatisme vaincu - L'avenement du droit supra-positif dans l'évolution du droit constitutionnel allemand”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXXI, 1955, p. 117 *et seq.*; FERNANDO GALINDO AYUDA, “La fundamentación filosofica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978”, *Estudios sobre la Constitución*, obra colectiva, Saragoça, 1979, p. 105-106; SANCHEZ AGESTA, “O estado de direito na Constituição espanhola de 1978”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1980, p. 80 *et seq.*; *I diritti umani*, obra colectiva, Roma, 1982, p. 443-444; INGO VON MÜNCH, “La dignidade del hombre en el derecho constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 2, n. 5, maio-ago. 1982, p. 9 *et seq.*; PECES-BARBA, *Derechos fundamentales*, 4.ª ed., Madrid, 1983, p. 73 *et seq.*; RONALD DWORKIN, *Taking rights seriously*, 1977, 5.ª reimpr., Londres, 1987, p. 198 *et seq.*; FRANCO BARTOLOMEI, *La dignità umana comme concetto e valore costituzionale*, Turim, 1987; ANTONIO RUGGERI e ANTONIO SPADARO, “Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale”, *Politica del diritto*, 1991, p. 343 *et seq.*; FRANCK MODERNE, “La dignité de la personne humaine comme principe constitutionnel dans les Constitutions portugaise et française”, *Perspectivas constitucionais - nos 20 anos da Constituição de 1976*, obra colectiva, I, Coimbra, 1996, p. 197 *et seq.*

4 Cf. Acórdão 6/84 do Tribunal Constitucional, de 18.01.1984, *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 340, novembro de 1984, p. 179; ou Acórdão 165/86, de 20.04.1986, *Diário da República*, 1.ª série, n. 126, de 03.06.1986.

quer, finalmente, enquanto condição do sistema democrático (art. 109.º) – alicerça-se no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais (arts. 2.º e 9.º). Não se prevê a participação pela participação; prevê-se e promove-se como expoente da realização das pessoas.

Para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. A conjugação dos diferentes direitos e das normas constitucionais, legais e internacionais a eles atinentes torna-se mais clara a essa luz. O “homem situado” do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino.⁵⁻⁶

II – O art. 1.º da Declaração Universal precisa e explícita a concepção de pessoa da Constituição, recolhendo as inspirações de diversas filosofias e, particularmente, de diversas correntes jusnaturalistas: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.⁷ *Dotados de razão e de consciência* – eis o denominador comum a todos os homens em que consiste essa igualdade. *Dotados de razão e consciência* – eis o que, para além das diferenciações económicas, culturais e sociais, justifica o reconhecimento, a garantia e a promoção dos direitos fundamentais. *Dotados de razão e de consciência* – eis por que os direitos fundamentais, ou os que estão no seu cerne, não podem desprender-se da consciência jurídica dos homens e dos povos.⁸

A partir daqui, da consciência jurídica portuguesa⁹ e de diferentes preceitos constitucionais podem sintetizar-se as directrizes básicas seguintes:

5 Cf. FRANCISCO LUCAS PIRES, *Uma Constituição para Portugal*, Coimbra, 1975, p. 30-31, VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 101; PAULO OTERO, *Introdução ao estudo do direito*, I, Lisboa, 1998, p. 54 *et seq.*

6 Para a perspectiva filosófica jurídica, v., sobretudo, KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, trad. portuguesa, Coimbra, 1960, p. 66 *et seq.*; e depois, entre tantos, JOAQUIM MARIA RODRIGUES DE BRITO, *Filosofia do direito*, Coimbra, 1871, p. 214 e 223 *et seq.* (falando num “direito de dignidade”); GOMES DA SILVA, *Esboço de uma concepção personalista do direito*, Lisboa, 1965, p. 134, 136-137; CASTAN TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*, Madrid, 1969, p. 67-68; FREDE CASTEBERG, *La philosophie du droit*, Paris, 1970, p. 140; HELMUT COING, *Grundzüge des Rechtsphilosophie*, trad. castelhana *Fundamentos de filosofia del derecho*, Madrid, 1976, p. 146 *et seq.*; CASTANHEIRA NEVES, *A revolução e o direito*, Lisboa, 1976, p. 68 *et seq.* e 207 *et seq.*, e *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*, Coimbra, 1979, p. 60; MIGUEL REALE, *Filosofia do direito*, 8.ª ed., São Paulo, 1978, vol. I, p. 211 *et seq.*, e *Fontes e modelos de direito*, São Paulo, 1994, p. 114; GIOVANNI ORRÙ, “Il dibattito sui valori e diritti fondamentali nella ‘Settimana Salisburghesi’”. *Proposta e riflessioni*, *Jus*, 1978, p. 303 *et seq.*; C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 159 *et seq.*; JESUS GONZALES PEREZ, *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, p.111 *et seq.*; ANTÓNIO DA SILVA, “Direitos humanos ou dignidade humana”, *Brotéria*, 1987, p. 510 *et seq.*; FRANCIS FUKUYAMA, *The end of history and the last man*, trad. *O fim da história e o último homem*, Lisboa, 1992, p. 151 *et seq.*; ROQUE CABRAL, “A dignidade da pessoa humana”, *Poderes e limites da genética – Actas do IV Seminário do Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida*, Lisboa, 1998, p. 29 *et seq.*

7 Também no preâmbulo da declaração se fala na “dignidade inerente a todos os membros da família humana”.

8 Parece, pois, menos avisado o que diz MÁRIO BIGOTTE CHORÃO (“Perspectiva jusnaturalista da revisão constitucional”. *Temas fundamentais de direito*. Coimbra. 1986. p. 138 e 144-145): que o Estado e o direito repousam na vontade popular (não aludindo à dignidade da pessoa humana) e que os direitos fundamentais estão na Constituição portuguesa desprovidos de base jusnaturalista, o que os diminuiria na substância e no alcance prático.

9 Porque a ideia de dignidade se concretiza histórico-culturalmente, como lembra o Acórdão 105/90 do Tribunal Constitucional, de 29.03.1990 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. XV, p. 367).

- a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
- b) a dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher;
- c) cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa de igual dignidade das demais pessoas;
- d) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
- e) o primado da pessoa é o do *ser*, não o do *ter*; a liberdade prevalece sobre a propriedade;
- f) só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida;
- g) a protecção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; e
- h) a dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

III – Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubstituível e irrepetível ¹⁰ e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege. ¹¹

O valor eminente reconhecido a cada pessoa conduz, antes de mais, à inexistência, em caso algum, da pena de morte (art. 24.º, n. 2) ¹²⁻¹³ e, coerentemente – mas quase ineditamente em direito comparado – à proibição da extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra que resulte lesão irreversível da integridade física (art. 31.º, n. 4).

Veda a suspensão, mesmo em estado de sítio, em qualquer caso, dos direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião (art. 19.º, n. 6). Assim como determina a conservação pelos

¹⁰ Cf., por todos, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995, p. 244-245. Ou MIA COUTO (*Cada homem é uma raça*): “Inquirido sobre a sua raça, respondeu: – A minha raça sou eu, João Passarinho. – Convidado a explicar-se, acrescentou: – Minha raça sou eu mesmo. A pessoa é uma humanidade individual. Cada homem é uma raça, senhor político”.

¹¹ Da mesma maneira que não é o mesmo falar em *direitos do homem e direitos humanos*, não é exactamente o mesmo falar em *dignidade da pessoa humana* e em *dignidade humana*. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa. Declarando a comunidade política portuguesa “baseada na dignidade da pessoa humana”, a Constituição afasta e repudia qualquer tipo de interpretação transpersonalista ou simplesmente autoritária que pudesse permitir o sacrifício dos direitos ou até da personalidade individual em nome de pretensos interesses colectivos. Todavia, no art. 26.º fala-se tanto em “dignidade pessoal” (n. 3) como em “dignidade humana” (n. 2).

¹² Como se sabe, a Constituição de 1911, após a revisão de 1916, e a de 1933 admitiam pena de morte, em caso de beligerância com país estrangeiro e para ser aplicada no teatro da guerra. Foi a Constituição de 1976 que a aboliu definitivamente.

¹³ E o mesmo se verifica em todas as Constituições dos países de língua portuguesa, todas posteriores à portuguesa: da Guiné-Bissau (art. 36.º, n. 1), do Brasil (art. 5.º, XLVII), de S. Tomé e Príncipe (art. 21.º, n. 2), de Moçambique (art. 70.º, n. 2), de Cabo Verde (art. 26.º, n. 2) e de Angola (art. 22.º, n. 2).

condenados sujeitos a pena ou a medida de segurança privativa da liberdade dos seus direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução (art. 30.º, n. 5).

Explica a garantia da integridade pessoal contra a tortura e os tratos e as penas cruéis, degradantes ou desumanas (art. 25.º), incluindo em processo criminal (art. 32.º, n. 6); os direitos à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.º, n. 1); a garantia da identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, no desenvolvimento e na utilização das tecnologias e na experimentação científica (art. 26.º, n. 3); as garantias contra a utilização abusiva de informações relativas às pessoas e famílias (arts. 26.º, n. 2, e 35.º); a necessidade de intervenção judicial em caso de internamento por anomalia psíquica (art. 27.º, n. 3, *h*); o princípio da culpa em direito penal;¹⁴ a proibição de penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas de liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (art. 30.º, n. 1); a regulamentação da procriação assistida (art. 67.º, n. 2, *e*); os limites à publicidade das audiências dos tribunais para salvaguarda da dignidade das pessoas (art. 206.º).

Explica ainda as garantias especiais dos salários (art. 59.º, n. 3), a protecção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho (art. 63.º, n. 3),¹⁵ o direito a habitação que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar (art. 65.º, n. 1), a especial protecção das crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar e normal (art. 69.º, n. 2), a realização plena dos direitos das pessoas com deficiência (art. 71.º, n. 1) *etc.*

IV - A dignidade da pessoa humana é da pessoa em qualquer dos géneros, masculino e feminino. Em cada homem e em cada mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade.

Por isso e porque o género, masculino ou feminino, é constante e irreductível e porque, por outro lado, continua a haver desigualdades que atingem as mulheres, a Constituição não se circunscreve a declarar a igualdade - em geral (art. 13.º), na família (arts. 36.º, n. 3, 5 e 6; 67.º, n. 2, *c*; e 68.º) e no trabalho (art. 58.º, n. 2, *b*) - e a estabelecer a especial protecção das mulheres durante a gravidez e após o parto (arts. 59.º, n. 2, *c*, e 68.º, n. 3 e 4). Contém ainda a incumbência do Estado de *promover* a igualdade entre homens e mulheres (art. 9.º, *b*), designadamente no exercício dos direitos cívicos e políticos e no acesso a cargos políticos (art. 109.º).¹⁶

V - Cada pessoa tem, contudo, de ser compreendida em relação com as demais. A dignidade de cada pessoa pressupõe a de todos os outros.

Donde, em geral, a vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias (art. 18., n. 1), assim como o direito de resposta e de rectificação na imprensa

¹⁴ Assim, Acórdão 426/91 do Tribunal Constitucional, de 06.11.1991, *Diário da República*, 2.ª série, n. 78, de 02.04.1992, p. 3.112 (24).

¹⁵ Cf. Acórdão 349/91, de 03.07.1991, *Diário da República*, 2.ª série, n. 277, de 02.12.1991, p. 12.272: "Perante conflito entre o direito do pensionista a receber pensão condigna e o direito do credor, deve o legislador, para tutela do valor supremo da dignidade da pessoa humana, sacrificar o direito do credor na medida do necessário e, se tanto for preciso, totalmente. Toda a questão está em adoptar um critério de proporcionalidade".

¹⁶ V. *Democracia com mais cidadania*, obra colectiva, Lisboa, 1998.

(art. 37.º, n. 4), os direitos dos trabalhadores no trabalho (art. 59.º), os direitos dos consumidores (art. 60.º), os deveres de respeito e solidariedade para com os cidadãos portadores de deficiência (art. 71.º, n. 2) ou o espírito de tolerância na educação (art. 73.º, n. 2).

Nas palavras de KANT: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.

No reino dos fins, tudo tem um preço e uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.¹⁷⁻¹⁸

VI – Cada pessoa tem de ser compreendida em relação com as demais.¹⁹ Por isso, a Constituição completa a referência à dignidade da pessoa humana com a referência à “mesma dignidade social” que possuem todos os cidadãos e todos os trabalhadores (arts. 13.º, n. 1, e 59.º, n. 1, b), decorrente da inserção numa comunidade determinada²⁰⁻²¹ fora da qual, como diz o art. 29.º, n. 1, da Declaração Universal, “não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”. E aqui se fundam os deveres fundamentais (arts. 36.º, n. 5, 49.º, n. 2, 66.º, n. 1 etc.).

Ao mesmo tempo, a Constituição contempla direitos particulares e especiais (na acepção que damos a estes termos)²² e contém certos elementos classistas e laboralistas (arts. 54.º, 63.º, n. 2, 89.º, 93.º, h, e 98.º),²³ aliás reduzidos após as revisões

17 *Op. cit.*, p. 68 e 76.

18 Cf. também, por exemplo, JORGE TEIXEIRA DA CUNHA, “Valor, cultura e direitos humanos”, *Communio* – Revista Internacional Católica, 1997, p. 50: “A dignidade humana inclui a reciprocidade do reconhecimento. A afirmação da dignidade humana não pode ser uma bandeira das pessoas que já são reconhecidas na sua dignidade, mas deve igualmente lembrar a estas que a dignidade só pode crescer simultaneamente em todas as pessoas e em todos os povos. Enquanto houver uma pessoa que não veja reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida”.

19 Não tinha, pois, razão o Deputado António Reis quando, apesar de se afirmar de acordo com o conteúdo fundamental da expressão “dignidade da pessoa humana”, dizia na Assembleia Constituinte que ela permitia introduzir uma dimensão extra-social, individual e, porventura, metafísica no texto da Constituição (*Diário*, n. 25, p. 624).

20 Como já frisava no século passado RODRIGUES DE BRITO (*op. cit.*, p. 223-224), sendo idêntica em todos os homens a natureza humana, o homem não terá *direitos efectivos* se não for considerado pelos seus semelhantes digno de se associar com eles.

21 É curioso realçar a diferente origem das expressões nos projectos de Constituição. Enquanto que “dignidade da pessoa humana” veio do art. 1.º do projecto de Constituição do Partido Popular Democrático e do art. 1.º da Constituição de Bona, “dignidade social” veio do projecto de Constituição do Partido Socialista, do art. 3.º da Constituição italiana e do nosso próprio projecto de Constituição (art. 18.º). Na Assembleia Constituinte, chegou a ser proposta a eliminação da referência a dignidade social. Segundo o Deputado Vital Moreira, ela apontaria para um conceito sociológico, insusceptível de homogeneização por meio duma afirmação jurídica. Em contrapartida, o Deputado José Luís Nunes justificou-a, sustentando que, desde que, se aceitasse a expressão “cidadão”, teria que se entender também “a mesma dignidade social”. V. o debate no *Diário*, n. 44, p. 908 *et seq.* Pelo contrário, na segunda revisão constitucional, houve quem propusesse a supressão do adjetivo “social”, por entender que ele reduziria a dignidade da pessoa humana a um conceito de relação e diminuiria o seu sentido (assim, intervenções dos Deputados Nogueira de Brito, Maria da Assunção Esteves e Pedro Roseta, *Diário*, 5.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 1.ª série, n. 64, reunião de 14.04.1989, p. 2.191 - 2.192 e 2.195). Foi, contudo, objectado que ali se realçava precisamente a dignidade do cidadão, do homem socialmente inserido (intervenção do Deputado António Vitorino, *op. cit.*, p. 2.192).

22 V. *Manual de direito constitucional*, 2.ª ed., Coimbra, vol. IV, p. 79 *et seq.* e 87-88.

23 Sobre os elementos classistas no conceito constitucional de povo, v. *Manual...*, cit., 4.ª ed., Lisboa, 1998, vol. III, p. 90.

constitucionais. Nem por isso, entretanto, avulta menos (insistimos) o empenho na realização pessoal: assim, o direito dos trabalhadores à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, *de forma a facultar a realização pessoal* (art. 59.º, n. 1, b), a protecção da família para realização pessoal dos seus membros (art. 67.º, n. 1), a garantia da *realização profissional e da participação na vida cívica* do país por parte dos pais e das mães (art. 68.º, n. 1); a finalidade de *desenvolvimento integral* das crianças (art. 69.º, n. 1) e dos jovens (art. 70.º, n. 2); as garantias de *integração, de realização pessoal e de participação activa* na vida da comunidade dos deficientes (art. 71.º) e dos idosos (art. 72.º).

Pode aplicar-se, pois, à Constituição o que CASTANHEIRA NEVES escreve em tese geral: “A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o *respeito incondicional da sua dignidade*. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos membros considerado pessoalmente – a sua dignidade e responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e o demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte”.²⁴

VII - De que não se trata de fazer ressurgir as noções oitocentistas comprovam-no exuberantemente o estatuto da propriedade e, em menor medida, o da iniciativa económica na Constituição.

Localizando a propriedade privada entre os direitos económicos, sociais culturais, e não entre os direitos, liberdades e garantias do Título II,²⁵ a Lei Fundamental de 1976 vem salientar que os direitos, liberdades e garantias respeitam, primeiro que tudo, ao ser da pessoa e não ao ter; que a liberdade prima sobre a propriedade; que a protecção que a pessoa como titular de bens possa merecer na vida económica se oferece secundária em face da protecção do seu *ser*;²⁶ e que pode a protecção do

24 *A revolução...*, cit., p. 207. V. também *O princípio da legalidade criminal*, Coimbra, 1988, p. 83 *et seq.* e “Pessoa, direito e responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, 1996, p. 33. Cf., um pouco diversamente, GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 1982, p. 34-35: “Quando na Constituição portuguesa se fala em respeito pela ‘dignidade da pessoa humana’ não se trata de definir ou consagrar um *homo clausus*, nem reconhecer metafisicamente a pessoa como ‘centro do espírito’, nem impor constitucionalmente uma ‘imagem unitária do homem e do mundo’, nem ainda ‘amarrar’ ou encarcerar o homem num mundo cultural específico, mas tornar claro que na dialéctica ‘processo-homem’ e ‘processo-realidade’ o exercício do poder e as medidas da *praxis* devem estar conscientes da identidade da pessoa com os seus direitos (pessoais, políticos, sociais e económicos), a sua dimensão existencial e a sua função social”.

25 Nos projectos de revisão constitucional de 1987 e de 1996 do Partido Social-Democrata preconizou-se, porém, a transferência do preceito respectivo para o capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais (novo art. 47.º-A). Foi rejeitado. V. o debate parlamentar no *Diário da Assembleia da República*, 5.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 1.ª série, n. 75, reunião de 04.05.1989, p. 3.585 *et seq.*

26 Cf., em sentido próximo, COLAÇO ANTUNES, *O procedimento administrativo de avaliação do impacto ambiental*, Coimbra, 1998, p. 82-83.

ser, de todas as pessoas exigir a diminuição do *ter* de algumas das pessoas (daí a incumbência prioritária do Estado, no art. 80.º *b*), de “operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento”).²⁷

Da mesma maneira, logicamente, o direito de não pagar impostos inconstitucionais²⁸ aparece agora dentro do sistema fiscal (art. 103.º, n. 3), e não, como sucedia nas Constituições de 1911 (art. 3.º, n. 27) e de 1933 (art. 8.º, n. 16), na enumeração *ex professo* dos direitos, liberdades e garantias. Tendo em conta o reforço do princípio da legalidade tributária operado em 1976 e em 1997 e a reserva parlamentar reiterada (art. 165.º, n. 1, *i*, em contraste com o regime anterior), não se subtraem por esse motivo quaisquer garantias; a mudança dá-se no âmbito de valores enformadores do sistema.²⁹

Também a iniciativa económica privada – correspondente à liberdade de comércio e indústria anterior – não se situa a par dos direitos, liberdades e garantias do Título II (embora tenha natureza análoga) e, no texto inicial da Constituição, nem sequer constava da Parte I.

VIII – O ser humano não pode ser desinserido das condições de vida que usufrui; e, na nossa época, anseia-se pela sua constante melhoria e, em caso de desníveis e disfunções, pela sua transformação.

A Constituição alude, pois, repetidas vezes à “qualidade de vida” ligada à efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais (art. 9.º, *d*), à protecção dos consumidores (art. 60.º, n. 1), à defesa do ambiente e da natureza (art. 66.º),³⁰ à incumbência prioritária do Estado de promoção do aumento do bem-estar social e económico, em especial das pessoas mais desfavorecidas (art. 81.º, *a*), aos objectivos dos planos de desenvolvimento económico e social (art. 91.º). Mas a qualidade de vida só pode fundar-se na dignidade da pessoa humana; ³¹ não é um valor em si mesmo; e muito menos se identifica com a propriedade ou com qualquer critério patrimonial.³²

E apela também a Constituição (após 1997) à solidariedade entre gerações, a propósito do aproveitamento racional dos recursos naturais (art. 66.º, n. 2, *d*). Mas esta solidariedade assenta ainda no valor da dignidade: é para que as gerações futuras, compostas por homens e mulheres com a mesma dignidade dos de hoje, possam igualmente desfrutar dos bens da natureza que importa salvaguardar a capacidade de renovação desses recursos e a estabilidade ecológica.

IX – Por definição, a dignidade da pessoa, sendo de todas as pessoas, refere-se quer a portugueses quer a estrangeiros. E, se os preceitos sobre direitos fundamentais dos portugueses têm de ser interpretados e integrados de harmonia com a

27 É legítimo, pois, associar a não inclusão da propriedade privada no Título II da Parte I tanto a imperativos socialistas quanto a imperativos personalistas não individualistas. Cf., em relação à Constituição italiana, FRANCO MODUGNO, I “*nuovi diritti*” nella *Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, p. 11.

28 De resto, garantia não só da propriedade como da retribuição do trabalho (art. 59.º, n. 1, *a*, e n. 3).

29 Cf. diferentemente, SOAREZ MARTÍNEZ, *Manual de direito fiscal*, Coimbra, 1983, p. 92 *et seq.*

30 Cf. GOMES CANOTILHO, “Procedimento administrativo e defesa do ambiente”, *Revista de Legislação e de jurisprudência*, n. 3.802, p. 9-10.

31 Assim, ANTONIO RUGGIERI e ANTONIO SPADARO, *op. cit.*, p. 357.

32 Cf. o art. 5.º, n. 1, da Lei 11/87, de 07 de abril (lei de bases do ambiente), definindo qualidade de vida por referência a “bem-estar físico, mental e social” e a “satisfação e afirmação culturais”.

Declaração Universal (art. 16.º, n. 2), por princípio devem poder valer para todas as pessoas, seja qual for a sua cidadania.

A perspectiva universalista da Constituição patenteia-se na assunção por Portugal do respeito dos direitos do homem como princípio geral das relações internacionais (art. 7.º, n. 1), na regra da equiparação de direitos (arts. 15.º e 59.º), na previsão do direito de asilo e do estatuto de refugiado político (art. 33.º, ns. 7 e 8) e nas regras sobre expulsão e extradição (art. 33.º, ns. 2 a 6).³³

X - Dignidade e autonomia pessoal são incidíveis.

Aqueles direitos que melhor espelham a autonomia são os direitos, liberdades e garantias – dotados pela Constituição de regime mais favorável – e vinculativos tanto para as entidades públicas como para as entidades privadas (art. 18.º, n. 1). Mas até os direitos económicos, sociais e culturais, ao concretizarem-se por meio de participação dos directamente neles interessados, acabam por se imbuir da ideia de liberdade, visto que só se compreende participação por livre decisão e iniciativa dos próprios.

A força da autonomia patenteia-se sobretudo na inviolabilidade da liberdade de consciência, de religião e de culto (art. 41.º, n. 5), na liberdade de criação cultural (arts. 42.º e 78.º, n. 2, *b*), na liberdade de aprender e de ensinar (art. 43.º), na liberdade de expressão e informação (art. 37.º), na liberdade de escolha de profissão (art. 47.º), no carácter pessoal do sufrágio (art. 49.º, n. 2), bem como na liberdade individual perante o planeamento familiar (art. 67.º, n. 2, *d*).

XI - Por referência a um critério valorativo – esteado na ideia de direito revelada na sistematização da Constituição e nos arts. 9.º, 17.º, 19.º e 288.º – os direitos fundamentais podem dispor-se segundo uma hierarquia:

- 1.º) direitos, liberdades e garantias mencionados no art. 19.º, n. 6, insusceptíveis de suspensão mesmo em estado de sítio com suspensão total de garantias constitucionais;³⁴
- 2.º) direitos, liberdades e garantias pessoais comuns;
- 3.º) direitos económicos, sociais e culturais comuns;
- 4.º) direitos, liberdades e garantias de participação política;
- 5.º) direitos, liberdades e garantias pessoais particulares e direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores;
- 6.º) direitos, liberdades e garantias (ou direitos fundamentais de natureza análoga) constantes de preceitos constitucionais fora do Título II da Parte I;
- 7.º) direitos económicos, sociais e culturais particulares;

33 V. *Manual...*, cit., vol. III, p. 142 *et seq.* e 258 *et seq.*

34 Estes direitos não parece, contudo, que possam reconduzir-se aos direitos invioláveis de que falam o art. 2.º da Constituição italiana, o art. 1.º, n. 2, da Constituição alemã ou o art. 10.º, n. 1, da Constituição espanhola (Cf. PIERFRANCESCO GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Pádua, 1972). Aliás, como se sabe, a nossa Constituição fala em inviolabilidade apenas a respeito da vida (art. 24.º), do domicílio e da correspondência (art. 34.º) e da consciência e da religião (art. 41.º).

- 8.º) direitos, liberdades e garantias (ou direitos fundamentais de natureza análoga) constantes de leis ou de regras de direito internacional;
- 9.º) outros direitos fundamentais constantes de leis ou de regras de direito internacional.³⁵

Como se verifica, esta ordem não coincide inteiramente com a ordem formal estribada nas regras constitucionais sobre direitos fundamentais. Uma coisa é o regime, outra coisa o significado intrínseco que cada direito adquire em face dos restantes; mas há uma relação dialéctica entre ambas.

Por outro lado, a hierarquia não funciona automática e mecanicamente. A sua relevância específica é sempre relativa e verifica-se em caso de colisão de direitos, como critério de harmonização ou de optimização.

**Publicado originalmente na Revista nº 24 jul./dez. 2006, p. 131.*

³⁵ Cf. algo diferentemente, CASALTA NABAIS, *op. cit.*, p. 18-19.

O SER DAS REGRAS, DAS NORMAS E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

JOSÉ AFONSO DA SILVA*

Palavras-chave: Regras. Normas. Princípios constitucionais. Direito constitucional.

Sumário: I - O confronto entre regras e normas - 1 Premissa - 2 Regra e norma - 3 Pós-positivismo - II Regras dos jogos e regras constitucionais - 4 Introdução - 5 Regras dos jogos: Gregorio Robles - 6 Os três tipos de regras - 7 Regras de direito constitucional - 8 Três tipos de regras constitucionais - 9 Os princípios - 10 Conclusão

I - O confronto entre regras e normas

1 Premissa

1 Robert Alexy, na sua prestigiada teoria dos direitos fundamentais, sob a influência de Ronald Dworkin, cunhou a tese de que *princípios* e *regras* são espécies de *normas*.

Essa teoria já tem sido criticada; não é nossa intenção criticá-la, mas apresentar outro paradigma, outro modo de entender a questão, ou seja, queremos mostrar que há bases filosóficas e doutrinárias, para concluir que, ao contrário, o termo *regra* é que tem abrangência maior, sendo que “norma” não é senão uma espécie de regra.

2 - Regra e norma

2 Essa afirmativa tem uma fundamentação histórica e uma fundamentação onto-deontológica.

2.1 A *fundamentação histórica* mostra que o termo *regra* é que, desde o direito romano, exprime as disposições jurídicas de qualquer natureza, prescritivas ou não prescritivas. A palavra *norma* não tinha nenhuma função no Direito romano, nem seu significado de “esquadro”, “esquadria” se prestava a isso. Só mais tarde, o termo “norma” aparece na literatura latina, no sentido figurado de *modelo*. É uma constatação interessante, porque daí é que pode ter vindo o seu sentido jurídico como regra ou modelo de conduta.

A palavra latina que exprimia disposições jurídicas, no direito romano, era *regula*, de onde *regra*.¹

* Professor Titular aposentado da FADUSP.

1 Cf. *Digesto* Livro 50, Capô XVII, 1. Paulus. “Regulae est, quae REM, quae est, breviter enarrat. Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula Fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et (ut ait Sabinus) quae causae conectio est: quae, simul cum in aliquo vitiata est. perdit officium suum” que se pode traduzir como: “Regra é a proposição que elucida o objeto tal qual é, de modo breve. Não é da regra que promana o direito, senão com base no direito existente mas é do direito, tal como é, que se faz a regra. Por meio da regra, pois, se faz uma breve narração das coisas, e, como diz Sabino, é como uma réplica da causa, que, ao mesmo tempo que se torna viciada, perde a sua eficácia” (versão baseada na tradução de Rubem Limongi França [*Brocardos jurídicos, as regras de Justiniano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 51]).

A fundamentação histórica mostra que *regra* sempre foi o termo usado para exprimir uma disposição jurídica. Mesmo quando, tardiamente, o termo *norma* perdeu seu primitivo sentido e passou a ser usado no sentido jurídico, o termo *regra* continuou a ser empregado na ciência jurídica com aquela mesma acepção, e os dois vocábulos eram empregados como sinônimos, até que Kelsen deu ao termo *norma* uma conotação diversa, ao conceber o direito como “sistema de normas que regulam a conduta humana”.² “O termo ‘norma’ exprime a ideia de que algo *deve ser* ou acontecer”. “A norma é um *dever-ser*”;³ “a norma constitui uma prescrição”.⁴ O *dever ser* kelseniano vem de Kant, com a terminologia trocada. Onde Kant fala de *regra*, Kelsen fala de *norma*.

“A regra prática [diz Kant] é sempre um produto da razão, porque ela prescreve como visada a ação enquanto meio para um efeito. Mas para um ente, cuja razão não é total e exclusivamente o fundamento determinante da vontade, essa regra constitui um *imperativo*, isto é, uma regra que é caracterizada por um dever ser...”.⁵ Na sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen não costuma usar a palavra “regra”,⁶ mas ele o faz propositadamente na *Teoria Geral do Direito e do Estado*, quando discorre sobre o *dever ser*. E aí a norma aparece como espécie de regra. “Uma ‘norma’ é uma regra que expressa o fato de que alguém deve proceder de certa maneira, sem que isto implique que outro realmente ‘queira’ que o primeiro se comporte de tal modo”.⁷ Mais adiante admite que a designação do direito como “regra” se presta a confusão, porque a palavra “regra” tem uma conotação de algo geral.⁸ Abre, em seguida, um tópico sobre *norma jurídica* e *regra de direito*, de que se destaca a conclusão nestes termos: “É tarefa da ciência jurídica apresentar o direito de uma comunidade, isto é, o material produzido pela autoridade legal, através do processo legislativo, na forma de juízos que estabelecem que ‘se tais ou quais condições se cumprem, então tal ou qual sanção haverá que aplicar-se’. Esses juízos, por meio dos quais a ciência jurídica expressa o direito, não devem ser confundidos com as normas criadas pelas autoridades encarregadas de legislar. É preferível não dar a esses juízos o nome de normas, mas o de regras jurídicas. As normas jurídicas formuladas pelos órgãos legislativos são prescritivas; as regras do direito que a ciência jurídica estabelece são

2 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio. 1962. V. 1, p. 7 e 140. Na versão francesa: *Théorie Pure du Droit*. Trad. de Charles Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962. p. 6 e 104.

3 Cf. *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 7 e 9.

4 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 1-3.

5 KANT, Emanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 69. Edição bilingue; Ou ainda, *Crítica da razão prática*. Trad. de Afonso Bertagnoli. 2. ed. São Paulo: Brasil Ed. 1959. p. 40. No original: “Die praktische Regel ist jederzeit ein Produkt der Vernunft, weil sie Handlung, als Mittel zur Verkung, als Absicht vorschreibt. Diese Regel ist aber für ein Wesen, bei dem Vernunft nicht ganz allein bestimmungsgrund des Willens ist, ein imperium, d. i. eine Regel, die durch ein Sollen...” (d. KANT, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft*. Frankfurt am Main, Werkausgabe Band VII, Herausgegeben Von Wilherlm Eischedel, Surkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1974. p. 126).

6 Na verdade, usa uma vez.

7 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria General del Derecho y del Estado*. Trad. Eduardo Garcia Maynez. 2. ed. México: Imprenta Universitaria, 1958. p. 41: “Una ‘norma’ es una regla que expresa el hecho de que alguien debe proceder de cierta manera, sin que esto implique que otro realmente ‘quiera’ que el primero se comporte de tal modo”. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*. Trad. do inglês de Sergio Cotta e Giuseppino Treves 5a ed. 1. reimp. Milano: Etas Libri, 1974: “Una ‘norma’ e una regola che esprime Il fatto che taluno deve agire in una determinata maniera, senza implicare che qualcuno ‘voglia’ realmente che tale persona agisca in qualla maniera” (p. 35).

8 Cf. *Op. cit.*, na versão espanhola, p. 44 e 53; *idem* na versão italiana, p. 36 e 45.

puramente descritivas. Importa ter em conta que o termo ‘regra jurídica’ ou ‘regra de direito’ é empregado por nós em sentido descritivo”.⁹

2.2 Essas fórmulas de Kelsen nos encaminham para aquela *fundamentação* que chamamos ontodeontológica. Quando declara que uma “norma” é uma regra que expressa o fato de que alguém deve proceder de certa maneira, está indicando duas coisas: 1) a norma é uma espécie de regra com a característica indicada, o que, por outro lado, indica a existência de regras com características diferentes; 2) a regra que expressa o fato de que alguém deve proceder de certa maneira é uma *regra prescritiva*, uma regra que *exprime um dever ser*, o mesmo é “dizer: é uma regra jurídica deontica; do que se conclui que existem regras jurídicas não deonticas, o que, aliás, Kelsen reconhece expressamente, quando declara, ao final, que o termo “regra jurídica” é empregado por ele em sentido descritivo.

Kelsen ficou limitado por seu positivo formalista que o impediu de construir um sistema de regras jurídicas que seria de enorme importância para o conhecimento constitucional. A sua radical separação entre “ser” e “dever ser” não permitiu um manancial de possibilidades no mundo da cultura, onde precisamente se dá o encontro e a penetração entre valor e realidade, dever ser e ser.

2.3 Não devemos deixar escapar este momento para fazer a observação de que a parte conclusiva da manifestação de Kelsen sobre “regras jurídicas” não é muito clara, mormente quando parece dar essa denominação à tarefa da ciência jurídica do material produzido pelo processo legislativo. Acontece que a ciência jurídica não produz regra; quem o faz é o poder legislativo. Na sua obra fundamental, Kelsen chamou de “proposição jurídica” o meio pelo qual a ciência do direito descreve o direito.¹⁰ Então fica a questão de saber se ele passou a usar outra terminologia ou se, ao contrário, passou a usar o termo regra para exprimir disposições jurídicas não prescritivas. Esta é hipótese plausível.

3 Essas passagens de Kelsen sobre “regras jurídicas” quebram a concepção unitária de “norma jurídica”, mas também realçam o fato de que esse termo tem, na teoria pura do direito, uma conotação especial, não abrangente de todos os tipos de disposições jurídicas, mas apenas daqueles que constituem prescrição e dever ser. É verdade que ele percebeu hipóteses em que a “norma” não é prescritiva: “as normas não só prescrevem (ou proíbem) determinada conduta como também podem conferir autorização (competência) para uma determinada conduta, não é supérfluo realçar que, quando a um indivíduo é conferida competência para uma determinada conduta, ele não tem de ser, por tal motivo, obrigado a essa conduta”.¹¹ Ora, uma situação dessas não pode ser chamada de “norma”, pois se não se trata de *prescrição*, também não é uma disposição de *dever ser*, que são elementos essenciais ao conceito de norma jurídica. Isso é da própria concepção kelseniana de norma: *com o dever ser exprime-se o ser-prescritivo*.¹² Percebeu também que as “normas” constitucionais que regulam atribuição de poderes como as do processo legislativo são diferentes; não obstante isso, continuou chamando-as de normas.¹³

9 Cf. *Teoria General del Derecho y del Estado*, op. cit., p. 53; *idem* na versão italiana, p. 45.

10 Cf. *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 142.

11 Cf. *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 230.

12 Cf. op. cit., p. 152.

13 *Idem, ibidem*, p. 107; a versão francesa até usa a palavra regra: “Les règles du droit constitutionnel offrent un exemple typique de cette catégorie de normes, qui sont invoquées comme argument contre l’inclusion de l’élément de contrainte dans la notion de droit” (op. cit., p. 69); *idem*, p. 320: “(ette formulation de la proposition de droit fait ressortir la position qu’occupe à l’intérieur d’un ordre juridique le droit dit

3 Pós-positivismo

4 A teoria de Kelsen prestou enorme serviço à ciência jurídica, incluindo a ciência do direito constitucional. Mas sua purificação do direito, que expurgou dele certo ranço naturalista, psicologista e sociológico, desnudou a norma jurídica de tal modo que ela ficou reduzida a um tipo de *lógica jurídica* estritamente formal, num processo de formalização absoluta, bem descrito por Carlos Cossio:

“Kelsen desenvolve o tema da pureza metódica sobre a base de duas purificações. A primeira contrapõe o ser da Natureza ao dever ser em sentido amplo, sem mais apoio do que a tradição kantiana [...]. Esta purificação tende a eliminar todo naturalismo da ciência jurídica. A Biologia, a Psicologia, a Sociologia ficam expulsas; Kelsen fica com o dever ser. Mas logo vem uma segunda purificação; agora, dentro do próprio dever ser, que contrapõe o dever ser lógico ao dever ser axiológico. Essa outra purificação tende a eliminar toda axiologia da ciência jurídica. A Religião, a Moral, a Política ficam expulsas. Kelsen busca uma categoria vazia, um conceito puro em sentido kantiano [...]. Kelsen fica com o dever ser lógico: a imputação é a verdadeira categoria do conhecimento jurídico”.¹⁴

5 A famosa obra de Ronald Dworkin (*Tomando o Direito a Sério*) foi escrita contra qualquer positivismo, ainda que dirigida especialmente ao positivismo de Hart.¹⁵ Sua estratégia para atacar o positivismo foi precisamente o estabelecimento da teoria dos princípios como categoria diversa das regras e das “Policies”.¹⁶ A partir daí é que Robert Alexy formulou a sua teoria dos princípios como parte de sua teoria dos direitos fundamentais. Essas duas estratégias antipositivistas aliaram-se a duas outras de fundamental importância: a *teoria material da Constituição* e o *culturalismo jurídico*. Tais movimentos é que constituíram aquilo que se passou a denominar de *pós-positivismo* de que o tempo não nos permite tratar aqui.¹⁷

II - Regras dos jogos e regras constitucionais

4 Introdução

6 A teoria do direito não raro se refere às *regras dos jogos* como um processo auxiliar da compreensão das regras jurídicas, assim, p. ex., John R. Searle (não jurista), Alf Ross e Joseph Raz. Não temos espaço para expor aqui suas concepções. Limitar-nos-emos à concepção de Gregorio Robles.

5 Regras dos jogos: Gregorio Robles

7 Gregorio Robles resolveu as dúvidas e as ambiguidades de Raz no seu livro instigante sobre as *regras do direito e as regras dos jogos*.¹⁸ Utiliza o exemplo do jogo para definir os vários tipos de regras. O jogo é o resultado de uma *convenção*; só existe porque, em alguma época, determinados homens se puseram de acordo

constitutionnel - c'est-à-dire les normes qui régissent la création des normes juridiques générales”. *Idem* na versão portuguesa (p. 90).

14 *Idem, ibidem*, p. 99 e 100.

15 Cf. *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, “Introdução”, p. IX: “The most powerful contemporary version of positivism is that proposed by H. L. A. Hart, and it is Hart’s version which is criticized in this book”.

16 Cf. *op. cit.*, p. 22 *et seq.*

17 Cf. “A nova interpretação constitucional”, em George Salomão Leite (*Dos princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 66; na Conclusão n. III, p. 87 e 88) os autores oferecem o conceito com bastante diferença.

18 Cf. *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*. México: UNAM, 1988.

em torno de como haveriam de comportar-se, se queriam jogar determinado jogo. Surgiram, assim, as regras do jogo. A formação do Estado, de uma sociedade constitucionalmente organizada, parece-se com isso. Quer dizer, a formação do jogo recorda a maneira de conduzir-se do legislador constituinte dentro de um Estado. A Constituição é o resultado de uma *convenção*, existe porque certos homens, ditos representantes do povo, se puseram de acordo para a sua formação. E assim surgem as *regras constitucionais*.

6 Os três tipos de regras

8 No futebol, há três tipos de regras: a) as *regras de organização do espaço*; b) as *regras de procedimento*; c) as *regras de condutas*, que são aquelas que definem a conduta dos jogadores durante o jogo. As primeiras são regras de criação do *ser*, de organização do espaço onde o jogo se dá, sem elas o espaço não existirá e assim nem existirá o jogo, são *regras ônticas*. As segundas são regras de produção do jogo, são regras disciplinadoras do processo de jogar; sem elas o jogo também não se produz, são *regras de procedimento*. Vale dizer, ambas são regras *necessárias*, porque sem elas o jogo não existirá. As terceiras são *regras de conduta*, que, mesmo sendo infringidas, não interferem com a existência do jogo, porque apenas provocam sanções. São regras que proíbem ou obrigam modos de conduzir; assim, são regras que exprimem modalidades deônticas e, pois, regras prescritivas; portanto, *regras deônticas*, por isso são chamadas *normas de conduta*.

9 Há aí dois tipos de regras que orientam diretamente a ação de jogar, porque exigem determinada forma de ação: as *regras de procedimento* e as *regras de conduta*. O outro tipo não se dirige diretamente à ação, porque apenas disciplina o âmbito do jogo. O jogo é uma *convenção*, ou seja, algo que só existe porque em certo momento determinadas pessoas se puseram de acordo em torno de como haveriam de comportar-se daí por diante se quisessem jogar determinado jogo. Uma *convenção* pode ser definida como “um acordo entre dois ou mais homens em virtude do qual a partir de determinado momento algo é ou deverá ser de determinada maneira”. Vale dizer, o jogo é um ser, mas diferentemente de um ser natural ou de um ser lógico, é um *ser convencional*, pois tem sua origem em uma convenção. Antes disso, o jogo não existia. A convenção criadora do jogo é uma convenção criadora de um ser, posto que o jogo é um ser, uma coisa. Por isso, fala-se em *convenção ôntica*. “Ôntico” é um adjetivo de origem grega que se refere à estrutura do ser. *Convenção ôntica* é aquela que dá origem a um ser. Aqui, o ser é o jogo. Agora se entende; as regras que dão a organização do jogo, as regras que dão estrutura à convenção para que o jogo exista são *regras ônticas*, porque definem a própria existência do ser, como as que definem a estrutura, a forma do tabuleiro do xadrez ou a estrutura, forma do campo de futebol, são regras que exprimem uma necessidade, no sentido de que são necessárias para que o jogo exista, porque criam o espaço em que o jogo deve realizar-se; por isso, como foi dito, são regras ônticas, regras que se expressam mediante o verbo *ser*. Bem, mas o jogo não existe apenas com a criação do espaço (tabuleiro, campo, mesa de tênis, mesa de bilhar etc.) em que se vai jogar. O jogo existe para ser jogado, e a ação de jogar é regulamentada também por regras que definem como jogar corretamente, regras que definem como proceder na ação de jogar; são, por isso, *regras técnicas*; regras que definem o procedimento, por isso, *regras de procedimento*. Veja-se que, aqui, as regras se dirigem diretamente à ação de jogar, porque definem a forma da ação dos jogadores durante o jogo. Também essas regras são regras de

necessidade, regras necessárias, porque sem elas o jogo não existirá, porque não pode ser jogado. Os jogadores *têm que* atender a essas regras técnicas, para que o jogo exista corretamente. Quer dizer, é *necessário* que se atenda às regras técnicas, que se proceda de acordo com elas, para que o jogo seja jogado. Isso significa que as regras técnicas se expressam pelo núcleo do verbo *ter que*. “Ter que” supõe uma necessidade não uma simples possibilidade.

10 Ora, vimos que há um terceiro grupo de regras que são regras de comportamento, mas que não dizem respeito à existência do jogo, que são regras que definem a conduta dos jogadores na ação de jogar. São *regras de conduta*. São, por isso, regras passíveis de serem desrespeitadas, sem que isso interfira com a existência do jogo, porque são aquelas que disciplinam possíveis faltas dos jogadores. São regras que dizem que os jogadores *devem ser* leais, *devem jogar* o futebol com os pés, salvo o goleiro etc. São regras que supõem a *possibilidade* de os jogadores cometerem faltas e assim ficarem sujeitos a uma sanção. São, por isso, regras que expressam um *dever ser*. Por isso são chamadas *regras deônticas*. “Deôntico” é um adjetivo de origem grega que se refere ao *comportamento ético*. Não ao comportamento técnico. Por isso as *regras deônticas* são *normas de conduta* cuja infração pode gerar sanção.

7 Regras de direito constitucional

11 Cabe agora a indagação quanto a saber se as *regras do direito constitucional* se enquadram no sistema que acaba de ser descrito. Começemos pela observação conhecida de que as regras de direito constitucional integram uma Constituição, e essa é o produto da atuação do poder constituinte. Se observarmos bem, podemos verificar que as formas de criação do jogo recordam a maneira de conduzir-se do legislador constituinte dentro de um Estado. Um grupo de pessoas, representando o povo, convém na organização do Estado e seus poderes de uma determinada forma, por meio de regras que introduzem na Constituição. Se convém, concordam, ajustam-se é porque estão convencendo alguma coisa, estão fazendo uma *convenção*. Aliás, uma das formas de atuar do constituinte é a Convenção. A Convenção de Filadélfia que produziu a Constituição dos Estados Unidos. “Convenção” é o conjunto de pessoas reunidas para determinado fim, mas também se chama “convenção” ao produto dessa reunião, que, para diferenciar, se fala em *convenção convencional*, como será a Constituição.

12 Regras de direito constitucional são as que integram a Constituição formal, rígida e dotada de supremacia. Duguit dissera sobre as regras de direito no capítulo inicial de seu justamente famoso *Traité de Droit Constitutionnel*, e aí introduziu uma distinção entre *regras de direito normativas* (ou *normas jurídicas*) e *regras de direito construtivas* (ou *regras técnicas*), que não merecera tratamento científico posterior, e só agora mais recentemente se vem retomando essa distinção. Essa passagem de León Duguit mostra que regra é termo genérico, de que norma é uma espécie.

8 Três tipos de regras constitucionais

13 Voltemos às regras do jogo. Vimos que, no futebol, encontramos três tipos de regras: *regras ônticas*, *regras técnicas de procedimento* e *regras deônticas ou normas*. O que queremos mostrar é que, no direito constitucional, também esses três tipos de regras são encontradas. Começemos por uma pequena discordância em relação a Luís Roberto Barroso, quando diz que as regras de organização não se destinam a

disciplinar comportamentos de indivíduos ou grupos. Pois, todas as regras jurídicas se destinam a disciplinar o comportamento humano. A diferença está em que umas disciplinam diretamente a ação humana, enquanto outras só o fazem de modo indireto, porque não são regras que estabelecem exigências de conduta. Por isso, é certo que não são regras de conduta, mas são regras que criam os pressupostos necessários ao desenvolvimento de condutas queridas juridicamente, porque a ação requerida, como conduta juridicamente prevista, só é possível mercê da preexistência dessas regras que estabelecem a organização do âmbito em que se realiza a conduta juridicamente ordenada. Por exemplo, a regra constitucional, segundo a qual a *República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal* não disciplina conduta humana, por si. Trata-se de uma regra de organização do *Estado brasileiro*, que é o tabuleiro em que se movem as peças da vida brasileira, é o campo onde os membros da sociedade brasileira jogam, porque é o espaço dentro do qual o poder de império atua sobre bens e pessoas, é o âmbito, enfim, de validade do ordenamento jurídico do Brasil. É uma regra de organização do Estado, em forma de federação, e do governo, em forma de República. Se não regula a conduta, estabelecendo direitos e obrigações para as pessoas, cria os pressupostos e princípios que definem limites à ação de entidades e pessoas. Ela é uma *regra ôntica*, porque atua sobre uma realidade existente: um território estatal, organiza esse território. Cria ou recria o Estado brasileiro; define sua forma e a forma de seu governo. Constitui a Federação e a República.

14 Como já ficou dito antes, as *regras técnicas* são aquelas que assinalam os meios necessários para se conseguirem os fins propostos, são regras que definem os procedimentos mediante os quais se elaboram as decisões. Regras que regulam as atividades daqueles que têm que tomar decisões, dentro de sua competência, e de acordo com regras de procedimento. O direito constitucional – a Constituição – está repleto de regras de procedimento, merecendo destaque as que definem o procedimento de intervenção nos Estados e Municípios (art. 36), as referentes à decretação do estado de defesa e do estado de sítio (arts. 136 a 141), especialmente as que definem o processo legislativo, o processo de formação de emendas constitucionais e das leis (arts. 59 a 69) e as que dispõem sobre o procedimento de fiscalização e controle pelo Tribunal de Contas (art. 71). Não são, porém, regras que prescrevem, diretamente, ao povo, às pessoas, modos de conduta, que lhe impõem obrigações ou proibições, portanto não são regras prescritivas da ação humana, logo não são normas.

15 Além desses dois tipos de regras constitucionais, temos as *regras deônticas*, regras de conduta pelas quais são prescritos direitos, proibições e obrigações das pessoas e entidades. São, como vimos, regras que contêm um *dever ser*, porque dizem que a conduta *deve ser* deste ou daquele modo. Não diz que ela é deste ou daquele modo. Por isso é que as *regras deônticas* são as típicas *normas jurídicas*. Assim são as regras integrantes da declaração constitucional dos direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana, ou seja: *direitos individuais* (art. 5º); *direitos coletivos* (art. 5º); *direitos sociais* (arts. 6º e 193 ss); *direitos à nacionalidade* (art. 12) e *direitos políticos* (arts. 14 a 17). Estas são as típicas normas constitucionais porque exprimem modalidades deônticas; exprimem *dever ser*, prescrevem condutas como devidas.

9 Os princípios

16 A questão é: onde estão os princípios nesse esquema? Antes de mais nada tentemos desmistificar o termo *princípio*, sem necessidade de recorrer a Aristóteles. Toda ciência se fundamenta em uns quantos princípios. Mas ela não os inventa. *Princípios* são matérias de fato no sentido de que não são invenções teóricas, mas fatos reais.¹⁹ Aí está o mal do principialismo constitucional que nos avassala, porque construído sobre “princípios inventados pela teoria”, criação artificial que falseia o conhecimento constitucional. Vale, pois, dizer que os princípios jurídicos não são criações artificiais, como pensam os positivistas. Cumpre-nos fundamentar esse entendimento com algo insofismável, qual seja, o de que toda sociedade humana possui certa bagagem cultural que se traduz em ideais comunitários e símbolos de consciência grupal. Aí, no jogo das relações humanas, no entrelaçamento dos interesses, formam certos ideais particulares de justiça dotados de incipiente normatividade, ainda como simples sentimento jurídico ou representações jurídicas, “que se formam em virtude de valores que se projetam sobre fenômenos sociais variáveis, e precedem a *regra de direito objetivo*, são o antecedente natural das normas jurídicas promulgadas pelo legislador”.²⁰ Essas representações, em verdade, são os princípios em formação a serem descobertos pelo legislador ou pela doutrina. “A descoberta final do princípio tem relevante importância para a ciência [*diz Jhering*], não somente por já se encontrar concentrada e unida toda à matéria jurídica existente, anteriormente dispersa, mas, também, porque uma vez encontrado e reconhecido, tornar-se-á fonte de novas regras de direito”.²¹ E aí um dado relevante: o *princípio como fonte das regras do direito*.

17 Podemos avançar um pouco mais. O direito se constitui de instituições: as *instituições jurídicas*. Toda instituição, assim também as jurídicas, se organizam em torno de uma ideia. E “as ideias em torno das quais se configuram as instituições são princípios jurídicos”. Ou seja: “A instituição se cria como consequência de que existe um valor na comunidade que determina que um tipo de problemas concretos se resolvem outorgando a solução mais acorde com o mesmo. Isto é, porque existe já um princípio jurídico que exige esta solução”.²²

18 A experiência histórica mostra que primeiramente surge a “representação jurídica”, a ideia de uma instituição jurídica e, se essa representação, essa ideia, se amplia, começam os doutrinadores a preocupar-se com ela, especulando a seu respeito, ou o próprio legislador a intui e cria regras pertinentes, e, assim, legisladores e doutrinadores oferecem as soluções possíveis para os diversos problemas que se apresentam.

O que é importante é ressaltar que o caráter comum de todos os princípios é o de ser fonte, de onde derivam o ser, a geração, ou o conhecimento, entre os quais uns são imanes, outros, exteriores.

19 O ser dos princípios constitucionais, como de qualquer princípio jurídico, se apresenta no *plano ontológico* e no *plano da linguagem*. No plano ontológico se trata

19 Cf. NICOL, Eduardo. *Los Principios de la Ciencia*. 1. ed. 4. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 97 e 425.

20 Cf. REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. São Paulo: Livraria Martins Ed., 1940. p. 80. O autor mudou um pouco o texto em edições posteriores (cf. 5. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95). Cf. também SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 11 *et seq.*

21 Cf. *op. cit.*, v. 3, p.97.

22 Cf. BELDIEZ ROJO, Margarita, *op. cit.*, p. 51.

de descobrir o princípio em sua estrutura material. No plano da linguagem se trata de apreender o princípio no seu enunciado formal.

20 O termo *princípio*, no plano ontológico, se refere a algo só captável intuitivamente, qual seja, aquela *ideia-germe* e *ideia-força* das instituições jurídicas, *ideia-geratriz* das regras jurídicas que formam determinada instituição jurídica. Ideia que só se revela, concretamente, depois da formação da respectiva instituição jurídica (plano da linguagem), razão por que, não raro, se pensa que ela não é precedente, mas consequente, ou seja, que não é dessa ideia que vêm as regras institucionais, mas destas é que se induz aquela. Há aqui uma inversão de planos. O plano da linguagem pode até explicitar o ser dos princípios que está no plano ontológico. A experiência jurídica, no entanto, prova que a ideia da instituição é precedente.

21 A dificuldade de captar o sentido da palavra “princípio” está na circunstância de que é uma palavra que *conota propriedades universais*, tal como as palavras “ser”, “ente”, “entidade” e outras semelhantes, que, por serem dotadas de propriedades simples e irredutíveis, não se encaixam em gêneros, não podem ser espécies de nenhum gênero; por isso, são indefiníveis pelo método gênero/diferença específica.²³ Quer isso dizer que os princípios não podem ser espécies de outro gênero, porque constituem aquilo que se chama de *summum genus*.²⁴ A dificuldade que a doutrina tem encontrado para distinguir princípios de regras decorre do fato de ter-se posto princípio como espécie de normas no mesmo plano das regras. Por isso, as definições de princípios e regras de Robert Alexy só aparentemente se subordinam à relação espécies/gêneros, porque, em verdade, têm natureza de *definições operacionais*. Aliás, isso fica evidente quando ele reduz a definição de princípio a “*mandamentos de otimização*”,²⁵ destacando o resultado, não a diferença específica.

22 Vejamos: “*princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*”; “*as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas*”.²⁶ Quando se diz: “*os princípios são normas*”, “*as regras são normas*”, está-se incluindo os dois termos no gênero mais próximo: *norma*, como a dizer “o homem é animal”, mas na definição de homem se acrescenta o elemento que o distingue dos outros animais, isto é: o *racional* (o homem é um animal racional). É essa diferença que falta nas definições de *princípios* e *regras*. Na verdade, naquelas definições a distinção está sendo buscada nos resultados: os *princípios* como “algo que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”; essa cláusula final, por outro lado, desvia o resultado para circunstâncias aleatórias; ou seja, a definição de princípios fica na dependência de algo indefinido. Também as regras são definidas pelo resultado: satisfação ou insatisfação. Isso denota *definição operacional*. A definição de um termo é operacional quando estabelece que o termo é aplicável a um determinado caso, se somente a realização de operações específicas e apropriadas a esse caso, produzir um resultado específico.²⁷ Isso demonstra que princípio não é espécie de norma.

23 Como os princípios fundamentam a existência das regras, é fácil concluir que sua natureza é a mesma das regras, por isso, aos três tipos de regras, correspondem

23 “*Definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*”.

24 Cf. COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 127.

25 Cf. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 90.

26 *Idem*, *ibidem*, p. 90-91.

27 Cf. COPI, op. cit., p. 127.

três tipos de princípios, ou seja: a) *princípios constitucionais ônticos*, começo, fontes e fundamentos das regras ônticas; b) *princípios constitucionais de procedimento*, começo, fontes e fundamentos das regras técnicas de procedimento; c) *princípios constitucionais deônticos*, começo, fonte e fundamentos das regras deônticas. Nessa teoria, a distinção entre princípios e regras não aquele cavalo de batalha da teoria de Alexy, porque a distinção sai tranquila da relação entre o fundamento e o ser fundamentado.

10 Conclusão

24 Para concluir, só queremos informar que essa exposição foi elaborada com passagens de vários capítulos de obra que o autor pretende publicar nos próximos três ou quatro anos.

**Publicado originalmente na Revista nº 47 jan./mar. 2013, p. 93.*

A CONSTITUIÇÃO E AS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS**

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA*

1. No pensamento praticamente unânime da doutrina atual, não se deve reduzir o conceito de ação, mesmo em perspectiva abstrata, à simples possibilidade de instaurar um processo. Seu conteúdo é mais amplo: abarca extensa série de faculdades cujo exercício se considera necessário, em princípio, para garantir a correta e eficaz prestação da jurisdição.¹ Dentre tais faculdades sobressai o chamado direito à prova. Sem embargo da forte tendência, no processo contemporâneo, ao incremento dos poderes do Juiz na investigação da verdade,² inegavelmente subsiste a necessidade de assegurar aos litigantes a iniciativa – que, em regra, costuma predominar – no que tange à busca e apresentação de elementos capazes de contribuir para a formação do convencimento do órgão judicial.

É evidente que o direito à prova implica, no plano conceptual, a ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis. A regra é a admissibilidade das provas; e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas, por alguma razão relevante. Esse o princípio fundamental, que se reflete, por exemplo, na propensão dos modernos ordenamentos processuais para abandonar, na matéria, a técnica da enumeração taxativa e permitir que, além dos documentos, depoimentos, perícias e outros meios tradicionais, em geral minuciosamente regulados em textos legais específicos, se recorra a expedientes não previstos em termos expressos, mas eventualmente idôneos para ministrar ao Juiz informações úteis à reconstituição dos fatos (provas “atípicas”).³

2. Por outro lado, convém ter presente que no direito em geral, e no processo em especial, é sempre imprudente e às vezes muito danoso levar até as últimas conseqüências, como quem dirigisse veículo sem fazer uso do freio, a aplicação

* José Carlos Barbosa Moreira é Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

** Conferência pronunciada em Belo Horizonte, em 10.10.1996, e em Salvador, em 18.10.1996. O texto (acrescido das notas) resulta da tradução, revista, ampliada e atualizada, de artigo escrito em castelhano, sob o título “*Restricciones a la prueba en la Constitución brasileña*”, para integrar o volume de estudos, a ser editado no México, em memória de **Ignacio Medina Lima**, e nessa forma originária publicado na “*Revista de Derecho Procesal*” (espanhola), nº 3/95, e na “*Revista Uruguaya de Derecho Procesal*”, nº 1/96.

1 Lê-se em moderna e prestigiosa obra de teoria geral do processo: “A garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não só a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz” (**Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Dinamarco, Teoria geral do processo**, 12ª ed., S. Paulo, 1996, pág. 256).

2 Desse ponto de vista, não é possível deixar de enxergar surpreendente e melancólico retrocesso no *Codice di procedura penale* italiano de 1988, cujo art. 190.1 restringe a iniciativa oficial às hipóteses expressamente contempladas: “*La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio.*”

3 Por exemplo, art. 332 do Código de Processo Civil: “*Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para demonstrar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.*” A disposição inspirou-se no art. 87 do Código vaticano, cuja redação, cabe observar, é mais clara; para uma comparação entre o modelo e a cópia, vide **Barbosa Moreira**, “*Il codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano*”, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Pádua, 1994, vol. I, pág. 9, ou *Temas de Direito Processual, Quinta Série*, S. Paulo, 1994, pág. 194-5.

rigorosamente lógica de qualquer princípio. Desnecessário frisar que os princípios processuais estão longe de configurar dogmas religiosos. Sua significação é essencialmente instrumental: o legislador adota-os porque crê que a respectiva observância facilitará a boa administração da justiça. Eles merecem reverência na medida em que sirvam à consecução dos fins do processo, e apenas em tal medida.

Ademais, com muita frequência hão de levar-se em consideração, ao mesmo tempo, dois ou mais princípios ordenados a proteger valores igualmente importantes para o direito, mas suscetíveis de achar-se em recíproca oposição. Trata-se de fenômeno assaz conhecido: não seria temerário afirmar que toda norma jurídica resulta de uma tentativa, mais ou menos bem sucedida, de conciliar necessidades contrapostas de política legislativa, entre as quais é mister fixar um ponto de equilíbrio.

A disciplina da atividade probatória não constitui aqui exceção. Facilmente se entende que o afã de tornar convincente para o órgão judicial esta ou aquela versão dos fatos possa induzir a parte a exceder as fronteiras do razoável, em detrimento de interesses também juridicamente relevantes. Por exemplo, o ordenamento protege – e hoje não se conceberia que deixasse de fazê-lo – o interesse que tem toda pessoa na preservação de sua intimidade. Daí certas limitações à liberdade de investigar e à exigibilidade da cooperação de terceiros: *v.g.*, a autorização dada à testemunha para negar-se a responder a perguntas relativas a fatos cuja divulgação poderia causar-lhe grave dano, inclusive de natureza moral.⁴

3. Em semelhante contexto vem-se suscitando a questão das provas adquiridas com infração a uma norma jurídica.⁵ Conforme bem se sabe, manifestam-se a tal respeito duas teses radicais. De acordo com a primeira,⁶ deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do Juiz; a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda, o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.

Entre esses extremos, tem-se proposto soluções mais matizadas. Pensam muitos que a complexidade do problema repele o emprego de fórmulas apriorísticas e sugere posições flexíveis. Seria mais sensato conceder ao Juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos; atenta a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que medida.

4 Assim o art. 406, nº I, do Código de Processo Civil: “A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I. que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau.”

5 Dadas as vastas proporções já atingidas pela literatura, não é simples a escolha de indicações bibliográficas. Para um claro resumo das várias posições doutrinárias, *vide* **Ada Pellegrini Grinover**, “Provas ilícitas”, in *O Processo em sua unidade*, II, Rio de Janeiro, 1994, págs. 172-4.

6 Dominante, registre-se, não apenas em países de regime autoritário, como os que formavam o antigo bloco socialista, mas também noutros de tradições inquestionavelmente liberais (no sentido mais nobre da palavra), *v.g.* Inglaterra, Canadá, Austrália, Bélgica, Dinamarca, Suíça: *vide* **Ada Pellegrini Grinover**, *Liberdades públicas e processo penal*, 2ª ed., S. Paulo, 1982, págs. 116 e segs., 129 e segs.

Alude-se, a tal propósito, ao chamado princípio da proporcionalidade.⁷ Há que verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites por aquela determinados; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, e a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar se, dos dois males, se terá escolhido realmente o menor.

4. As vezes se imputa a semelhante doutrina o risco de dar margem à excessiva influência de fatores subjetivos e, por conseguinte, à emergência do arbítrio judicial. Mas cumpre não perder de vista quão freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do Juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como o de “bons costumes”, o de “mulher honesta” ou o de “interesse público”. A subjetividade do Juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir; se pretendêssemos eliminá-la de todo, seríamos forçados a substituir por computadores os magistrados de carne e osso. Visões desse gênero, projetadas num hipotético futuro, já têm provocado pesadelos demais...

Chegou-se a expressar o receio de que a aplicação do princípio de proporcionalidade conduza a “aberrações”.⁸ É o caso de perguntar se porventura nunca se poderão mostrar mais aberrantes os resultados da estrita observância da proibição de levar em conta qualquer prova cuja aquisição se afigure ilegal.

Suponhamos, por exemplo, que em processo civil, onde se pleiteia a condenação do réu a cumprir certa obrigação, o autor alegue que o adversário lhe furtara o documento oferecido como prova de já se haver extinguido a obrigação. O Juiz civil tem de examinar a alegação e resolver a questão suscitada, para saber se pode ou não basear a decisão nesse documento. Por hipótese, ele reconhece a ocorrência de furto, rejeita o documento como prova ilícita e, na ausência de outras favoráveis ao réu, condena-o a satisfazer a pretensão do autor. É óbvio que a solução adotada pelo Juiz civil, ainda que transite em julgado a sentença, não produzirá efeitos fora do pleito que lhe tocava julgar, e de maneira alguma impedirá que, em subsequente processo penal, o órgão competente para decidir *principaliter* a matéria venha a absolver o suposto infrator, negando a existência do fato delituoso e afirmando que fora absolutamente regular o comportamento do réu. *Quid iuris?* No feito civil desprezou-se uma prova que, afinal de contas, não era ilícita. O litigante que apresentara o documento terá sofrido manifesta e injusta lesão no direito de provar suas alegações – lesão que se cristalizará em definitivo, caso não exista no ordenamento remédio idôneo para ensejar, em tal hipótese, a revisão do julgamento civil. Porventura não se há de ver nisso uma aberração?

7 Preconizava a adoção desse princípio, sob o regime anterior, **Moniz de Aragão**, *Exegese do Código de Processo Civil*, vol. IV-I, Rio de Janeiro, sem data, págs. 82-3. Cf., já na vigência da atual Carta Política, **Nelson Nery Junior**, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, págs. 141-2. Vide sobre o tema, na Espanha, **Asencio Melado**, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madri, 1989, págs. 96 e segs., e sobretudo **Gonzalez-Cuellar Serrano**, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madri, 1990, *passim*. Na Alemanha faz tempo que se invoca, na jurisprudência e na doutrina do processo penal (v. g. **Henkel**, *Strafverfahrensrecht*, 2ª ed., Stuttgart - Berlim - Colônia - Mainz, 1968, pág. 270; **Kern-Roxin**, *Strafverfahrensrecht*, 13ª ed., Munique, 1975, pág. 10), o *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* (ou *Verhältnismässigkeitsprinzip*).

8 A expressão é de **Ada Pellegrini Grinover**, *ob. cit.* (nota 5), pág. 177. Mas a posição da autora parece atenuada em trabalho mais recente: “As provas ilícitas na Constituição”, in *O processo em evolução*, S. Paulo, 1996, pág. 49.

5. A Constituição de 1988 distingue-se das antecessoras, entre outras coisas, pelo maior relevo que deu aos temas processuais, e – ao contrário do que antes quase sempre sucedia – não só no campo penal. É natural que se haja ocupado de nosso problema. Nos trabalhos da Assembléia Constituinte exerceu grande influência um grupo de juristas, que prestou excelentes serviços de assessoria aos congressistas. Deve-se principalmente a eles a inclusão de várias disposições importantes no texto constitucional, sobretudo no que tange às garantias processuais dos direitos individuais e coletivos.

Predominava nesse grupo a corrente hostil à admissibilidade das provas obtidas mediante comportamento ilegal. Não surpreende que a Constituição haja adotado a tese proibitiva, em termos literalmente categóricos. Reza, com efeito, o art. 5º, nº LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Com a ressalva que em breve se mencionará (nº 9), ante regra de semelhante teor não parece haver lugar para exceções, e nem sequer para atenuações.

6. Apesar disso, é irrealístico pensar que se logre evitar totalmente a conveniência (ou melhor, a necessidade) de temperar a aparente rigidez da norma. Para não ir mais longe: como se procederá, se um acusado consegue demonstrar de maneira cabal sua inocência, com apoio em prova que se descobre ter sido ilicitamente adquirida? Algum Juiz se animará a perpetrar injustiça consciente, condenando o réu, por mero temor de contrariar à proibição de fundar a sentença na prova ilícita? Essa questão já preocupa a doutrina, que nega em tal emergência a aplicabilidade do art. 5º, nº LVI, da Constituição. Invocando jurisprudência norte-americana, argumenta-se que o direito de provar a inocência deve prevalecer sobre o interesse de proteção que inspira a norma proibitiva, e acrescenta-se que não pode interessar ao Estado a condenação de um inocente, a qual implicará talvez a impunidade do verdadeiro culpado.⁹

Todavia, se a defesa – à diferença da acusação – fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que, atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas

⁹ Assim, na mais recente literatura, **Antonio Magalhães Gomes Filho**, *Sobre o direito à prova no processo penal*, S. Paulo, 1995, pág. 107. À mesma conclusão, invocando a garantia constitucional da “ampla defesa”, chega **Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho**, *O processo penal em face da Constituição*, Rio de Janeiro, 1992, págs. 25-6. Para ela também parece inclinar-se, embora em termos menos categóricos, **Julio Fabbrini Mirabete**, *Processo Penal*, 4ª ed., S. Paulo, 1995, pág. 260. Consoante informa **Luiz Francisco Torquato Avolio**, *Provas ilícitas*, S. Paulo, 1995, pág. 77, as “Mesas de Processo Penal”, ligadas ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, consagraram em *Súmula* (nº 50) a seguinte proposição: “Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa.”

controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o “poderoso chefe” local.

7. Seja como for, o essencial aqui é pôr em realce o caráter *relativo* que por força se tem de atribuir ao princípio constitucional atinente à inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas.¹⁰ Visto que, ainda entre os juristas mais comprometidos com a tese da proibição, se acaba por admitir que ela não se aplica de modo automático e indiscriminado sob quaisquer circunstâncias, fica aberta a possibilidade de uma construção jurisprudencial que tome na devida conta as variáveis necessidades sociais.

Sabemos todos que as normas jurídicas em geral, e as normas constitucionais em particular, se articulam num sistema, cujo equilíbrio impõe que em certa medida se tolere detrimento aos direitos por elas conferidos. Os interesses e valores que as inspiram não raro entram em conflito uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita. Para assegurar a harmonia do conjunto, é imperioso reconhecer que eles se limitam reciprocamente de modo inexorável. Basta recordar, por exemplo, como a liberdade de manifestação do pensamento e a da atividade de comunicação podem encontrar fronteiras na necessidade de resguardar a honra alheia ou o direito do autor de divulgar ou não os produtos de seu engenho e arte.

A possibilidade de provar alegações em juízo é ínsita na de submeter à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (Constituição, art. 5º, nº XXXV). Não parece razoável que se lhe tenha de sobrepor *sempre*, abstraindo-se de tudo mais, a preservação da intimidade de quem haja motivos para supor que possa ter incidido, ou estar incidindo, ou em vias de incidir, em algum comportamento antijurídico. Daí a conveniência de deixar ao aplicador da norma restritiva determinada margem de flexibilidade no respectivo manejo. Só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue a solução conforme à Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade.

8. Têm-se notados sinais de reação, aqui e ali, aos exageros a que leva uma consideração unilateral do problema. Em decisão recente e unânime, de 5.3.1996, no *Habeas corpus* nº 4.138 – e na qual se indica precedente análogo – esposou a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendimento matizado, rejeitando a alegação de inadmissibilidade de gravação de conversa telefônica, mediante escuta policial supostamente ilícita, no presídio a que se achavam recolhidos os impetrantes. Acentuou o Relator, Ministro Adhemar Maciel, a relatividade dos direitos contemplados no texto constitucional, decorrente da própria necessidade de harmonização recíproca, e referiu-se ao “substrato ético” que não pode deixar de orientar o intérprete na fixação dos limites razoáveis.

Independentemente do juízo que cada um faça sobre a solução dada à espécie, não sofre dúvida a relevância de argumentos contidos na motivação do acórdão. Com razão sublinha o Ministro Relator quão descabido é arvorar em valor supremo, sejam quais forem as circunstâncias, a privacidade deste ou daquele indivíduo: “pode haver”, adverte, “do outro lado da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.”

¹⁰ No dizer de Celso Ribeiro Bastos, in Celso Ribeiro Bastos - Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., S. Paulo, 1989, pág. 273, “o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa de sua redação.”

9. Retomemos o fio da meada. Em linha de princípio, a violação do art. 5º, nº LVI, da Constituição acarreta a ineficácia das provas ilícitas e, eventualmente, a nulidade da sentença nelas fundada.¹¹ Esta última consequência, porém, não se produz senão quando se trata do único fundamento, ou pelo menos do fundamento principal da decisão. Se o Juiz, ao motivá-la, invoca outras razões suficientes de *per si* – quer dizer, se o conteúdo da sentença permaneceria idêntico ainda com abstração da prova impugnada como inadmissível –, então não há porque invalidar o julgamento.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou mais de uma vez nesse sentido. Ao julgar o *Habeas corpus* nº 69.079, em 17.3.1992, considerou despidianda a irregularidade na obtenção da confissão do réu, desde que fundada a condenação noutras provas.¹² Em acórdão de 31.3.1992, no *Habeas corpus* nº 69.209, decidiu que, em iguais circunstâncias, não se deve anular a sentença unicamente por figurar, entre os elementos submetidos à apreciação do julgador, fita magnética que se alegava ter sido ilegalmente gravada.¹³

Idêntica posição, num primeiro momento, havia tomado a Corte em 30.6.1993, no *Habeas corpus* nº 69.912, também a propósito de caso em que outras provas existiam além da transcrição de fitas gravadas mediante interceptação telefônica ilícita.¹⁴ Tal decisão, porém, foi depois anulada e substituída por outra, de 16.12.1993, em que veio o Tribunal a conceder a ordem de *habeas corpus* antes denegada. Ao fazê-lo, adotou o entendimento de que, como só fora possível ter acesso às outras provas pelo uso de informações contidas nas fitas magnéticas, aquelas tinham ficado “contaminadas” pela ilicitude destas e deveriam reputar-se igualmente inadmissíveis. Acolheu-se, assim, uma doutrina de procedência norte-americana, segundo a qual o vício de origem se transmite a todos os elementos probatórios obtidos graças à prova ilícita: na conhecida expressão, não se podem aproveitar os “frutos da árvore venenosa” (*fruits of the poisonous tree*).¹⁵

10. Para determinar o exato alcance da norma constitucional atinente às provas ilícitas impende confrontar duas disposições do art. 5º: o supramencionado inciso LVI e o inciso XII, em que se lê: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Do confronto podem-se extrair algumas referências seguras: a) não é ilícita, nem por conseguinte inadmissível, uma prova obtida nos termos da ressalva constante da parte final do nº XII; b) a ressalva não abrange o segredo da correspondência, nem o das comunicações telegráficas ou de dados, mas exclusivamente o das comunicações telefônicas (*verbis* “no último caso”); c) cinge-se a ressalva à esfera criminal, não alcança o processo cível.

Acerca da primeira inferência (a), é oportuno assinalar a existência de autorizada opinião consoante a qual, para ser aplicável, teria a ressalva ficado dependente do advento de lei definidora das hipóteses e da forma exigíveis para que se tornasse lícito ao Juiz autorizar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Em semelhante perspectiva, enquanto perdurasse o silêncio do legislador – somente

11 Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, S. Paulo, 1992, págs. 116-7; Luiz Francisco Torquato Avolio, *ob. cit.* (nota 9), pág. 89.

12 “Rev. Trim. de Jurisprudência”, vol. 141, pág. 1.

13 *Ibid.*, pág. 924.

14 “Rev. Forense”, vol. 332, pág. 353.

15 *Ibid.*, pág. 381. Não tem sido constante, porém, a adesão a tal doutrina: *vide* a nota 17, *infra*.

quebrado, como se sabe, pela Lei nº 9.296, de 24.7.1996 – seria inconstitucional toda e qualquer violação do sigilo e, portanto, inadmissível toda e qualquer prova adquirida por tal meio.¹⁶

Merece alusão aqui um julgamento de grande repercussão, mesmo fora dos meios jurídicos, realizado em 7.12.1994: o da Ação Penal nº 307, em que foram réus, entre outros, o ex-Presidente **Fernando Collor de Melo** e **Paulo César Farias**.¹⁷ A defesa deste argüira em preliminar a inadmissibilidade de duas provas: a gravação de conversa telefônica, feita por uma das testemunhas, sem o conhecimento dos outros interlocutores, entre eles **Paulo César**; e os registros extraídos da memória de computador da empresa Verax, objeto de apreensão no respectivo escritório. Embora com divergências, foi a argüição acolhida em ambos os casos pelo Supremo Tribunal Federal. O relator, Ministro **Ilmar Galvão**, sustentou em seu voto que, inexistindo lei definidora das hipóteses e da forma da interceptação, não seria possível a Juiz algum, mesmo que se houvesse requerido – o que não ocorrera –, conceder autorização para gravar sub-repticiamente a conversa. Quanto aos registros do computador, tampouco assistiria à polícia o direito de apreender o aparelho sem ordem judicial, nem o de extrair dele dados particulares da empresa, ali armazenados.

Quanto à segunda inferência (b), não é fácil perceber a razão de política legislativa capaz de justificar a disciplina heterogênea da matéria no tocante, por um lado, às comunicações telefônicas e, por outro, aos demais tipos de comunicação.¹⁸ Soa extravagante que se possa outorgar ao órgão judicial o poder de autorizar uma interceptação telefônica, e a mesma providência seja, ao contrário, inadmissível no que respeita a uma carta ou a um telegrama. Se dois membros de uma quadrilha conversam por telefone, existirá a possibilidade de escutar o que dizem, sem que eles saibam; mas, se um envia ao outro folha de papel, não haverá meio lícito de descobrir o que nela foi escrito, a menos que o próprio destinatário faça a cortesia de revelá-lo... O mínimo que cabe dizer é que o legislador constituinte revelou aí estranho amor pelo paradoxo.¹⁹

16 Nesse sentido, *v.g.*, **Tourinho Filho**, *Processo Penal*, 3º vol., 12ª ed., S. Paulo, 1990, pág. 213; **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Scarance Fernandes** e **Antonio Magalhães Gomes Filho**, *ob. cit.* (nota 11), pág. 147, com indicações de jurisprudência, às quais é oportuno acrescentar o mencionado acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 30.6.1993, no *Habeas corpus* nº 69.912. O mesmo argumento, entre outros, foi utilizado no julgamento da Ação Penal nº 307, a que nos referimos no parágrafo subsequente do texto. Diversamente, ao julgar o *Habeas corpus* nº 69.204 (26.5.1992), a Corte Suprema havia admitido a eficácia de autorização judicial para gravação de conversa telefônica entre uma das vítimas de concussão e seu advogado (“*Rev. Trim. de Jurisprudência*”, vol. 144, pág. 213).

17 “*Rev. For.*”, vol. 335, págs. 183 e segs. Registre-se que, nesse julgamento, por maioria de votos, foi rejeitada (págs. 185, 437) a tese de que a ilicitude na obtenção de uma prova repercutiria sobre as adquiridas em consequência, tornando-as igualmente inadmissíveis; isto é, o Tribunal não aplicou a doutrina dos “frutos da árvore venenosa” (cf. o voto de Ministro Celso de Mello, que expressamente a aplicava: pág. 367).

18 Cf. **Alcino Pinto Falcão**, in **Whitaker da Cunha** e outros, *Comentários à Constituição*, 1º vol., Rio de Janeiro, 1990, pág. 190: “o inciso [nº XII] contém a singularidade injustificável de abrir exceção para o caso de comunicações telefônicas, deixando de dar igual tratamento para as telegráficas e radiofônicas, pondo de lado a parêmia milenar *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, de boa aceitação para a exegese do direito constitucional”. Também criticam a disposição **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Scarance Fernandes** e **Antonio Magalhães Gomes Filho**, *ob. cit.* (nota 11), págs. 116-7. **Julio Fabbrini Mirabete**, *ob. e lug. cit.* (nota 9), chega a admitir, “apesar da má redação do dispositivo constitucional”, a possibilidade de “regulamentação de ordem judicial para violação do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas e de dados, com fins probatórios na área penal.”

19 Observa **Alcino Pinto Falcão**, *ob. e lug. cit.* (nota 12), a incoerência entre o texto do art. 5º, nº XII, e as disposições dos arts. 136, nº I, b e c, e 139, nº III, nos quais, ao enumerar as restrições imponíveis aos direitos fundamentais por ocasião do “estado de defesa” e do “estado de sítio”, respectivamente, a Constituição se refere indiscriminadamente à inviolabilidade da correspondência e ao sigilo das outras modalidades de comunicação.

11. Tampouco parece razoável – e o tema, ao nosso ver, faz jus a consideração especial – a diferença que se estabeleceu (c) entre o campo penal e o civil.²⁰ Não se repetam aqui as velhas e desmoralizadas trivialidades sobre o caráter mais “grave” dos efeitos da sentença penal em comparação com os da sentença civil. Um pensamento superficial costuma trazer à colação, a tal respeito, a oposição entre decisões que só interessam ao patrimônio e decisões que afetam a liberdade pessoal. É esquecer que no âmbito civil se trata com frequência de problemas relativos a aspectos íntimos e relevantíssimos da vida das pessoas, como ocorre, por exemplo, nos assuntos de família; e também que no processo penal pode igualmente estar em jogo apenas o patrimônio, como acontece quando a infração não é punível senão com multa.

No direito brasileiro – e não só nele – a expressão “processo civil” compreende muito mais que a atividade judicial concernente a relações jurídicas de caráter privado. É no processo civil que se discutem e se decidem pleitos atinentes a matérias reguladas pelo direito público (administrativo, tributário, internacional e – *last but not least* – constitucional...), em regra subtraídas, não menos que as de direito penal, ao poder de disposição das partes. Os interesses sujeitos à influência do julgamento nem sempre se cingem à esfera particular dos litigantes: podem tocar a amplas coletividades, quando não à sociedade como um todo.

Dizer que o processo penal persegue a chamada “verdade real”, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada “verdade formal”, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é *uma* e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes *deva*) renunciar – na área civil e na penal – à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade.²¹

A Constituição de 1988 equiparou com acerto o processo civil (*rectius*: qualquer processo) ao penal, no que tange às garantias dos litigantes. Por exemplo: o art. 5º, nº LV, que sanciona o princípio do contraditório, nenhuma distinção admite desse ponto de vista: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. De maneira alguma se justifica a adoção de diretriz diversa no tópico aqui focalizado. A diferença de tratamento não pode deixar de causar perplexidade: eis a explicação mais provável do fato de haver ilustre constitucionalista afirmado que o texto “não distingue entre a instrução processual penal e a civil”.²² O autor terá suposto ler na Constituição aquilo que gostaria de ver nela escrito...

12. À disposição que estamos criticando corresponde o art. 15 da Constituição italiana de 1947/8. Lá, entretanto, não se incidiu no mesmo erro. O texto peninsular absteve-se de consagrar diferenças arbitrárias como a da parte final de nosso art. 5º, nº XII: “*La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazioni sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell’ autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge*” (art. 14). Se o legislador constituinte brasileiro se inspirou em tal modelo, salta aos olhos que a cópia saiu desgraçadamente pior que o original. A conclusão análoga levará o cotejo entre o nosso dispositivo e o art. 18.3 da Constituição espanhola de 1978, que reza com maior simplicidade: “*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*”

20 De acordo: **Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho**, *ob. cit.* (nota 11), pág. 146.

21 *V. g.*, a credibilidade do sigilo profissional: *vide* o art. 207 do Código de Processo Penal e o art. 406, nº II, do Código de Processo Civil.

22 **Celso Ribeiro Bastos**, *ob. e vol. cit.* (nota 10), pág.72.

Sempre no plano comparatístico, é expressivo o confronto entre o direito brasileiro e o norte-americano. Conforme bem se sabe, os Estados Unidos são o grande baluarte da resistência à admissão de provas irregularmente obtidas – resistência para a qual se tem buscado fundamento na 4ª Emenda à Constituição Federal.²³ Pois bem: naquele país, a *exclusionary rule* só se aplica normalmente contra a autoridade pública (não quanto a eventuais infratores particulares), e no terreno *penal*: em feitos de outra natureza, a ilicitude da obtenção não impede a utilização da prova, salvo casos excepcionais, como o de processo destinado à imposição de sanção administrativa grave.²⁴ O legislador constituinte brasileiro timbrou em ser mais realista que o próprio rei ...

13. A injustificável distinção feita no art. 5º, nº XII, *fine*, entre o processo civil e o penal suscita questões interessantes no plano teórico e importantes no prático. Uma delas se refere à eventualidade de que, em pleito civil, alguém invoque, como elemento de convicção para o Juiz, prova produzida em anterior processo penal. A doutrina e a jurisprudência pátrias reconhecem eficácia, sob determinadas circunstâncias, à prova “emprestada”, isto é, transferida de um para outro processo – contanto que a pessoa a quem se pretende opor a prova haja participado do feito em que ela se produzira. Pois bem: suponhamos que se cuide de fita magnética, gravada mediante interceptação telefônica para a qual se dispunha de autorização judicial. A fita era admissível como prova no âmbito penal; não no civil, já que para este não teria sido possível autorizar a interceptação. *Quid iuris* se o interessado quer utilizá-la à guisa de “prova emprestada” perante o Juiz civil?

No campo doutrinário tem-se admitido a possibilidade de semelhante utilização.²⁵ A favor dela pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela ...

Outra questão deriva do peculiar mecanismo consagrado nos arts. 63 do Código de Processo Penal e 584, nº II do Código de Processo Civil, que atribuem à sentença penal irrecorrível a eficácia de título executivo *civil*, para fins de ressarcimento do dano causado pelo crime. Significa isso que, se o Juiz penal condenou o réu, por sentença trânsita em julgado, a vítima não precisa intentar ação civil para pleitear a reparação do prejuízo sofrido em seu patrimônio: bastará que requeira ao Juiz civil, com esse objetivo, a execução da sentença penal.

Claro está que, nessa execução, já não será necessário provar a ocorrência da infração, nem a culpabilidade do infrator: são questões que a coisa julgada penal cobriu com o manto da preclusão. É concebível, porém, que no juízo criminal se haja logrado demonstrar algum pressuposto da condenação mercê de interceptação telefônica, judicialmente autorizada, sem a qual o réu teria sido com toda a certeza absolvido. Caso o interessado requeira a execução civil, poderá o devedor opor-se eficazmente a ela, alegando que a prova na qual repousara sua condenação era inadmissível na esfera civil?

23 Questão controversa: *vide*, por exemplo, **Mc Cormick**, *On Evidence*, 4ª ed., por **John William Strong**, St. Paul, 1992, pág. 284; **Del Carmen**, *Criminal Procedure*, Belmont, 1995, pág. 60.

24 *Vide La Fave - Israel*, *Criminal procedure*, 2ª ed., St. Paul, 1992, págs. 116 e segs.; **Mc Cormick**, *ob. cit.*, (nota 23), págs. 301 e segs. (em ambas as obras, copiosa ilustração da jurisprudência da *Supreme Court*).
25 **Nelson Nery Junior**, *ob. cit.* (nota 7), págs. 145-6.

A essa indagação é fácil dar resposta cabal. A coisa julgada tem o efeito de subtrair toda relevância às questões enfrentadas e resolvidas no processo de conhecimento (e até às questões que nele se *poderiam* ter enfrentado e resolvido).²⁶ Desde que a sentença transita em julgado, já nada importa saber em que provas se baseou o Juiz, com ressalva das hipóteses, por sinal excepcionais, em que a lei permite a destruição da coisa julgada; tampouco, *a fortiori*, se essas provas são idôneas para fundamentar uma condenação *civil*. Diante da condenação penal, tudo que interessa, para a execução civil, é verificar se se trata de sentença passada em julgado. Nenhuma objeção extraída do que sucedeu na instrução do processo-crime pode ter aqui a virtude de impedir semelhante execução.

14. O problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica e, em não poucos casos, antiética; de outro, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quicá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.

A Constituição de 1988 optou à evidência por uma solução - ao menos à primeira vista-radical. Não só proibiu em termos amplos a utilização de provas ilícitas, mas fixou limites muito estreitos ao poder do Juiz de, mediante autorização, legitimar a obtenção de provas que sem ela ficam sujeitas a veto literalmente categórico.

Explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguira-se recentemente o regime autoritário que por tanto tempo dominara o país, e sob o qual eram freqüentes e graves as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao “grampeamento” de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxamos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantemos por largo tempo, quando seja liberado ele fatalmente se moverá com força equivalente no sentido oposto.

É certo que outros países tiveram sorte diferente no particular. Já se mencionaram os exemplos da Itália e da Espanha, que igualmente saíram de regimes autoritários, mas souberam abster-se de determinados exageros. Não scandaliza o mundo jurídico espanhol ouvir dizer ao Tribunal Constitucional que os próprios direitos fundamentais não devem erguer “obstáculo intransponível à busca da verdade material que não se pode obter por outro modo”.²⁷ Ninguém se animará a tirar daí motivo para pôr em dúvida o caráter democrático da sociedade espanhola contemporânea. Talvez algum dia possamos reagir no Brasil com circunspeção igual. Teremos aprendido uma antiga e importante lição: a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que se repita não consiste em santificar o excesso oposto.

26 Cf. o art. 474 do Código de Processo Civil. Acerca do tema, *vide* **Barbosa Moreira**, *A eficácia preclusiva da coisa julgada material*, in *Libro Homenaje a Luis Loreto*, Caracas, 1975, pág. 295, ou *Temas de Direito Processual, Primeira Série*, 2ª ed., S. Paulo, 1988, pág. 97.

27 *Apud Asencio Mellado*, *ob. cit.* (nota 7), pág. 96.

A propósito: não merecerá particular reexame a precipitação em importar, de maneira passiva e acrítica – segundo não raro acontece – a doutrina dos “frutos da árvore venenosa”, ainda mais em formulação indiscriminada, nua dos matizes que a recobrem no próprio país de origem?²⁸ Será ela adequada à realidade do Brasil de hoje? Ampliar em tal medida, para os infratores atuais e potenciais – sobretudo na área, constantemente em expansão, da “criminalidade organizada” – a perspectiva de escapar às sanções cominadas em lei acaso contribuirá para satisfazer o generalizado clamor contra a impunidade,²⁹ vista por tantos, com razões ponderáveis (e descontados alguns excessos de paranóia), qual fator relevante na aceleração do ritmo em que vai baixando o nível ético dos nossos costumes, políticos e outros? Devemos confessar, de resto, com absoluta franqueza, a enorme dificuldade que sentimos em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal³⁰), em dar combate eficiente à praga do tráfico – combate que, diga-se de passagem, *é também um valor constitucional*, conforme ressalta da inclusão do “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” entre os “crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia” (art. 5º, nº XLIII).

Temos, no particular, a penosa impressão de ver materializar-se aos nossos olhos autêntico fantasma retardatário de um tipo de individualismo exasperadamente anti-social, que supúnhamos exorcizado há muito tempo e em definitivo. Custa-nos crer que assombrações do gênero possam fazer boa companhia na marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada.

**Publicado originalmente na Revista nº 4 jul./dez. 1996, p. 101.*

28 A jurisprudência norte-americana, com efeito, não a consagra sem ponderáveis restrições: *vide*, a respeito, **La Fave - Israel**, *ob. cit.* (nota 24), págs. 471 e segs.; **Del Carmen**, *ob. cit.* (nota 23), págs. 65 e segs. Boa informação no artigo de Danilo Knijnik, “*A doutrina dos frutos da árvore venenosa e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.93*”, in *Ajuris*, nº 66, págs. 76 e segs. Alguns dados em **Costa Andrade**, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, págs. 171/2. Interessante notar que nos Estados Unidos, entre outros casos, se tem repellido a tese da ilicitude “derivada” ou “por contaminação” quando o órgão judicial se convence de que, fosse como fosse, se chegaria “inevitavelmente”, nas circunstâncias, a obter a prova por meio legítimo, isto é, ainda a fazer-se abstração da ilegalidade praticada.

29 A crer-se em ensinamento conspícuo, mais importa, no combate à criminalidade, evitar que os delinquentes fiquem impunes do que exasperar as penas. *Vide*, entre muitas outras, a obra clássica de **Carrara**, *Programa do curso de direito criminal*, trad. de **José Luiz V. de A. Franceschini** e **J. R. Prestes Barra**, S. Paulo, 1957, § 642, vol. II, pág. 88: “A força moral objetiva da pena se encontra mais em razão de sua *certeza* que da sua *severidade*, ou seja: esta sem aquela é ilusória” (grifado no original).

30 Atente-se no que consta do preâmbulo da Convenção de Viena, de 20.12.1988, assinada pelo Brasil, aprovada pelo Congresso Nacional em 14.6.1990 e promulgada pelo Dec. nº 154, de 26.6.1991: “As Partes nesta Convenção, (...) Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados; Reconhecendo também que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional, cuja supressão exige atenção urgente e a *mais alta prioridade*,...” (sem grifo no original).

A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA CRIMINAL: SUPERANDO O IDEÁRIO LIBERAL-INDIVIDUALISTA CLÁSSICO

LENIO LUIZ STRECK*

“... a segurança pessoal é uma variável das mais importantes a serem consideradas nas estratégias de respeito aos direitos humanos. E segurança – tanto quanto saúde, educação, trabalho, etc. – é um benefício que um Estado democrático deve aos seus cidadãos. Sem ela, voltamos ao chamado “estado de natureza” – que talvez seja menos idílico do que pintaram os contratualistas da nossa predileção. Ou seja: lemos tanto ROSSEAU, que esquecemos HOBES...”

LUCIANO OLIVEIRA, in: “Segurança: um direito humano para ser levado a sério”. – *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito* n. 11 – UFPE.

1. Considerações iniciais: situando o problema

O conteúdo do debate acerca de qual sentido que deve tomar, no interior do Estado Democrático (e Social) de Direito, o modelo penal e processual penal brasileiro tem mantido acesa uma celeuma filosófica – ainda que não explícita, a partir de dissensos que envolvem concepções de vida e modos-de-ser-no-mundo centrados nas mais diversas justificações materiais e espirituais. O substrato de fundo destes embates, entre tradições de pensamento tão diversas, e em grande parte dos assuntos antagônicos, revela uma contraposição ainda mais fundamental consistente em um conflito quanto à hierarquia axiológica revelado de modo mais manifesto no projeto de Estado Democrático de Direito.¹

Estes conflitos que estão positivados no texto constitucional revelam uma característica fundamental das sociedades contemporâneas: o alto grau de relativismo que está encerrado em seu conjunto. E nelas, utilizando as idéias de ZAGREBELSKY, a Constituição não tem a tarefa de estabelecer diretamente um projeto determinado de vida em comum, *mas de realizar as suas condições de possibilidade*².

* LENIO LUIZ STRECK é Procurador de Justiça-RS, Doutor e Pós-Doutor em Direito, Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISINOS-RS; Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional; Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica; Professor convidado da UNESA- RJ e nas Universidades de Valladolid-ES e Universidade de Lisboa-PT. Autor, entre outras obras, de *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito* (2ª. ed. – Ed. Forense); *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise* (5ª. ed., – Livraria do Advogado, RS); *Ciência Política e Teoria Geral do Estado* (4ª. ed., Livraria do Advogado, RS); *Tribunal do Júri- Símbolos e Rituais* (4ª. ed., – Livraria do Advogado, RS).

1 A crise do direito penal é abordada com mais especificidade em texto que escrevi em conjunto com ANDRÉ COPPEL, para o qual remeto o leitor (STRECK, Lenio Luiz e COPPEL, André. “O Direito Penal e os Influxos Legislativos pós-Constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição?” *Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS-RS*. São Leopoldo, 2003, pp. 225-295. Alguns conceitos foram trasladados daquele para este. Consultar, também, STRECK, Lenio Luiz e FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

2 Cfe. ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1999, p.13.

Não obstante a exigência desta função de unidade a ser cumprida pela Constituição, quando se adentra o campo da produção normativa infraconstitucional, e particularmente de um modelo penal como o brasileiro, que nos últimos tempos sofreu ampliações relevantes quantitativa e qualitativamente, é fácil notar:

a) uma certa dificuldade de coexistência de certos princípios e valores tradicionalmente imputados ao direito penal pelas vertentes liberais- iluministas, caracteristicamente individualistas,

e

b) uma outra gama de princípios e valores que sustentam a legitimidade de novas matrizes normativas dirigidas à tutela de bens não individuais.

Eis o problema. A complexidade do mundo contemporâneo expõe a possibilidade e a necessidade de os indivíduos aspirarem não a um reduzido grupo de valores ou princípios, com uma homogeneidade de características e funções, mas, de outra forma, *a um rol axiológico e principiológico variado que possibilite a conformação normativa da vida social e coletiva do tempo presente*. Assim sendo, não deve haver a prevalência de um só valor ou de um grupo de valores que uma determinada tradição dogmática tratou de conferir um alto grau de verossimilhança. *É desejável que haja uma flexibilidade na escala hierárquica de valores constitucionalizados, mediante soluções históricas e contextualizadas que permitam o desenvolvimento dos princípios constitucionais e garantam a homogeneidade do projeto de sociedade, Estado e Direito positivado*³.

A atual configuração do modelo penal brasileiro, em função do surgimento gradual de uma série de leis que determinaram o deslocamento do seu foco de tutela de bens individuais para bens coletivos, distancia-se – ao contrário do que sustentam os penalistas adeptos de um “minimalismo garantístico” – de um padrão de intervenção mínima, e coloca, pelos menos hipoteticamente, a possibilidade de subversão de grande parte de uma hegemonia histórica nas relações de poder sustentadas e reproduzidas em não desprezível parcela pela aplicação da lei penal.

Dito de outro modo: enquanto predominou o interesse liberal-individualista na persecução penal, as classes mais abastadas da sociedade brasileira mantiveram-se em uma situação extremamente confortável em relação aos estratos sociais economicamente mais carentes, pois praticamente apenas *as condutas das parcelas mais pobres e exploradas da população que não tinham função alguma na reprodução e manutenção de uma determinada ordem sócio-econômica, eram, e ainda em grande parte continuam sendo, destinatárias da aplicação de alguma norma penal incriminadora*. De todo modo, é possível dizer, sem maiores rodeios, que o direito penal brasileiro, por ainda guardar característica liberal-individualista na proteção dos bens jurídicos em país com distâncias sociais tão significativas, continua com forte cheiro de direito penal de classe, ou seja, suas baterias continuam apontadas na direção dos setores mais desfavorecidos da sociedade.

Já contemporaneamente, as condutas que, regra geral, somente podem ser praticadas por quem possui uma quota considerável de patrimônio individual, e constituem-se como indesejáveis por violarem bens e interesses de natureza coletiva,

³ Ver a respeito ZAGREBELSKI, *op. cit.*, pp. 14-17.

compõem um novo quadro de comportamentos cuja caracterização delituosa ainda encontra sérias resistências, especialmente por alguns setores da dogmática tradicionalmente comprometidos com a proteção única e exclusiva de interesses individuais.⁴ Isto revela uma face do conflito pelo poder instalado no cerne do direito penal, que se traduz num embate de paradigma, cuja superação põe-se, historicamente, como tarefa fundamental.

O paradigma a ser superado – que pode ser denominado de liberal-individualista-iluminista – compõe-se, paradoxalmente, de tudo o que a tradição liberal-iluminista nos legou: direito penal para ser utilizado no combate às condutas lesivas ao indivíduo e ao seu patrimônio individual, questão que igualmente está presente nos demais ramos do direito. Daí a crise: o direito (em especial o penal), está apenas preparado para resolver conflitos inter-individuais entre Caio e Tício,⁵ onde Caio é o agente/autor e Tício (ou Mévio), o réu/vítima. Assim, se Caio (*sic*) invadir (ocupar) a propriedade de Tício (*sic*), ou Caio (*sic*) furtar um botijão de gás ou o automóvel de Tício (*sic*), é fácil para o operador do Direito resolver o problema. No primeiro caso, a

4 Isto para dizer o mínimo. Não se pode, contudo, desprezar outro componente que sustenta o que se pode denominar de crise do modelo liberal-iluminista-individualista-normativista de Direito: a metafísica equiparação que faz a dogmática jurídica entre vigência e validade, o que, sobremodo, enfraquece a filtragem hermenêutico-constitucional do direito penal. Nesse sentido, consultar STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, *op. cit.*, em especial cap. 5.

5 Uma observação necessária: os personagens “Caio, Tício, Mévio (a)” são aqui utilizados como uma crítica aos manuais de Direito, os quais, embora sejam dirigidos – ou deveriam ser – a um sistema jurídico (brasileiro!) no interior do qual proliferam João, Pedro, Antônio e José, Maria, Tereza, teimam (os manuais) em continuar usando personagens “idealistas/idealizados”, desconectados da realidade social. Registre-se que até mesmo no provão do MEC os personagens Caio e Tício (re)apareceram... Isto decorre de uma cultura estandarizada, no interior da qual a dogmática jurídica trabalha com *prêt-à-porters* significativos. Há uma proliferação de manuais, que procuram “explicar” o Direito a partir de verbetes jurisprudenciais a-históricos e atemporais (portanto, metafísicos). Ocorre, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico, como se a realidade social pudesse ser procustianamente aprisionada/moldada/explicada através de verbetes e exemplos com pretensões universalizantes. Alguns exemplos beiram ao folclórico, como no caso da explicação do “estado de necessidade” constante no art. 25 do Código Penal, não sendo incomum encontrar professores (ainda hoje) usando o exemplo do naufrágio em alto mar, onde duas pessoas (Caio e Tício, personagens comuns na cultura dos manuais) “sobem em uma tábua”, e na disputa por ela, um deles é morto (em estado de necessidade, uma vez que a tábua suportava apenas o peso de um deles...!) Cabe, pois, a pergunta: por que o professor (ou o manual), para explicar a excludente do estado de necessidade, não usa um exemplo do tipo “menino pobre entra no Supermercado Carrefour e subtraí um pacote de bolacha a mando de sua mãe, que não tem o que comer em casa?” Mas isto seria exigir demais da dogmática tradicional. Afinal de contas, exemplos deste tipo aproximariam perigosamente a ciência jurídica da realidade social...! Na mesma linha: em recente concurso público no RS, perguntou-se: Caio quer matar Tício, com veneno; ao mesmo tempo, Mévio também deseja matar Tício (e, pasmem, com veneno!). Um não sabe da intenção assassina do outro. Ambos ministram apenas a metade da dose letal (não fica explicado em que circunstância Tício – com certeza um idiota – bebe as duas porções de veneno). Em consequência da ingestão das meia-doses, Mévio vem a perecer... E o concurso indagava: qual a solução jurídica? Em outro concurso, de âmbito nacional, a pergunta dizia respeito à solução jurídica a ser dada ao caso de um gêmeo xifópagos ferir o outro (com certeza, gêmeos xifópagos andam armados, e em cada esquina encontramos vários deles...!). Dito de outro modo: desse modo, a cultura *standart* fornecida pelos manuais é reproduzida nas salas de aula e nos concursos públicos. A propósito, há um manual que, para explicar a diferença entre culpa consciente e dolo eventual, utiliza um exemplo a partir do ato de um jardineiro, que quer cortar as ervas daninhas e corta o caule da flor... Não podemos esquecer, finalmente, o clássico exemplo do açúcar e do arsênico, utilizado, há várias décadas, para explicar o conceito de crime impossível...! Esta é a apenas a ponta do *iceberg*, e que retrata a dura face do idealismo que permeia o discurso jurídico, que pode ser retratada pela seguinte anedota envolvendo o filósofo HEGEL. Conta-se que, no auge de uma abstração filosófica, o filósofo foi interrompido por um de seus alunos, que lhe perguntou: “Mestre, tudo isto que o senhor está dizendo não tem absolutamente nada a ver com a realidade”. Ao que HEGEL teria respondido: “Pior para a realidade”...

resposta é singela: é esbulho, passível de imediata reintegração de posse, mecanismo jurídico de pronta e eficaz atuação, absolutamente eficiente para a proteção dos direitos reais. No segundo caso, a resposta igualmente é singela: é furto (simples, no caso de um botijão; qualificado, com uma pena que pode alcançar 8 anos de reclusão, se o automóvel de Tício (*sic*) for levado para outra unidade da federação).

Ou seja, nos casos apontados, a dogmática jurídica coloca à disposição do operador um *prêt-à-porter significativo* contendo uma resposta pronta e rápida! Mas, quando Caio (*sic*) e milhares de pessoas sem teto ou sem terra invadem/ocupam a propriedade de Tício (*sic*), ou quando Caio (*sic*) participa de uma “quebradeira” de bancos, causando desfalques de bilhões de dólares (como no caso do Banco Nacional, Bamerindus, Econômico, Coroa-Brastel, sem esquecer os “segredos da CPI do Banestado”, *etc.*),⁶ os juristas pátrios só conseguem “pensar” o problema a partir da ótica forjada no modo liberal-individualista- normativista de produção de Direito.

2. O contraponto entre penalistas liberais e comunitaristas

Em resumo, verifica-se uma grave controvérsia acerca da extensão e das funções do direito penal e do direito processual penal a partir do *dissenso* entre a postura dos juristas liberais, que defendem uma função limitadora do conceito de bem jurídico e tudo o que lhe diz respeito, e aqueles de orientação comunitarista, cuja posição quanto à funcionalidade do direito penal e do direito processual penal assenta-se em uma concepção organizativa, interventiva e atenta à realidade social.

O que tem ocorrido de concreto nesse aspecto e, conseqüentemente, dado margem ao aquecimento do debate entre penalistas liberais e comunitaristas, é que estes buscam introjetar, na concepção do direito penal, a idéia de que uma série de valores constitucionais de feição coletiva necessitam proteção do Estado, enquanto aqueles, ainda presos às matrizes penais iluministas-clássicas, *resistem a tanto*, obstaculizando a extensão da função de proteção penal aos bens de interesse da comunidade, ao argumento de que tal barreira implicaria uma “indesejada antecipação das barreiras do direito penal”.

Assim, do que foi exposto, é possível afirmar que o panorama do direito penal (e processual penal) no Brasil aponta para o fato de que parcela considerável dos juristas brasileiros têm assumido uma postura paradoxal, uma vez que, de um lado, defensores de posições que buscam penas mais duras, *lançam ao mesmo tempo um olhar leniente sobre os delitos que colocam em xeque os objetivos da República* previstos na Constituição (que afetam bens jurídicos coletivo-comunitários).

Nesse sentido veja-se o “tratamento” dado aos crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro, crimes contra o meio ambiente, para citar apenas alguns desse jaez, *cuja desproporcionalidade em relação aos delitos de feição interindividual não vem recebendo maiores – ou nenhuma – contestação por parte desse setor do direito penal brasileiro*, caudatário ainda de uma dogmática jurídica inserida no paradigma liberal-individualista- normativista, no interior do qual o papel do direito penal e do processo penal seriam apenas o de proteger bens jurídicos interindividuais, fenomenologia que pode ser observada facilmente no Código Penal ainda em vigor.

⁶ A melhor análise acerca da criminalidade que colocam em xeque os objetivos da República é feita por LUCIANO FELDENS, em seu *Tutela Penal dos Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, leitura obrigatória para quem pretende desvelar o problema da crise paradigmática que assalta o direito brasileiro.

Relembre-se, ainda nesse sentido, que esse modelo híbrido brasileiro que se amplia continuamente em relação à criminalização de condutas violadoras de bens das mais variadas espécies caminha neste aspecto para um modelo repressor, mas que adota soluções em termos de penalização em sentido totalmente oposto. Ou seja, ao mesmo tempo em que eleva à categoria de crime uma série de ações e omissões que atingem a coletividade, *cria alternativas penais à de reclusão que sustentam normativamente depois do discurso da impunidade*. Basta ver, para tanto, os benefícios trazidos pela Lei 9.724, pela qual muito raramente algum crime do colarinho branco fica excluído da “pena alternativa” (geralmente, pagamento de cestas básicas).

Em sentido oposto ou no mínimo em uma linha acentuadamente crítica em relação à dogmática jurídico-penal dominante, há os que propugnam por uma intervenção cada vez menor do direito penal, não importando a natureza dos crimes. Aludem que o aumento das penas e da repressão acarreta aumento da criminalidade.⁷ Os juristas que perfilham esse entendimento – com forte influência da doutrina de FERRAJOLI – aceitam apenas a existência de bens jurídicos de “carne e osso”. Embora preocupados – de forma acertada, diligente e democrática – com o arbítrio estatal, as mazelas do direito penal e as misérias do processo penal, tais juristas incorrem igualmente em um paradoxo, porque, ao repudiarem o uso do direito penal para o enfrentamento das infrações que lesam bens jurídico-sociais, *deixam de lado esse importante mecanismo para o alcance daquilo que o próprio FERRAJOLI denominou de “direitos sociais máximos”, circunstância que possibilita um “direito penal mínimo”, igualmente por ele proposto.*

Nesse sentido, entendo que o enunciado “direito penal mínimo - direito social máximo” traduz-se em uma equação que desembarca tardiamente em países de modernidade tardia, onde não houve *welfare state*. E, convenhamos, mesmo nos países em que o Estado Social foi/é uma realidade, o direito penal continua a ser utilizado no combate de crimes que tratam de bens jurídicos “sociais”, ou seja, na Europa ninguém tem dúvidas, por exemplo, que os crimes fiscais e outros desse jaez

⁷ Muitos criminólogos, especialmente os que fundamentam teoricamente suas pesquisas e estudos no paradigma da reação social, poderão afirmar que o aumento da criminalidade tem ocorrido exatamente em função da ampliação do sistema normativo repressor. Mas esta é uma afirmação de difícil sustentação, e cuja validade é altamente questionável e duvidosa. Ela pode ser tomada como verdadeira para as condutas que passaram, por exemplo, a ser consideradas como delituosas, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, por força de normas incriminadoras que surgiram como instrumentos jurídicos de regulamentação infraconstitucional penal de dispositivos presentes no texto da Magna Carta brasileira. Entretanto, *a mesma afirmação não pode ser alçada a uma condição equivalente de veracidade quando referente à criminalidade tradicional, à econômica, à tributária, e às violações criminais a uma série de outros bens que já eram anteriormente protegidos pela legislação penal*⁷. Estes nichos de condutas delinqüenciais já previstos normativamente como tal, e que tiveram um salto quantitativo nos últimos anos, têm suas causas numa pluralidade de fatores que as mais diversas ciências que se imbricam com o direito penal no estudo do crime têm buscado apontar. Alguns números da realidade brasileira ilustram bem a atual situação de crise institucional vivida pelo Estado no combate à criminalidade. É apavorante a quantidade de crimes violentos cometidos no Brasil. Segundo dados do Ministério da Justiça que abrangem o triênio 1999-2001, obtidos junto às Secretarias Estaduais de Segurança Pública e ao IBGE, ocorreram neste período, somente nas capitais estaduais, 64.138 mortes violentas (1999 - 21.189, 2000 - 21.360, 2001 - 21.589), sendo agregados neste conjunto homicídios dolosos, homicídios culposos de trânsito, outros homicídios culposos, lesões corporais seguidas de morte, roubo seguido de morte, morte suspeita e resistência seguida de morte. Se forem considerados somente os homicídios dolosos, os números são da mesma forma assombrosos. A mesma estatística aponta um total de 40.604 delitos desta espécie praticados no período e nos mesmos locais antes mencionados. Ver a respeito a página da *web* do Ministério da Justiça do Governo Federal brasileiro, a saber: http://www.mj.gov.br/Senasp/senasp/estat_homicidio_dolos.htm.

devem ser punidos com rigor. Dito de outro modo: *direito penal mínimo e direito social máximo é um paradoxo em países de modernidade tardia.*

Há, ainda, um terceiro grupo de juristas que assume uma espécie de direito penal comunitarista, propugnando por uma atuação mais forte do direito penal no terreno da repressão das condutas que lesam bens jurídicos de feição transindividual. Para estes – e aqui me incluo – o direito penal seria (também) um importante instrumento de transformação da sociedade, espécie de “braço armado da Constituição”, nas palavras de PAULO FERREIRA DA CUNHA: “*não armado para servir a ela, mas para, imbuído dos seus princípios, servir a sociedade. Ou seja, não é direito de duplicação, mas direito que fundamentalmente estrutura a ordem jurídica e lhe dá uma especial feição. Isto é: não se trata apenas do conhecido fenômeno de constitucionalização do direito penal, mas do reconhecimento do mesmo como matéria que, não sendo de Direito Constitucional próprio sensu, é juridicamente constitucional, ou fundante*”.⁸

Tais questões têm profundos reflexos no campo do processo penal, uma vez que as duas primeiras posições trabalham tão-somente na perspectiva de um garantismo negativo: o direito processual serviria apenas para proteger o indivíduo contra os excessos do Estado. A liberdade de conformação do legislador, nos dois primeiros grupos, é ampla quando se trata de leis descriminadoras e concessivas de garantias processuais, mesmo que à revelia da Constituição. No fundo, trata-se de uma espécie de retorno a ROUSSEAU: não há limites à vontade geral, o que se pode perceber, por exemplo, na concessão do *favor legis* no caso do REFIS (Lei 10.684), na (des)classificação de crimes como abuso de autoridade, sonegação de tributos, desobediência, invasão de domicílio noturna, atentado ao pudor mediante fraude (para citar apenas alguns) para crimes de menor potencial ofensivo (Lei 10.259/03) ou, ainda, na permanência no sistema do art. 107, VIII, do Código Penal, que possibilita a extinção da punibilidade do crime de estupro quando a vítima casar com terceira pessoa. Mais recentemente, temos o episódio envolvendo o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), cujo artigo 94 rebaixa à categoria de “crimes de menor potencial ofensivo” todos os crimes previstos na citada Lei, desde que a pena, abstratamente considerada, não ultrapasse a 4 anos, o que faz com que crimes como “deixar de prestar assistência a idoso”, com resultado morte, e “expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica do idoso, submetendo a condições desumanas”, com a sujeição deste a trabalho escravo e disso resultando lesão corporal grave, sejam levados aos Juizados Especiais Criminais, ficando os criminosos aptos, neste caso, a receberem a *benesse* da transação penal, através da qual, mediante o pagamento de uma ou algumas cestas básicas, a *persecutio criminis* estará esgotada.⁹ Não houve, ao que se sabe – exceção feita ao caso da Lei do REFIS, em que o Procurador-Geral da República interpôs ADIn – qualquer reação de índole constitucional contra a validade de tais leis e dispositivos. Afinal, como se afirma no “mundo jurídico”, “lei vigente é lei válida”...!

Desse estado da arte, é possível depreender que a *matriz liberal-iluminista*, com uma orientação epistemológica privilegiadora de uma lógica de apreensão e subsunção da realidade em abstrações redutoras, *encontra-se em dificuldades para legitimar o saber produzido a partir de suas bases filosóficas frente à nova complexidade criada pelas manifestações delinqüenciais hodiernas*. Esta situação coloca em questionamento

8 CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do Crime*. Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 89 e 90.

9 Sobre esses assuntos, remeto o leitor ao meu artigo “Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. In: (Neo) Constitucionalismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, IHJ, 2004, pp. 243 e segs.

a hegemonia liberal de justificação dos modelos penais¹⁰, o que tem gerado uma resistência contundente por setores da dogmática mais tradicional, que ferozmente têm sustentado a necessidade de manutenção do paradigma penal do Esclarecimento¹¹.

Nesse sentido, a lição de GISELE CITTADINO, para quem

“o pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos. Uma cultura jurídica positivista e privatista atravessa não apenas os trabalhos de autores vinculados à área do direito privado, mas também caracteriza a produção teórica de muitos dos nossos publicistas. Em todos estes autores a defesa do sistema de direitos se associa prioritariamente aos direitos civis e políticos e menos à implementação dos direitos econômicos e sociais, inclusive pelo fato de que defendem uma concepção menos participativa do que representativa da democracia. Em outras palavras, a cultura jurídica brasileira está majoritariamente comprometida com um liberalismo do *modus vivendi*. Se tivéssemos que associá-la a uma determinada matriz política, certamente falaríamos mais de HAYEK e NOZICK do que de RAWLS e DWORKIN, muito embora as fontes talvez sejam outras.”¹²

Ou seja, essa disputa teórica baseia-se em esquemas conceituais fundamentais, fixados atemporalmente, pela referência a textos com padrões de autoridade que fornecem exemplos paradigmáticos usados na instrução de neófitos sobre como entender e estender conceitos, como utilizar as expressões estabelecidas e como transitar através de uma multiplicidade de usos possíveis. Esta postura teórica não tem ficado restrita aos círculos acadêmicos, mas muito adiante disto, tem influenciado significativamente as posturas práticas adotadas por grande parte dos operadores jurídicos, o que, como veremos, inclui os tribunais (no caso, a forte incidência no Superior Tribunal de Justiça).

Por último, entendo que não deve haver dúvida sobre o fato de que, do modelo constitucional brasileiro, é possível extrair um novo perfil para o direito penal e processual penal. E isto é facilmente detectável pelos seguintes aspectos:

- a) o primeiro, refere-se às necessidades sociais de proteção de determinados bens e valores;
- b) o segundo, referente ao rol de bens com relevância constitucional e as indicações formais criminalizadoras presentes na Carta Magna;
- c) o terceiro, relativo à legislação produzida após a promulgação da Carta Constitucional de 1988 e a sua adequação ao projeto constitucional.

¹⁰ Sobre a influência do iluminismo jurídico-penal lusitano na formação da cultura penal brasileira, ver a respeito NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro. Obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

¹¹ Ver, para tanto, STRECK e COPPEL, *op. cit.*

¹² Ver a respeito CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 14.

Quanto ao primeiro aspecto, não há qualquer dúvida que, pela graduação quantitativa e qualitativa atingida pela criminalidade em nosso País, a intervenção reclamada social e cientificamente está muito distanciada de um patamar mínimo. Pelo segundo aspecto, da análise dos indícios formais axiológico-normativos constitucionalizados desvela-se uma tendência de ampliação da esfera de intervenção estatal penal, não só pela recorrente presença de indicações ampliadoras do direito penal manifestamente expressas na Carta Magna, mas também pela ampliação de rol de bens que foram elevados ao patamar constitucional e que, em razão disto, podem, com legitimação constitucional, ser tutelados penalmente. Basta ver, por exemplo, neste sentido, as disposições contidas nos seguintes incisos do art. 5º, da CF/88: XLI (prevê punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais); XLII (prevê a criminalização do racismo e veda a fiança e a prescrição a este crime); XLIII (dispõe sobre a inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia a uma série de crimes); XLIV (prevê a inafiançabilidade e a imprescritibilidade de crime de ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático). Também a disposição constante no § 3º do artigo 225 que prevê a criminalização e a penalização das condutas lesivas ao meio ambiente enquadra-se neste grupo de indicações constitucionais criminalizadoras e ampliadoras da intervenção estatal penal.

Por outro lado, é preciso considerar que a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o rol de bens elevados a tal categoria em relação aos textos constitucionais anteriores, especialmente no referente à ordem social, o qual praticamente somente abriga disposições tutelares de bens não individuais. *A simples positivação de tais valores indica senão a imposição de proteção penal, pelo menos a possibilidade de extensão do sistema penal para a guarda de tais bens.*

Disso resulta, sem dúvida, um deslocamento histórico do princípio da intervenção estatal penal de uma posição minimalista para uma situação de adequação de sua magnitude numa relação direta com a gama de bens constitucionalizados merecedores de tutela jurídica. Por fim, em relação ao terceiro ponto denunciador da desconformidade do princípio da intervenção penal mínima ao modelo jurídico brasileiro, basta verificar o conteúdo de toda a legislação que contém disposições incriminadoras surgida pós-88. Por isto tudo, a posição que defendo em relação à intervenção estatal no corpo do direito penal e processo penal é a da intervenção *minimamente necessária para a realização do estado democrático de direito nos países de modernidade tardia.*¹³

3. O Processo Penal no contexto da necessidade social de proteção de determinados bens e valores. A segurança como direito fundamental. O dever estatal de utilizar medidas adequadas à consecução desse desiderato.

Parece não haver qualquer dúvida sobre a validade da tese garantista clássica no processo penal: diante do excesso ou arbítrio do poder estatal, a lei coloca à disposição do cidadão uma infinidade de *writs* constitucionais, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança. As garantias substantivas no campo do direito penal (proibição de analogia, a reserva legal *etc.*) recebem no processo penal a sua materialização a partir dos procedimentos manejáveis contra abusos, venham de onde vierem. São conquistas da modernidade, representadas pelos revolucionários ventos iluministas.

¹³ Nesse sentido, ver STRECK e COPETTI, *op.cit.*

Portanto, contra o poder do Estado, todas as garantias, enfim, aquilo que denominamos de garantismo negativo. A questão que aqui se coloca, entretanto, relaciona-se diretamente com a proteção de direitos fundamentais de terceiros em face de atos abusivos dos agentes estatais, notadamente os juízes e tribunais na hipótese de concessão de liberdade ou outro direito à revelia do sistema processual-constitucional.

Pois bem. O Superior Tribunal de Justiça e parte considerável dos tribunais da República vêm sedimentando entendimento de que o Ministério Público não é parte legítima para interpor mandado de segurança em matéria criminal. Assim, por exemplo, na hipótese de concessão (indevida) de liberdade provisória ou progressão de regime, para ficar nestes dois exemplos, o Ministério Público é parte ilegítima para buscar efeito suspensivo do recurso interposto. Neste caso, o ato judicial não poderia ser cassado em instância superior através de medidas acautelatórias em sede de segundo grau de jurisdição.

Assim, a questão que se coloca é: decisões concessivas de liberdade provisória ou concessivas de progressão de regime carcerário, em flagrante contrariedade à lei processual-penal, ficam imunes (blindadas) à remédios de urgência para corrigi-las?

Colocando o problema de uma forma mais objetiva: como resolver um caso em que decisão judicial,¹⁴ de forma indevida e ilegal, restabeleceu, *contra legem*, o livramento condicional de um condenado por roubo, estupro e atentado violento ao pudor, flagrado, no período de prova, praticando novo assalto à mão armada?

Por que negar ao Ministério Público o uso do mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso interposto, quando se sabe que um agravo em execução não tem efeito suspensivo, levando, além disto, meses para ser apreciado em segundo grau?

A resposta dos tribunais tem sido basicamente nos moldes dos julgados a seguir delineados:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Concessão de indulto. Ministério Público: ilegitimidade. Efeito suspensivo em agravo de execução. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança almejando atribuir efeito suspensivo ao recurso de agravo em execução, porquanto o órgão ministerial, em observância ao princípio constitucional do devido processo legal, não pode restringir o direito do acusado ou condenado além dos limites conferidos pela legislação, mormente se, nos termos do art. 197, da LEP, o agravo em execução não possui efeito suspensivo. Precedentes do STJ. (...) Unanimidade. ROMS 12200/SP- STJ.

Criminal. Habeas Corpus. Remição. Legalidade do cômputo dos dias remidos. Supressão de instância. Não-conhecimento. Habeas

14 Ver Mandado de Segurança em matéria Criminal n. 70.008.316.606 – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde a 5ª Câmara Criminal assim decidiu: “**A unanimidade, julgaram o Impetrante (O Ministério Público) CARECEDOR DE AÇÃO e declararam extinto o processo, sem julgamento do mérito, forte no art. 267, inc. VI, do CPC.**” A Desª Genacéia da Silva Alberton, todavia, denegou a ordem por outro fundamento (entendeu não estar presente o requisito do “direito líquido e certo”), afirmando que o Ministério Público tem legitimidade para manejar mandado de segurança para conferir efeito suspensivo ao recurso de agravo em execução. Cfe.: http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_julgamento.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70008316606.

de ofício. Agravo em execução contra livramento condicional. Mandado de segurança para conferir efeito suspensivo ao recurso. Impropriedade do mandamus. Ausência de direito líquido e certo. Ato ilegal passível de recurso ou correição. Constrangimento ilegal configurado. Ordem não conhecida. HC concedido de ofício.

Hipótese em que se sustenta a legalidade do cômputo dos dias remidos, com o fim de restabelecer a decisão concessiva do livramento condicional à paciente. Tema que não foi analisado em 2º. Grau de jurisdição.

A análise do pleito implicaria em indevida supressão de instância. Concessão de *habeas corpus* de ofício, pela verificação de ilegalidade no julgamento proferido pelo Tribunal *a quo*.

O mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a agravo em execução interposto pelo Ministério Público contra decisão que concede benefício na execução da pena. Precedentes. (...) HC 32088/SP.- STJ

Mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público visando efeito suspensivo a agravo em execução. Descabimento. O presente remédio destina-se a proteger o cidadão que sofra violação por parte de autoridade (Art. 1º. da Lei 1.522/51). Se o ato da autoridade coatora é favorável ao cidadão, não dispõe, via de consequência, o Ministério Público de legitimidade para intentar o *writ*. (...) (MS n. 70005087077- Segunda Câmara Criminal do TJ/RS).

Registre-se ainda mais recentemente o episódio ocorrido no Estado do Rio Grande do Sul, envolvendo o apenado Dilonei Melara, condenado a 60 anos de reclusão.¹⁵ Escorado na nova redação da Lei 10.792/03, que alterou substancialmente o art. 112 da Lei de Execuções Penais, na medida em que dispensou a feitura dos laudos técnicos, antes tidos como condição de possibilidade para aferição das condições para progressão de regime, o apenado, munido de atestado de bom comportamento exigido pela nova Lei, requereu a progressão do regime fechado para o semi-aberto. O Juiz da Vara de Execuções de Porto Alegre deferiu o pedido. Inconformado com o (in)devido deferimento da progressão de regime, o Ministério Público interpôs agravo em execução, ingressando ainda com Mandado de Segurança buscando efeito suspensivo para o agravo. Muito embora o Tribunal de Justiça tenha concedido o *mandamus*, o Superior Tribunal de Justiça cassou a decisão, com base na ausência de legitimidade do Ministério Público para manejar mandado de segurança em tais hipóteses.¹⁶

15 Com relação ao “caso Melara”, deixo de opinar acerca do mérito, pela simples razão de que, para mim, o dispositivo do art. 112, com a nova redação que lhe deu a Lei n.º 10.792/03, é inconstitucional. Ou seja, conforme deixei claro nos autos do incidente de inconstitucionalidade que suscitei junto à 5ª. Câmara Criminal do TJRS - Agravo n.º 70.008.229.775 - não era permitido ao legislador tornar dispensáveis os laudos técnicos. Nesse exato sentido é que fiz representação ao Procurador-Geral da República, para que ingressasse com ADIn junto ao STF. Portanto, a discussão do “caso Melara” teria outro desiderato, se o Juiz - ou o Tribunal - tivessem, em sede de controle difuso - considerado como inconstitucional a alteração legislativa, com o que voltaria vigor ao art. 112, na sua redação anterior. Lamentavelmente, preferiu-se discutir o problema da nova redação do art. 112 da LEP nos limites da infra-constitucionalidade...!

16 Ver, nesse sentido, HC 37856 - Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Laurita Vaz. Com informações de: http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=11725.

Casos como estes¹⁷ dão uma adequada amostra das aporias que circunscrevem o sistema jurídico brasileiro. Ou seja, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é vedado ao Ministério Público buscar – via mandado de segurança – a correção de atos judiciais que demandem urgência, em face de *periculum in mora pro societate*.¹⁸

3.1. Os fundamentos do *leading case* do Superior Tribunal de Justiça

Os argumentos que fundamentam a posição do STJ – seguida por outros tribunais – podem ser resumidos a partir do que pode ser considerado o *leading case* capitaneado pelo então Min. Luís Vicente Cernicchiaro, quando do julgamento do HC n.º 6.466/SP. Em resumo, os fundamentos são os seguintes:

a) As partes da relação processual vinculam-se ao princípio da igualdade. No campo processual penal, submetidos ao tratamento conferido ao Ministério Público e ao acusado. O Direito, entretanto, não se esgota ao impor a igualdade. *Consagrou-se também o princípio da proporcionalidade; em breve, pode ser enunciado como tratamento igual para os casos iguais e desigual para os desiguais.*

b) Em se projetando esse princípio para o processo penal, cumpre esta observação: o procedimento é escolhido para ensejar à acusação e à defesa desenvolver as respectivas teses. Aí, tem-se a igualdade. E teleologicamente, decorre do princípio da presunção de inocência, impedindo qualquer constrangimento ao exercício do direito de liberdade do réu.

c) Se ocorrer, no curso do processo, qualquer decisão ofensiva a esse direito, o acusado poderá valer-se também das ações constitucionalizadas a fim de preservá-lo imediatamente (não faz sentido o processo visar a garantir o direito de liberdade e transformar-se em causa de agressão).

d) Diferente, porém, quanto ao Ministério Público, restrito ao devido processo legal (Princípio da Legalidade), ou seja, só pode provocar restrição a direito do acusado, nos modos e limites colocados em lei.

17 Fora do âmbito do STF, há decisões no sentido da concessão, como o acórdão n. 70005065495 – TJ/RS, *verbis*: *Mandado de segurança. Utilização em matéria criminal. Possibilidade. Inexistência de periculum in mora na decisão judicial*. Não existem impedimentos na utilização do mandado de segurança em matéria criminal, desde que demonstrando o “*fumus boni juris*” e o “*periculum in mora*”, bem como a falta de recurso específico ou ausência de efeito suspensivo aquele manejado pela parte. Desta forma, é possível acolher esta ação, quando impetrado pelo interessado, requerendo a outorga do efeito mencionado (suspensivo) a recurso em sentido estrito ou agravo de execução. No caso em concreto, não se concede a segurança, não há nenhum perigo à sociedade no deferimento, por ora, do livramento condicional ao apenado. Tanto o laudo do EOC, como a administração penitenciária são favoráveis à concessão do benefício, mostrando que o condenado está em condições de retornar à sociedade. Mandado conhecido, denegando-se a segurança. Unânime. (Mandado de Segurança n.º 70005065495, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, julgado em 24/10/2002).

18 Afasto, de pronto, as críticas no sentido de que não há, em sede de direito penal, *periculum in mora* a favor da sociedade. Não fosse por outras razões apontadas no presente texto, bastaria que se examinasse o art. 5º. *caput* da Constituição do Brasil, que alça a segurança (da sociedade, portanto, das pessoas) ao status de direito fundamental. Ora, parece evidente a possibilidade da ocorrência de *periculum in mora pro societate* na hipótese, *v.g.*, de evidente erro judicial na soltura de determinado indivíduo, considerado perigoso.

e) As situações do agente do Ministério Público e do acusado, quanto ao procedimento, evidenciam o princípio da igualdade. Em se considerando, contudo, a desigualdade, ou seja, somente o acusado corre o risco de restrição ao direito de liberdade, *incide o princípio da proporcionalidade*, voltado para tratamento desigual frente a situações desiguais. Nessa linha, o Ministério Público fica restrito às regras do procedimento. Não poderá valer-se do Mandado de Segurança para, exemplificativamente, obter efeito suspensivo a recurso que não o tenha. É carecedor do direito de ação.

Os demais tribunais não têm acrescentado razões de fundo que desbordem da assumida pelo Superior Tribunal de Justiça.

3.2. O perfil do Direito e do Estado no (novo) modelo de Estado Democrático de Direito: ultrapassando as posturas liberais-clássicas

Tomando por base uma perspectiva liberal-clássica sobre o Direito (e sobre a função do Estado), seria possível concordar com a tese de que ao Ministério Público é vedado o uso de instrumento do quilate do mandado de segurança. Afinal, não parece difícil sustentar a tese esgrimida pelo Superior Tribunal de Justiça, pela qual somente o acusado corre o risco de restrição à liberdade, incidindo, por isto, o princípio da proporcionalidade enquanto proteção contra os excessos estatais (o que aqui denomino de garantismo negativo). Por outro lado, em uma perspectiva liberal-iluminista, não faz sentido o processo visar a garantir o direito de liberdade e, ao mesmo tempo, transformar-se em causa de agressão ao cidadão (*sic*).

Essa posição – presente, aliás, em boa parte da doutrina penal brasileira – não leva em conta a evolução do Estado e o papel do Direito no interior dos diversos modelos que conforma(ra)m a teoria do Estado.

Assim, é evidente que a perspectiva liberal-clássica, própria do Estado em formação no longínquo século XIX, fundava-se na contraposição Estado-Sociedade, sendo a função da lei meramente ordenadora (o que não é proibido é permitido), a partir da tarefa-função de defender o débil cidadão contra a “maldade” do Leviatã. Afinal, a Revolução Francesa – berço do Estado Liberal – representava o triunfo do privado. A burguesia destronara o velho regime exatamente para recuperar o poder político do qual abria mão para o fortalecimento do seu poder econômico, no nascedouro do Estado Moderno-Absolutista.

O novo perfil do Estado, nessa quadra, será absenteísta. Sua função será a de servir de guardião dos interesses da classe revolucionária, a burguesia. Em outras palavras: o público (Estado) era visto como algo “ruim”. Por isto, o triunfo do privado e a pouca importância dada à Constituição, entendida como “código das relações privadas”.

Passados mais de dois séculos, ainda é possível perceber as conseqüências desse período: em pleno modelo formal de Estado Democrático de Direito, a Constituição brasileira de 1988 ainda é vista como uma “mera carta de intenções”.¹⁹ Com efeito, muito embora tenhamos calcado nosso constitucionalismo no modelo norte-americano, mormente no que tange ao controle (difuso) de constitucionalidade,

¹⁹ Sobre a crise da Constituição, que denomino de “baixa constitucionalidade”, remeto o leitor ao meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.

na prática seguimos (cada vez mais) a vertente do constitucionalismo resultante da revolução burguesa de 1789, dando-se maior valor aos códigos do que à Constituição...! Talvez isto explique o nível de sonegação de tributos no País e o tipo de tratamento que é dado pelo direito penal (portanto, do Estado) a esse crime, o que faz com que seja mais grave furtar um botijão de gás do que sonegar um milhão de reais! Isto para dizer o mínimo!

Parece razoável afirmar, desse modo, que os juristas brasileiros não podem continuar a calcar sua atuação – no plano da construção do conhecimento jurídico (doutrina e jurisprudência) – em modelos de Estado e de Direito ultrapassados pela evolução histórica.

Ou seja, o velho modelo de Estado liberal-absenteísta – contraposto à sociedade, como se dela fosse inimigo, a partir de um modelo liberal-individualista – inexoravelmente dá lugar, no século XX, às novas formas de Estado e Constituição.

Surge, pois, a função social do Estado, a partir do modelo de *Welfare State*, fórmula encontrada para superar a crise do liberalismo.

Já a partir do segundo pós-guerra esse (novo) modelo ganha um *plus* normativo, representado pelo Estado Democrático de Direito, no interior do qual o Direito assume uma feição transformadora.

Dito de outro modo: no marco do Estado Democrático de Direito, às funções ordenadora e promotora do Direito, próprias dos modelos de Estado Liberal e Social, respectivamente, *agrega-se a função de potencial transformação social*.

Por isto, para bem compreendermos essa mudança de paradigmas, torna-se imperioso verificar como se alteram, paulatinamente, os papéis institucionais dos poderes do Estado. E isto não pode ser deixado de lado na análise do papel do Direito em *terrae brasilis*.

4. Do garantismo negativo ao garantismo positivo – uma nova visão do princípio da proporcionalidade

Com efeito, nesta quadra do tempo já não tratamos (apenas) de direitos individuais, mas, sim, passamos (ou estamos a) tratar destes a partir de um processo em que se agregam os direitos de segunda e terceira dimensões. Nesse contexto, o papel do Estado passará a ser a de proteger, de forma agregada, a esse conjunto de dimensões de direitos.

Trata-se daquilo que ALESSANDRO BARATTA denominou de *política integral de proteção dos direitos*, o que significa definir o garantismo não somente em sentido negativo como limite do sistema positivo, ou seja, como expressão dos direitos de proteção relativamente ao Estado, senão também como garantismo positivo.²⁰

Assim, a (ultra)passagem das fases anteriores do Estado implica um novo processo de proteção dos direitos, agora redimensionados a partir da complexidade social exurgente dos sucessos históricos ocorridos no século XX.

20 Cfe. BARATTA, Alessandro. “La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 2, 1999, p. 110.

É por isto que não se pode mais falar tão-somente de uma função de proteção negativa do Estado (garantismo negativo).²¹ Parece evidente que não, e o socorro vem de BARATTA, que chama a atenção para a relevante circunstância de que esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.

Perfeita, pois, a análise de ALESSANDRO BARATTA: é ilusório pensar que a função do Direito (e, portanto, por parte do Estado), nesta quadra da história, fique restrita à proteção contra abusos estatais (aquilo que denominamos de garantismo negativo). No mesmo sentido, o dizer de JOÃO BAPTISTA MACHADO, para quem o princípio do Estado de Direito, nesta quadra da história, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato. Desse modo, ainda com o pensador português, é possível afirmar que a idéia de Estado de Direito se demite da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos.²²

Na verdade, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado. O Estado não é único inimigo!

Dito de outro modo, como muito bem assinala ROXIN, comentando as finalidades correspondentes ao Estado de Direito e ao Estado Social em LISZT, o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social, mesmo à custa da liberdade do indivíduo.²³

Portanto, para uma avaliação mais aprofundada do problema, é necessário ter em conta essa superação do modelo clássico de garantismo negativo, que nada mais é do que uma leitura unilateral do princípio da proporcionalidade, como se este fosse apenas voltado à proteção contra os excessos (abusos do Estado) (*Übermassverbot*).

Ou seja, nesta quadra do tempo é preciso que tenhamos claro – e isto não deveria constituir maior novidade no plano do direito penal – processual constitucionalizado – que a noção de proporcionalidade

“não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política

21 Sobre o assunto, ver também STRECK e FELDEN, *A legitimidade da Função Investigatória do Ministério Público*, *op. cit.*

22 BAPTISTA MACHADO, João. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

23 Cfe. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3ª. ed., Lisboa, Coleção Veja Universitária, 1998, pp. 76 e segs.

criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.”²⁴

Como se sabe, a Constituição determina – explícita ou implicitamente – que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão²⁵ **frente ao Estado**; a duas, **através do Estado** – e inclusive através do direito punitivo – uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos.

Isto significa afirmar – sem temor às inexoráveis críticas dos setores ainda atrelados a uma visão liberal-iluminista clássicos acerca do papel do Estado – *que este (o Estado) deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento* (DRINDL, CANOTILHO, VITAL MOREIRA e STERN) ou outra expressão dessa mesma idéia, *deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado*.²⁶

Essa alteração de papel dá-se quando o Estado, de potencial opositor a direitos fundamentais (essa era a perspectiva liberal-clássica), torna-se seu protetor, e, o que é mais incrível – “que o Estado se torne amigo dos direitos fundamentais” (STERN) (afinal, como bem consta na Constituição do Brasil, o Brasil é uma República que visa erradicar a pobreza, construir a justiça social, etc.).²⁷

Esta nova face do Estado e do Direito decorre também – e fundamentalmente – do fato de que a Constituição, na era do Estado Democrático de Direito (e Social) também apresenta uma dupla face, do mesmo modo que o princípio da proporcionalidade (*Übermassverbot* e *Untermassverbot*).²⁸ Ela contém, ensina FERREIRA DA CUNHA, os princípios fundamentais de defesa do indivíduo face ao poder estadual – os limites ao exercício do poder em ordem a eliminar o arbítrio e a defender a segurança e a justiça nas relações cidadão-Estado (herança, desenvolvida e aprofundada, da época liberal – da própria origem do constitucionalismo), em especial em relação ao poder penal. Mas, por outro lado, preocupada com a defesa ativa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais e os bens sociais para serem efetivamente tutelados, podem não bastar com a mera omissão estadual, *não devendo ser apenas protegidos face a ataques estaduais, mas também em face a ataques*

24 Cfe. SARLET, Ingo. “Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. In: *Revista de Estudos Criminais* n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, pp. 86 e segs.

25 Diga-se de passagem que a própria Constituição não estabelece direitos fundamentais absolutos. Há sempre a necessidade de que se realize o sopesamento diante da colisão de direitos. A liberdade individual deve estar sujeita a condições mínimas, razoáveis, de modo que o exercício deste direito não colida com o interesse público. Nesse passo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estatui: “**Artigo 29: §1.** Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. **§2.** No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências ... da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.”

26 Cfe. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Porto, Universidade Católica do Porto, 1995, pp. 273 e segs.

27 *Idem, ibidem*.

28 Esta outra “face” do princípio da proporcionalidade adveio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, decidindo sobre a obrigatoriedade de conferir-se proteção jurídico-penal à vida intra-uterina sob determinados pressupostos, cabendo destaque para a seguinte passagem da sentença: Nos casos extremos, quando a proteção determinada pela Constituição não se consiga de nenhuma outra maneira, o legislador pode estar obrigado a recorrer ao direito penal para proteger a vida em desenvolvimento. BverfG, Urteil v.25.02.1975 – 1 BvF 1-6/74.

de terceiros, ela pressupõe (e impõe) uma atuação estadual no sentido protetor dos valores fundamentais (os valores que ela própria, por essência, consagra).²⁹

Dito de outro modo, o modelo de Estado Democrático de Direito implica a sujeição do político ao jurídico. As Constituições assumem um papel compromissário e dirigida. A liberdade de conformação legislativa fica sobremodo restringida, porque vinculada também materialmente ao texto constitucional. E as promessas da modernidade incumpridas passam a ter *status* constitucional, a partir da inserção no texto da Constituição da idéia de Estado Social (art. 3º.), que representa as possibilidades de resgate das promessas da modernidade incumpridas no país, em que a etapa do *Welfare State* não passou de um simulacro.

Repita-se: já não se pode falar, nesta altura, de um Estado com tarefas de guardião de “liberdades negativas”, pela simples razão – e nisto consistiu a superação da crise provocada pelo liberalismo – de que o Estado passou a ter a função de proteger a sociedade nesse duplo viés:³⁰ *não mais apenas a clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, também a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais* (art. 5º., *caput*, da Constituição do Brasil).

Por isto, a necessária crítica às posições do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais que negam o direito de o Ministério Público lançar mão do mandado de segurança para buscar efeito suspensivo em recursos em sentido estrito e agravos de execução.

Fundamentalmente, a posição do Superior Tribunal de Justiça – e os demais tribunais que o seguem – não leva em conta que o princípio da proporcionalidade (utilizado como fio condutor dos acórdãos), *possui uma dupla face, isto é, um ato estatal pode violar o referido princípio por ser arbitrário (portanto, excessivo), como também pode violar o mesmo princípio quando houver uma deficiência na proteção estatal a determinado bem jurídico.*

Ou seja, o Superior Tribunal de Justiça, na voz do acórdão paradigmático de Cernicchiaro, trabalha apenas com a hipótese – a-histórica e atemporal – do garantismo negativo, em que a violação da proporcionalidade se dá pela proibição de excesso (*Übermassverbot*), esquecendo a relevante circunstância de que o Estado – e relembremos aqui ALESSANDRO BARATTA – *pode vir a violar o princípio da proporcionalidade na hipótese de não proteger suficientemente direitos fundamentais de terceiros (garantismo positivo), representado pela expressão alemã Untermissverbot.*

Este conceito, explica CARLOS BERNAL PULIDO, refere-se à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na proteção dos direitos fundamentais de proteção. A proibição de proteção deficiente pode ser definida como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode-se determinar se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção. Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o restado do seu sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro lado, a inconstitucionalidade

29 Cfe. CUNHA, *op. cit.*, p. 273.

30 No sentido desse viés de proteção, consultar STRECK, Lenio Luiz e FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição – a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da constituição e tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.³¹

5. À guisa de conclusão: a dupla face da proporcionalidade como garantia contra decisões judiciais ilegais-inconstitucionais³²

De tudo o que foi dito, não tenho receio em afirmar que, diante de uma decisão judicial que venha, de forma indevida, conceder liberdade a determinado indivíduo contra disposição processual-penal (portanto, quando presentes requisitos que recomendem a sua manutenção na prisão, na conformidade do que determina o Código de Processo Penal), *é perfeitamente cabível, porque constitucional, o manejo do mandado de segurança, em face de violação de direito líquido e certo dos demais cidadãos da República, cujo direito à segurança está alçado ao status de direito fundamental.*

Trata-se, fundamentalmente, de resolver uma aparente “aporia” em nosso sistema jurídico. Afinal, por que negar ao Ministério Público o uso do mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso interposto, quando se sabe que um agravo em execução não tem efeito suspensivo, levando, além disto, meses para ser apreciado em segundo grau? A argumentação de que o mandado de segurança somente pode ser utilizado a favor do cidadão (portanto, do “débil”, como diriam os penalistas liberais-iluministas) não se sustenta em face da dupla face do princípio da proporcionalidade.

Parece evidente que, no caso, a devida proporcionalidade deve ser analisada pelo viés da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Nestes casos, entendo que, mais do que um direito de fazer uso do único remédio cabível para restabelecer a legalidade, tem o Ministério Público o dever constitucional de agir. Repita-se: como deixar sem correção – através de um remédio eficaz – um ato judicial que agride frontalmente a ordem jurídica?

Portanto, há que se fazer uso – em determinados casos – de medidas que garantam a eficácia de futuros provimentos judiciais. Caso contrário, o princípio da segurança, que também é um preceito fundamental, pode tornar-se letra morta.

Desse modo, sempre que um ato judicial mostrar-se contrário ao princípio constitucional que assegura a proteção aos particulares contra agressões (imediatas ou potenciais) provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas (no caso, o agente beneficiado de indevida liberdade, nas suas diversas formas), *é cabível o uso do mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso interposto, remédio apenas de efeito mediato contra o abuso judicial – que se dá, nestes casos, por violação de proteção insuficiente.*

Não se olvide que o agravo, no seu nascedouro, era tido como um recurso de julgamento quase imediato, não sendo, na época, necessário o efeito suspensivo. Atualmente, todavia, um recurso como o agravo pode demorar alguns meses para ser

31 Cfe. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, pp. 798 e segs.

32 Quando refiro a dicotomia (i)legal-(in)constitucional, faço-o tão-somente para reforçar a argumentação, uma vez que, à toda evidência, uma lei só é válida se for constitucional; caso contrário, lei não é.

juizado, tempo em que o recorrido permanece “solto” (ou seja, fruindo o benefício concedido em afronta ao sistema penal-processual-constitucional).

Aliás, quando do nascimento da tese de conferir efeito suspensivo a recursos que não o possuíam, através do mandado de segurança, nunca se afirmou que a concessão do *writ* era contra determinada lei (o que violaria a Súmula 266 do STF). Na verdade, quando o segundo grau concede o *writ* mandamental – conferindo efeito suspensivo, por exemplo, a um agravo em execução – *está corrigindo um ato judicial que violou a devida proporcionalidade* (lembremos, aqui, a importância do necessário sopesamento entre fins e meios, ínsito ao citado princípio). Repita-se: é o ato ilegal do magistrado que estará sendo corrigido.

Numa palavra: não há qualquer óbice constitucional à utilização do mandado de segurança para conceder efeito suspensivo a agravo de execução. A tese de que o uso do *writ* estaria violando o princípio da proporcionalidade *esbarra na própria dupla face que o citado princípio possui, isto é, o princípio não somente trata dos excessos estatais como também das deficiências (omissões) estatais*.

Isto significa admitir que o Estado Democrático de Direito provoca profundas alterações paradigmáticas, detectáveis e compreendidas a partir de um adequado olhar hermenêutico. Nesse sentido, calha examinar a problemática a partir da diferença (ontológica) entre texto e norma (ou, se assim se quiser, entre vigência e validade). Com efeito, muito embora o mandado de segurança mantenha o mesmo texto (significado de base) em várias constituições, parece evidente que seu sentido (norma) vem sofrendo alterações. *Texto e norma não são a mesma coisa*. O mesmo texto pode gerar várias normas. E a passagem do tempo passa a ser o condicionante da alteração do sentido do texto.

Ora, o mandado de segurança da Constituição de 1988 não é o mesmo mandado de segurança do longínquo ano de 1951. O mesmo ocorre com o conceito de direito adquirido ou coisa julgada. Os sentidos de tais institutos devem ser relidos em conformidade com a complexidade social que conforma não mais os velhos direitos de índole liberal- individualista, mas que hoje são agregados aos direitos de novas dimensões (sociais e transindividuais).

Se antes o Estado e os seus instrumentos legais-institucionais tinham a arefa de proteger apenas os direitos liberais de índole individual contra a “maldade” (*sic*) do Estado (absenteísta), hoje esse Estado – que passou por profundas transformações – deve preocupar-se com essas novas dimensões. É por isto que BAPTISTA MACHADO e BARATA vão chamar a atenção para o fato de que a tarefa deste novo Estado deve dar resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, incluindo-se nesse rol *também os prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas*.

Assim, quando o Estado-juiz concede liberdade a um indivíduo de forma ilegal/inconstitucional, está, na verdade, incorrendo na violação da Constituição naquilo que esta garante a segurança para todos (art. 5º, *caput*). Nesse sentido, a percuciente assertiva de INGO SARLET, para quem resulta inequívoca vinculação – e isto vale tanto para o direito penal como para o processo penal – entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente,

apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Estas hipóteses correspondem às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais. Por outro lado, *o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais.*³³

Destarte, não é a concessão de um mandado de segurança para possibilitar o recolhimento do indivíduo indevidamente solto que estará violando o princípio da proporcionalidade, *mas, sim, estará violando o princípio da proporcionalidade naquilo que se entende por proibição de proteção deficiente.* Para ser mais claro: isto ocorre quando o Estado-juiz não protege suficientemente os direitos fundamentais dos demais cidadãos da República, os quais, por isto, passam a ter, deste modo, o direito líquido e certo de não serem molestados.

Em síntese: quando se está diante de uma visível violação de dever do Estado de respeitar o preceito que trata da garantia fundamental à segurança da sociedade (ou, se se quiser, de terceiros), o Estado deve colocar à disposição do Ministério Público mecanismos para corrigir anomalias. Ou isto, *ou estaríamos deixando blindada (imune) qualquer decisão judicial que trate de indevida concessão de liberdade a apenados que a ela não fazem jus.* E, convenhamos, no Estado Democrático de Direito *não pode haver blindagem contra decisões judiciais ilegais/inconstitucionais.*

Seria absolutamente desarrazoado que, sob pretexto de garantirmos o direito fundamental à liberdade do cidadão, impedíssemos a utilização de remédio eficaz contra decisões que, por vezes, à revelia da lei, concedem liberdade a quem a ela não faz jus, como se a devida proporcionalidade tivesse apenas uma via...!

Numa palavra final: por vezes, parece que esquecemos – e o alerta é do pesquisador e professor de Sociologia Jurídica da Universidade Federal de Pernambuco, LUCIANO OLIVEIRA – da relevante circunstância de que a segurança é, ela também, direito humano:

“E não estou falando retoricamente, estou falando textualmente... Entretanto, geralmente nos esquecemos disso. Na verdade, tão raramente nos lembramos disso que seria o caso de perguntar se algum dia “soubemos” de tal coisa – isto é, que a segurança, a segurança pessoal, é um dos direitos humanos mais importantes e elementares. E, como disse, estou falando textualmente, com base nos documentos fundamentais dessa tradução, sejam as Declarações inaugurais da Revolução Francesa de fins do Século XVIII, seja a Declaração da ONU de 1948. Está lá, já no artigo 2º da primeira Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: os direitos ‘naturais e imprescritíveis do homem’ são ‘a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão’ – grifei. Declaração tipicamente burguesa,

³³ Cf. SARLET, *op. cit.* (grifei).

dir-se-ia. Mas é bom não esquecer (ou lembrar) que em 1793, no momento em que a Revolução empreende uma guinada num sentido social ausente na primeira – uma guinada à esquerda, na linguagem de hoje –, uma nova Declaração aparece estabelecendo, em idêntico artigo 2º, praticamente os mesmos direitos: ‘a igualdade, a liberdade, a segurança, a propriedade’ (in FAURÉ, 1988: 373) – grifei. Mais adiante, o artigo 8º definia: ‘A segurança consiste na proteção acordada pela sociedade a cada um de seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades’ (*idem*, p. 374).

E acrescenta o jurista pernambucano:

“Cento e cinquenta anos depois, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU – na qual figuram, ao lado dos direitos civis da tradição liberal clássica, vários direitos sócio-econômicos do movimento socialista moderno – repetia no seu artigo 3º: ‘*Todo indivíduo tem o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*’. E no entanto, esse é um direito meio esquecido. No mínimo, pouco citado. Ou, então, citado em contextos onde o titular dessa segurança pessoal aparece sempre como oponente de regimes ditatoriais atingido nesse direito pelos esbirros de tais regimes. Dou um exemplo significativo: numa publicação patrocinada pela UNESCO em 1981, traduzida entre nós pela Brasiliense em 1985, seu autor, ao comentar esse direito, dá como exemplo o caso de Steve Biko, ativista político negro torturado e morto pela polícia racista da África do Sul em 1977. E comenta: ‘O caso Steve Biko é apenas um exemplo bem documentado de uma situação em que o Estado deixou de cumprir sua obrigação de assegurar e proteger a vida de um indivíduo e em que violou este direito fundamental que, infelizmente, tem sido violado pelos governos em muitas partes do mundo’ (LEVIN, 1985: 55 e 56). Ou seja: *por razões que são, reconhecemos, compreensíveis, a segurança pessoal como direito humano, quando aparece na literatura produzida pelos militantes, é sempre segurança pessoal de presos políticos, ou mesmo de presos comuns, violados na sua integridade física e moral pela ação de agentes estatais. Ora, com isso produz-se um curioso esquecimento: o de que o cidadão comum tem também direito à segurança, violada com crescente e preocupante frequência pelos criminosos.*” (grifei)³⁴

É neste contexto que se inserem as presentes reflexões. E para não haver mal-entendidos, *faço minhas as duas advertências enfáticas de OLIVEIRA (ibidem) sobre o assunto: a primeira é a de que, com isto, não estou aderindo ao conhecido e, no contexto em que é dito, estúpido slogan “e os direitos humanos da vítima” – com o que os inimigos dos direitos humanos procuram desacreditar a dura luta a seu favor num país como o Brasil. Já a segunda remete ao fato de que de forma alguma estou considerando com a mesma medida as violações de direitos humanos perpetrados por regimes ditatoriais e as violências praticadas por bandidos – mesmo se ambos são celerados.*

**Publicado originalmente na Revista nº 22 jul./dez. 2005, p. 163.*

34 Cfe. OLIVEIRA, Luciano. “Segurança: Um direito humano para ser levado a sério”. Em *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito* n.º 11. Recife, 2000., pp. 244/245.

OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL

LUÍS ROBERTO BARROSO*

O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo se deu através das emendas 5^a e 14^a à Constituição norte-americana.¹ A cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos.²

Antes de procurar delimitar com precisão os contornos do princípio da razoabilidade e suas potencialidades no Direito brasileiro, é de proveito percorrer brevemente sua trajetória no Direito norte-americano. O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional. De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.³

Embora se tenha feito referência a duas fases, na verdade elas não se excluem, mas, ao contrário, convivem até hoje. A primeira versão do *due process*, como se disse,

* **Luís Roberto Barroso** é Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, *Master of Laws* pela *Yale Law School* e Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

1 As dez primeiras emendas, conhecidas como *Bill of Rights*, foram aprovadas em 15 de dezembro de 1791. A 5^a emenda estabeleceu que “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. O preceito vinculava apenas o Governo Federal. Somente a 14^a emenda, aprovada em 21 de julho de 1868, já após a guerra civil, estendeu a regra aos Estados-membros, ao dispor: “Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal.”

2 O tema é versado em todos os tratados e livros de textos de direito constitucional americano. Vejam-se, por todos, **Corwin**, *The Constitution and What it Means Today*, 1978; **Tribe**, *American Constitutional Law*, 1988; **Noak, Rotunda e Young**, *Constitutional Law*, 1986; **Gunther**, *Constitutional Law*, 1985; **Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet**, *Constitutional Law*, 1986; **Brest e Levinson**, *Processes of Constitutional Decisionmaking*, 1983. De autores americanos, em tradução portuguesa, vejam-se **Thomas Cooley**, *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, 1982; **Bernard Schwartz**, *Direito Constitucional Americano*, 1966. Entre os autores nacionais, vejam-se: **San Tiago Dantas**, *Igualdade perante a lei e “due process of law” (contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo)*, in RF CXVI/357 (1948); **José Alfredo de Oliveira Baracho**, *Processo e Constituição: O Devido Processo Legal*, s. d.; **Carlos Roberto de Siqueira Castro**, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na nova Constituição do Brasil*, 1989 e **Ada Pellegrini Grinover**, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, 1973.

3 **Castro, Carlos Roberto de Siqueira**, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na nova Constituição do Brasil*, 2^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 1989, p. 3.

teve ênfase processual, com expressa rejeição de qualquer conotação substantiva que permitisse ao Judiciário examinar o caráter injusto ou arbitrário do ato legislativo.⁴

Tratava-se, inicialmente, de uma garantia voltada para a regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo. Seu campo de incidência recaía notadamente no direito ao contraditório e à ampla defesa,⁵ incluindo questões como o direito a advogado e ao acesso à justiça para os que não tinham recursos.⁶

O desenvolvimento e a afirmação do *substantive due process* marcam um impulso de ascensão do Judiciário, provavelmente só comparável ao que se verificara quando da introdução do controle judicial da constitucionalidade das leis, em 1803, com *Marbury v. Madison*. É que através deste fundamento – o do devido processo legal – abriu-se um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade. Embora se traduza na idéia de justiça, de *razoabilidade*, expressando o sentimento comum de uma dada época, não se trata de cláusula de fácil apreensão conceptual, como bem captou o *Justice Harlan*, da Suprema Corte:

“ ‘Devido processo’ não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O meio que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada.”⁷

De toda sorte, a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade.

O reconhecimento desta dimensão substantiva do devido processo legal passou por três fases distintas e de certa forma cíclicas, que incluem **(a)** sua ascensão e consolidação, do final do século XIX até a década de 30; **(b)** seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; **(c)** seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte sob a presidência de **Earl Warren**. Presentemente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o *ativismo judicial* – isto é, a intervenção dos tribunais no mérito de certas valorações legislativas e administrativas – que se manifestava destacadamente pelo uso substantivo da cláusula do devido processo legal, vive um momento de refluxo.

4 Representativo desta fase é o conjunto de casos conhecidos como *Slaughterhouse cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873), onde a Suprema Corte recusou-se a considerar inconstitucional uma lei da Louisiana que conferia monopólio de uma atividade a uma determinada companhia, impedindo todas as demais pessoas e empresas de explorarem a atividade. A decisão fundou-se em que a garantia do devido processo legal destinava-se a proteger as pessoas contra as injustiças de cunho processual, o que não era o caso.

5 V. *Vitek v. Jones*, 445 U.S. 480 (1980): “*Due process requires written notice, a hearing at which evidence is heard, including a right of presentation, confrontation and cross-examination, an independent decisionmaker, a written statement by the fact-finder, effective and timely notice of rights, and qualified and independent assistance of legal counsel*”. v. Barron e Dienes, *Constitutional Law*, 1991, p. 175.

6 Vejam-se, e. g., *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971) e *Little v. Streater*, 452 U.S. 1 (1981).

7 Voto proferido em *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

A doutrina do devido processo legal substantivo começou a se delinear no final do século passado, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. A Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez-faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público nos negócios privados. Após alguns ensaios de aplicação do *substantive due process*, a Corte finalmente invalidou, por inconstitucional, uma lei estadual que impedia que os residentes de Louisiana contratassem seguros de seus bens com empresas de fora do Estado.⁸ A decisão que melhor simbolizou este período, todavia, foi proferida em *Lochner v. New York*, onde, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de N. York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros.⁹ Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras leis, inclusive a que estabelecia salário mínimo para mulheres.¹⁰ Este período ficou conhecido como a era *Lochner*.

Sua superação se deu pelo advento do *New Deal*, após a crise de 1929. Eleito presidente em 1932, Franklin Roosevelt deu início à edição de ampla legislação social e de intervenção no domínio econômico. Em 1935, os casos em que esta legislação era contestada começaram a chegar à Suprema Corte, que, fiel à doutrina *Lochner* e hostil ao intervencionismo estatal, passou a invalidar diversas leis importantes para o plano de recuperação econômica.

Neste ano, ao julgar o caso *Schechter Poultry Corp. v. United States*,¹¹ a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei Nacional de Recuperação Industrial, de 1933, reputada essencial para a continuidade da ação governamental, e que continha normas sobre concorrência desleal, preços e salários, jornada de trabalho e negociações coletivas. Estabeleceu-se um confronto entre o Executivo e o Judiciário. Reeleito em 1936, no início do ano seguinte Franklin Roosevelt envia uma mensagem legislativa ao Congresso modificando a composição da Suprema Corte, com vistas a obter maioria naquele Colegiado. Conhecida como *court-packing plan*,¹² a lei não foi aprovada pelo Congresso. Mas, pressionada, a Suprema Corte mudou sua orientação e abdicou do exame de mérito das normas de cunho econômico, encerrando o controle substantivo de tais leis.¹³ Foi o declínio do devido processo legal substantivo.

A terceira fase do devido processo legal substantivo teve como antecedente importante a distinção entre liberdades econômicas e não econômicas, cujo marco mais célebre foi a nota de rodapé nº 4, integrante do voto do *Justice Stone* ao julgar o caso *United States v. Carolene Products*.¹⁴ No primeiro domínio, a atitude dos tribunais deveria ser de deferência aos outros Poderes. Mas no tocante às liberdades pessoais, inclusive e especialmente quanto à proteção das minorias, o intervencionismo judicial continuava a ser indispensável. Estes direitos e liberdades não-econômicos, que incluem a liberdade de expressão, de religião, bem como direitos de participação

8 *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

9 198 U.S. 45 (1905).

10 *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

11 295 U.S. 495 (1935).

12 A lei proposta consistia no seguinte: para cada juiz da Suprema Corte com idade superior a 70 anos e que estivesse exercendo a judicatura há mais de 10, poderia o Presidente nomear um novo, desde que o número total de ministros não excedesse de 15. Sobre este tema, v. Gerald Gunther, *ob. cit.*, p. 121 e ss. v. também William H. Rehnquist, *The Supreme Court: How it was, How it is*, 1989, p. 215 e ss.

13 Um dos marcos da superação da era *Lochner* foi o julgamento de *West Coast v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), onde a corte, revertendo decisão anterior em *Adkins v. Children's Hospital (v. supra)*, considerou constitucional lei estadual que estabelecia salário mínimo para mulheres.

14 304 U.S. 144 (1938).

política e de privacidade, muitos deles não decorrentes expressamente do texto, foram a tônica do constitucionalismo americano das últimas décadas. Decisões polêmicas na área da igualdade racial, como *Brown v. Board of Education*,¹⁵ dos direitos políticos, como *Reynolds v. Sims*¹⁶ e de processo penal, como *Miranda v. Arizona*,¹⁷ fizeram deste período um dos mais “portentosos e tumultuados” da história da Corte.¹⁸

No âmbito da aplicação substantiva do devido processo legal, os casos que mais destacadamente marcaram época, pela ousadia, foram *Griswold v. Connecticut*¹⁹ e *Roe v. Wade*,²⁰ onde a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais e consagrou um novo direito, não expressamente inscrito na Constituição, que foi o direito de privacidade. Em *Griswold*, invalidou-se uma lei do Estado de Connecticut que incriminava o uso de pílula anticoncepcional ou qualquer outro artigo ou instrumento contraceptivo, punindo tanto quem consumisse como quem prescrevesse. Em *Roe*, a Corte considerou inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava o aborto, e não o admitia nem mesmo antes do terceiro mês de gravidez. Em seu voto, consignou o Juiz **Blackmun**:

“Este direito de privacidade..., decorra ele do conceito de liberdade pessoal da 14^a emenda, como me parece, ou dos direitos reservados previstos na 9^a emenda, é abrangente o suficiente para incluir a decisão de uma mulher sobre pôr fim ou não à sua gravidez.

(...) *A lei do Texas é excessivamente abrangente. Ela não distingue entre abortos praticados no início da gravidez e os que são praticados mais adiante, e o limita a uma única hipótese, que é a de ‘salvar’ a vida da mãe. Conseqüentemente, a lei não pode sobreviver ao presente ataque...”*²¹

Todas as nomeações para a Suprema Corte nas últimas décadas de governos republicanos nos Estados Unidos foram marcadas pelo esforço de escolher ministros que rejeitassem o ativismo judicial deflagrado pela Corte *Warren* e estivessem dispostos a rever a decisão proferida em *Roe*. Ao longo dos anos, esta decisão foi abertamente questionada, mas jamais foi claramente reformada (*overruled*).²²

Conclui-se, assim, a trajetória histórica da cláusula do devido processo legal e do princípio da razoabilidade no direito constitucional norte-americano. É bem de ver que tais conceitos correram mundo e repercutiram sobre os ordenamentos jurídicos atentos à constante busca de equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos. Convém, por isso mesmo, aprofundar o exame do tema à luz dos métodos de argumentação e exposição sistemática que caracterizam o modo de entender e praticar o Direito nos Países de tradição jurídica romano-germânica. De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa

15 347 U.S. 873 (1954).

16 377 U.S. 533 (1964).

17 384 U.S. 436 (1966).

18 Stone, Geoffrey R.; Seidman, Louis M.; Sustain, Cass R.; Tushnet, Mark V.; *Constitutional Law*, Little Brown and Company, Boston, 1986, p. LXX.

19 391 U.S. 479 (1965).

20 410 U.S. 113 (1973).

21 *Idem*.

22 Um dos últimos julgamentos sobre o tema ocorreu em *Parenthood v. Casey*, 112 S. Ct. 2791 (1992), onde o voto majoritário, conquanto externando divergência quanto à decisão em *Roe*, questionou a própria legitimidade da Corte para reverter tal decisão. V. Morton J. Horwitz, “Foreword: *The Constitution of Change: Legal Fundamentalism without Fundamentalism*”, in “*Harvard Law Review*”, 107/30 (1993).

continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da *proporcionalidade*, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade.²³ Salvo onde assinalado, um e outro serão aqui empregados indistintamente.

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia;²⁴ o que não seja arbitrário ou caprichoso;²⁵ o que corresponda ao senso comum,²⁶ aos valores vigentes em dado momento ou lugar.²⁷ Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade,²⁸ embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.²⁹ Sobre este ponto em particular, veja-se a passagem inspirada de **San Tiago Dantas**:

“Não é apenas a doutrina do Direito Natural que vê no Direito uma ordem normativa superior e independente da Lei. Mesmo os que concebem a realidade jurídica como algo mutável e os princípios do Direito como uma síntese das normas dentro de certos limites históricos reconhecem que pode haver leis inconciliáveis com esses princípios cuja presença no sistema positivo fere a coerência deste, e produz a sensação íntima do arbitrário, traduzida na idéia de ‘lei injusta.’

..... “ 30

Em seguida, após referência ao sistema americano e ao *due process of law*, arrematou:

*“A lei que não pode ser considerada ‘law of the land’ é a lei contrária ao Direito. Não a um direito fixado em regras e comandos precisos, que se tornariam, nesse caso, imutáveis; mas ao direito como síntese, como corpo de princípios, como método de criação normativa”.*³¹

23 Embora não faça esta assemelhação e refira-se sempre ao princípio da proporcionalidade, **Willis Santiago Guerra Filho** lembra “a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos ‘razão’ (lat. *ratio*) e ‘proporção’ (lat. *proportio*)” (*Sobre o Princípio da Proporcionalidade*, mimeo, pp. 13-14).

24 Rafael Bielsa, *Estudios de Derecho Público*: I, *Derecho Administrativo*, 1950, t. 1, p. 485.

25 *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934).

26 Quintana, Segundo V. Linares, *Reglas para la Interpretación Constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, p. 122.

27 Pound, citado por José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo e Constituição: O Devido Processo Legal*, p. 90.

28 Bidart Campos, *Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*, 1987, p. 92.

Aliás, na sua origem norte-americana a cláusula do devido processo legal foi influenciada por concepções jusnaturalistas, sendo interpretada como uma garantia do direito a um processo que se inspirasse em princípios universais e superiores de justiça, conforme noticia Ada Pellegrini Grinover (*As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, p. 33 - 34), onde esclarece: “Mas, sob a influência de magistrados como Holmes, Cardozo, Frankfurter, percebe-se que os princípios de igualdade e de justiça processual não são a expressão de uma norma abstrata e superior, absoluta e transcendental com relação à normatividade positiva: trata-se, pelo contrário, da enunciação de valores históricos e relativos, que podem impor-se à razão em determinado contexto histórico”. V. também, Grey, “Do We Haven an Unwritten Constitutions?”, 27 “*Stanford Law Review*” 703, 715-716 (1975).

29 Siqueira Castro, *ob. cit.*, p. 53.

30 Dantas, San Tiago, “*Igualdade perante a lei e Due process of law*,” in “*Revista Forense*” CXVI/357, 1948, p. 362.

31 *Idem*.

Seja como for, é necessário seguir em busca de terreno mais sólido e de elementos mais objetivos na caracterização da razoabilidade dos atos do Poder Público, especialmente, para lhe conferir um cunho normativo. Somente esta delimitação de objeto poderá impedir que o princípio se esvazie de sentido, por excessivamente abstrato, ou que se perverta num critério para julgamentos *ad hoc*.

A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente se fará diante de certas circunstâncias concretas, será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Deste modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre estes elementos.³²

Esta razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade *interna*, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida. Por exemplo: se diante de um surto inflacionário (motivo), o Poder Público congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos (meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles (fim), há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão e a norma, em princípio se afigura válida. Ao revés, se diante do crescimento estatístico da AIDS (motivo), o Poder Público proíbe o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio), para impedir a contaminação de cidadãos nacionais (fim), a medida será irrazoável. Isto porque estará rompida a conexão entre os motivos, os meios e os fins, já que inexistente qualquer relação direta entre o consumo de álcool e a contaminação.

De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente. Suponha-se, por exemplo, que diante da impossibilidade de conter a degradação acelerada da qualidade da vida urbana (motivo), a autoridade municipal impedisse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não residente que não fosse capaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que reduziria significativamente a demanda por habitações e equipamentos urbanos (fim). Norma deste teor poderia até ser internamente razoável, mas não passaria no teste de razoabilidade da Constituição por contrariar princípios como o federativo, o da igualdade entre brasileiros, etc.³³

Esta exigência de conformação ou adequação dos meios aos fins, que já era presente na construção norte-americana do princípio da razoabilidade, é ponto de consenso entre autores distanciados geograficamente. A este propósito, averbou **Linares Quintana**:

“(La razonabilidad) consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determina la medida, a efectos de que tales

³² Veja-se, a propósito, Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, 1984, p. 461.

³³ Esta interessante distinção entre razoabilidade interna e externa encontra-se em Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 462 e ss.

*medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motiva y a los fines que se procura alcanzar con ellos... Tratase, pues, de una correspondencia entre los medios propuestos y los fines que a través de ellos deben alcanzarse”.*³⁴

Na mesma linha, **J. J. Gomes Canotilho**:

*“Entre o fim da autorização constitucional para uma emanação de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins.”*³⁵

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, em decisão de 1971, pronunciou-se em igual sentido:

*“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.”*³⁶

Verifica-se na decisão do Tribunal alemão a presença de um outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade, que é o da exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*) da medida. Conhecido, também, como “princípio da menor ingerência possível”, consiste ele no imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. É a chamada proibição do excesso. Uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, “se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas.”³⁷

Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como *proporcionalidade em sentido estrito*. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de **Canotilho**, trata-se “de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.”³⁸

A doutrina – tanto lusitana quanto brasileira³⁹ – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa esta tríplice caracterização do princípio da *proporcionalidade*, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio

34 Linares Quintana, *ob. cit.*, p. 128.

35 Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 1986, p. 488.

36 BVerfGE 30, 292, (316). V. Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaios de Teoria Constitucional*, 1989, p. 87.

37 BVerfGE 39, 210 (230-1). V. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade*, 1990, p. 44.

38 J. J. Gomes Canotilho, *ob. cit.*, p. 387-8.

39 J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 1991, p. 386-388; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 1993, p. 318-9; Gilmar Ferreira Mendes, *ob. cit.*, p. 38 e 43; e Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaios de Teoria Constitucional*, *cit.*, p. 75.

menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. Na feliz síntese de **Willis Santiago Guerra Filho**:

*“Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”*⁴⁰

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade sempre teve seu campo de incidência mais tradicional no âmbito da atuação do Poder Executivo. Estudado precipuamente na área do direito administrativo, ele funcionava como medida da legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada.⁴¹

Versando o tema assinalou o ilustre professor argentino **Agustin Gordillo**:

*“A decisão ‘discricionária’ do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’ o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam; ou b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou se funde em fatos e provas inexistentes; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar.”*⁴²

Também no domínio do Poder Judiciário, o princípio teve aplicabilidade, notadamente no tratamento das medidas cautelares.⁴³ Sua aplicação como critério aferidor dos atos do Poder Legislativo, todavia, a despeito de constituir prática relativamente antiga na tradição norte-americana, e de ser admitida com reservas em Países como Alemanha⁴⁴ e Itália,⁴⁵ é que suscita alguma controvérsia, por confrontar-se com certas noções tradicionais de separação de Poderes.

40 Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaios de Teoria Constitucional*, cit., p. 75.

41 V. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*, 1991, p. 66-7: “Este princípio enuncia a idéia singela aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atrelados”. V. Também Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 1991, p. 93.

42 Agustin Gordillo, *Princípios Gerais de Direito Público*, 1977, p. 183-4.

43 V. Egas Moniz de Aragão, *Poder Cautelar do juiz. Medidas provisórias*, in RPGERJ 42/37 (1990), e Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, “A concessão de medida liminar em processo cautelar e o princípio cautelar da proporcionalidade”, in RF 318/101 (1992).

44 O *Bundesverfassungsgericht* assentou, em decisão de 1951, que sua competência se limitava à apreciação da legitimidade da norma, e não de sua conveniência. Mas acrescentou, significativamente: “a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial” (BVerfGE 1, 15). V. Gilmar Mendes, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 41.

45 Na Itália, o art. 28 da Lei nº 87, que organiza a Corte Constitucional, exclui expressamente do controle de constitucionalidade valorações de natureza política e verificações sobre o uso do poder discricionário. Todavia, como assinala Pierandrei, será sempre possível examinar a norma à luz dos fins consagrados constitucionalmente (Enciclopedia del Diritto, vol. 10, 1962, p. 907).

De fato, a aferição da razoabilidade importa em um juízo de mérito sobre os atos editados pelo Legislativo, o que interfere com o delineamento mais comumente aceito da discricionariedade do legislador.⁴⁶ Ao examinar a compatibilidade entre meio e fim, e as nuances de necessidade-proporcionalidade da medida adotada, a atuação do Judiciário transcende à do mero controle objetivo da legalidade. E o conhecimento convencional, como se sabe, rejeita que o Juiz se substitua ao administrador ou ao legislador para fazer sobrepor a sua própria valoração subjetiva de dada matéria. A verdade, contudo, é que ao apreciar uma lei para verificar se ela é ou não arbitrária, o Juiz ou o tribunal estará, inevitavelmente, declinando o seu próprio ponto de vista do que seja racional ou razoável.⁴⁷

A evolução dos conceitos tem atenuado o rigor das formulações clássicas e permitido a contenção da chamada *liberdade de conformação legislativa*. O controle finalístico da atuação do legislador se exerce sobre dois momentos “teleologicamente relevantes” do ato legislativo, que **Gomes Canotilho** assim identifica e comenta:

“(I) Em primeiro lugar, a lei é tendencialmente uma função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos **fins** estabelecidos na Constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (II) por outro lado, a **lei**, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser **contraditória, irrazoável, incongruente** consigo mesma.

Nas duas hipóteses assinaladas, topariámos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da Constituição; no segundo caso, o fim imanente à legislação imporia os limites materiais da não contraditoriedade, razoabilidade e congruência.”⁴⁸

Por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com prudência e parcimônia. É preciso ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiorias legislativas eventuais, não deve o Juiz hesitar.⁴⁹

O controle de constitucionalidade se exerce, precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetus circunstanciais. Remarque-se, porque relevante, que a última palavra poderá ser sempre do Legislativo. É que, não

46 Traduzindo esta crença, que subsistiu inquestionada por longo tempo, escreveu Canotilho (*ob. cit.*, 1986, p. 739): “A discricionariedade do legislador ou, como hoje se diz, o âmbito de liberdade de conformação legislativa, não era uma discricionariedade sujeita a pressupostos vinculados, as opções políticas do legislador não eram susceptíveis de controle e os fins da lei eram soberanamente estabelecidos pela própria lei.”

47 V. Siqueira Castro, *ob. cit.*, p. 216, fundado em texto de Edward Corwin (*Court over Constitution - A Study of Judicial Review as an Instrument of Popular Government*, 1938, p. 108): “What the Court says is that legislation must not be unreasonable, but what this means inevitably, an all that it means in that legislation must be unreasonable to the Court’s way of thinking.”

48 J. J. Gomes Canotilho, *ob. cit.*, 1986, p. 740.

49 Escrevendo sobre o tema no direito alemão, admitiu Krebs a possibilidade de superposição de competências, concluindo, no entanto, que isto não afetava a imprescindibilidade do princípio. É que, afirma ele, eventual “escorregão” (*Gratwanderung*) entre o Direito e a política constitui risco inafastável da profissão do constitucionalista (*v. Freiheitsschutz durch Grundrechte*, JURA, 1988, p. 617 (623) *apud* Gilmar Ferreira Mendes, “A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania. Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro”, in RDA 191/40, 49 (1993).

concordando com a inteligência dada pelo Judiciário a um dispositivo constitucional, poderá ele, no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar.⁵⁰

Como se demonstrou até aqui, a razoabilidade dos atos do Poder Público – inclusive dos atos legislativos – como parâmetro aferidor de sua constitucionalidade, tem sido aceita em inúmeros sistemas jurídicos. Nos Estados Unidos, como visto, o princípio se assenta na cláusula do devido processo legal, constante das emendas de nºs. 5 e 14 à Constituição. Na Argentina, como assinala com orgulho a doutrina, o princípio remonta ao texto original da Carta, que, no art. 28, estabelecia que os princípios, garantias e direitos reconhecidos na Constituição não poderiam ser alterados por leis que regulamentassem o seu exercício.⁵¹

No direito constitucional alemão, atribui-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de direito.⁵² Em Portugal, ele vem materializado em regras expressas da Constituição, notadamente a da proibição do excesso.⁵³

No Brasil, o apego excessivo a certos dogmas da separação de Poderes impôs ao princípio da razoabilidade uma trajetória relativamente acanhada. Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, *discricionária*, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade. Exemplo da visão clássica do tema foi dado pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 13.11.70, na qual assentou:

“Harmonia dos Poderes. Art. 6º da Emenda Constitucional nº 1. A decisão recorrida invadiu área de estrita competência da Administração Pública ao mandar reabrir e equipar uma enfermaria de hospital fechada por conveniência do serviço público. Inadmissibilidade de apreciação do mérito de tal providência pelo Poder Judiciário. Recurso conhecido e provido.”⁵⁴

É certo, porém, que ao longo da vigência da Constituição de 1967-69, ainda que de modo implícito e até mesmo *inconsciente*,⁵⁵ e sem menção expressa ao princípio, diversas decisões dos tribunais superiores reverenciaram a razoabilidade como parâmetro de validade de atos emanados do Poder Público. De fato, foi ela o grande

50 Nos Estados Unidos, por quatro vezes, o Congresso editou emendas à Constituição por discordar do entendimento jurisprudencial: **a)** a 11ª Emenda, dando imunidade de jurisdição aos Estados, veio após a decisão em *Chisholm v. Georgia*, 2 Dall 419 (1793); **b)** a criação de uma cidadania nacional pela 14ª Emenda foi uma reação à decisão em *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1857); **c)** a admissão de um imposto federal sobre a renda, advinda com a 16ª Emenda, deveu-se ao julgamento de *Pollock v. Farmer's Loan & Trust Co.*, 157 U. S. 429 (1895); **d)** a extensão do direito de voto em eleições estaduais e nacionais a todos que contassem com dezoito anos, introduzida pela 26ª Emenda foi motivada pelo caso *Oregon v. Mitchell*, 400 U. S. 112 (1970). V. Edward Conrad Smith, *The Constitution of the United States*, 1979, p. 16 e ss.

51 A este propósito, assim manifestou-se Linares Quintana (*ob. cit.*, p. 123): *“Este precepto básico es propio de nuestra Constitución, no teniendo equivalente ni en términos siquiera aproximados, en la Ley Suprema de los Estados Unidos.”*

52 V. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade*, cit., p. 43.

53 Dispõe o art. 18, 2, da Constituição Portuguesa: *“Lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”* Além dele, o art. 266, 2, impõe aos órgãos e agentes administrativos que atuem com justiça e imparcialidade no exercício de suas funções, e o art. 272, 2, que estabelece que as medidas de polícia não devem ser utilizadas para além do estritamente necessário.

54 RTJ 56/811 (1971), RE nº 70278-GB, Rel Min. Aduauto Cardoso.

55 Siqueira Castro, *ob. cit.*, p. 192.

vetor de decisões como: a) a que considerou inaceitável que delegado aprovado em concurso pudesse ser reprovado na prova de esforço físico (teste de Cooper), haja vista que são os agentes, e não o delegado, que de regra desempenham as missões;⁵⁶ b) a que considerou ensejadora de discriminação a reprovação, em entrevista pessoal, de candidatos à carreira diplomática já aprovados nas provas intelectuais;⁵⁷ c) a que também considerou inconciliável com o princípio do concurso público o chamado “julgamento de consciência”, em que o candidato à magistratura podia ser excluído do certame com base em julgamento secreto sobre sua vida pública e privada.⁵⁸

Todos estes precedentes se referem a atos administrativos. A possibilidade de controle de razoabilidade dos atos do Poder Legislativo também tem sido discutida no Brasil nas últimas décadas, ainda que incipientemente. A fórmula utilizada para sua aplicação foi a importação de figura tradicional originária do direito administrativo francês, identificada como *détournement de pouvoir*, isto é, o desvio ou excesso de poder. Convencionalmente aplicada no controle dos atos administrativos, o conceito teve seu alcance estendido para abrigar certos casos envolvendo atos legislativos. Há um interessante precedente na matéria, em decisão do Supremo Tribunal Federal, onde o Ministro **Orozimbo Nonato** firmou a tese de que:

*“O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do **détournement de pouvoir**. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como, também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado.”⁵⁹*

Já no regime da Carta de 1967-69, outra decisão da Suprema Corte, em linguagem ainda mais explícita, aplicou o princípio da razoabilidade como critério limitador das restrições de direitos. Na apreciação de questão relativa à liberdade de exercício profissional, deixou-se assentado:

“Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.”⁶⁰

Em decisões posteriores, embora esporádicas, voltou-se a aplicar, ainda que sem maior desenvolvimento teórico, o princípio da razoabilidade. Foi o que se passou quando a Suprema Corte: a) considerou inválida a regra do Estatuto da OAB que estabelecia a incompatibilidade dos magistrados, membros do Ministério Público e de

56 Remessa *ex officio* nº 110.873-DF, TFR, Rel. Min. **Washington Bolívar**, in DJU de 26.02.87.

57 MS nº 101.898-DF, TFR, Rel. Min. **Leitão Krieger**, in DJU de 22.05.86.

58 RTJ 122/1.130 (1987), RE nº 111.411-8-RJ, Rel. Min. **Carlos Madeira**.

59 RF 145/164 (1953), RE 18331, Rel. Min. **Orozimbo Nonato**.

60 Rp. 930-DF, Rel. Min. **Rodrigues Alckmin**, in DJU de 2.09.77.

outras categorias de servidores para o exercício da advocacia, pelo prazo de dois anos a contar da aposentadoria ou da disponibilidade;⁶¹ b) considerou inconstitucional lei do Estado do Rio de Janeiro que elevava despropositadamente os valores da taxa judiciária.⁶²

Um dos poucos autores nacionais a dedicar alguma atenção ao tema do desvio de poder legislativo, **Caio Tácito** menciona decisões do Supremo Tribunal Federal que mantiveram a anulação de leis que consubstanciavam os chamados *testamentos políticos*. É que, na pior tradição nacional, não é incomum a edição de leis estaduais ao término de governos derrotados nas urnas, criando cargos públicos em número excessivo ou concedendo benefícios remuneratórios, comprometendo as finanças públicas e inviabilizando o novo governo. O abuso do poder legislativo, quando excepcionalmente caracterizado, *pelo exame dos motivos*, configura vício especial de inconstitucionalidade. Analisando o caso concreto, afirmou o ilustre publicista, em passagem lapidar:

“A competência legislativa para criar cargos públicos visa ao interesse coletivo de eficiência e continuidade da administração. Sendo, em sua essência, uma faculdade discricionária, está, no entanto, vinculada à finalidade, que lhe é própria, não podendo ser exercida contra a conveniência geral da coletividade, com o propósito manifesto de favorecer determinado grupo político, ou tornar ingovernável o Estado, cuja administração passa, pelo voto popular, às mãos adversárias.

Tal abandono ostensivo do fim a que se destina a atribuição constitucional configura autêntico desvio de poder (détournement de pouvoir), colocando-se a competência legislativa a serviço de interesses partidários, em detrimento do legítimo interesse público.”⁶³

Como se constata singelamente, a despeito de não haver merecido qualquer referência expressa nos textos constitucionais de 1946 e 1967-69, o princípio da razoabilidade foi utilizado, de forma explícita ou implícita, como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade de atos do Poder Público, tanto administrativos quanto legislativos. Durante a maior parte dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, de que resultou a Constituição de 1988, o princípio da razoabilidade constou de diferentes projetos, inclusive do texto ao final aprovado pela Comissão de Sistematização. Ali se lia, no *caput* do art. 44:

“A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade.”

61 RTJ 110/937 (1984), Rep. 1.054, Rel. Min. **Moreira Alves**.

62 RTJ 112/34 (1985), Rep. 1.077, Rel. Min. **Moreira Alves**.

63 **Caio Tácito**, “O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais”, in RDA 188/1 (1992). Sobre o tema, veja-se, também, *Gilmar Ferreira Mendes, Controle de Constitucionalidade*, cit., onde se abre um tópico específico para o *excesso de poder legislativo* (p. 38 e ss).

A redação final da Constituição de 1988, todavia, excluiu a menção ao princípio da razoabilidade. É certo, todavia, que se inscreveu, expressamente, no inciso LIV do art. 5º, a cláusula do *due process of law*, com a dicção seguinte:

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Diante disto, abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbra o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana, pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, liminarmente, a vigência de lei do Estado do Paraná que determinava a pesagem dos bujões de gás, à vista do consumidor, no ato da venda. A imensa dificuldade material, quando não impossibilidade, de cumprimento da exigência, fez com que o Tribunal se pronunciasse, em medida cautelar, pela irrazoabilidade ou falta de proporcionalidade do ato legislativo.⁶⁴

É bem de ver que o princípio da razoabilidade tem um campo de incidência bem mais vasto nos Países de Constituição sintética, onde sua aplicação criativa serve como mecanismo flexível para determinar a Constituição material de cada época. Nos Países de Constituição analítica, sua aplicação se reduz, sem, contudo, perder em relevância. Mesmo em um País como o Brasil, em que a Constituição é prolixa e casuística, há um amplo espaço de utilização do princípio da razoabilidade como instrumento de contenção do ímpeto arbitrário que, não infreqüentemente, estigmatiza a prática política brasileira.

**Publicado originalmente na Revista nº 4 jul./dez. 1996, p. 160.*

64 RDA 194/299 (1993), ADin nº 855-PR, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**. O acórdão é assim ementado: “Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e § 25, § 2º e 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.”

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A JUSTIÇA SOCIAL

LUIZ FUX*

A República Federativa Brasileira, democrática por excelência, tem entre os seus objetivos institucionais, o estabelecimento de uma Ordem Econômica e Social, calcada em vários pilares, dentre os quais, a *Justiça Social* e a *Função Social da Propriedade* – art. 160 da Constituição Federal.

A par dessa Ordem Econômica, coexiste, como evidente, a *Ordem Jurídica*, consubstanciada num conjunto de regras destinadas a regular a multifária atividade do homem na sua vida em sociedade. Entre as duas “ordens”, o que há é harmonia, por isso que a Lei, consoante a regra suprajurídica do artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, *deve ser aplicada em função dos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum*. Desse dispositivo aplicável a todo e qualquer ramo da ciência jurídica, depreende-se que o *bem comum*, e os *interesses sociais* como um todo, devem nortear o aplicador da norma, por isso que, implícita a noção de que o *individual deve ceder ao social*.

Exatamente inspirado nesses princípios e noções, é que se impõe a análise de algumas repercussões do cognominado “*Pacote Econômico*”, também conhecido como *Plano de Inflação Zero*.

À semelhança de toda normação inovadora, o D.-L. 2.284/86 encontrou situações jurídicas incompatíveis com a sua finalidade, sendo certo que o ponto saliente, refere-se àquelas *pendentes*, quando da entrada em vigor do novel diploma legal. Referimo-nos, mais precisamente, ao aspecto relativo às *ações judiciais tendentes, entre outras causas, à fixação de um novo aluguel*.

É evidente, que as mencionadas ações já existiam quando entrou em vigor o Pacote Econômico; algumas já intentadas, outras, por intentar. Por seu curso, o D.-L. 2.284/86, com o fito de estagnar a galopante inflação que consumia vorazmente o poder aquisitivo dos cidadãos, impôs ao País a técnica econômica do “congelamento” de preços, dentre os quais, os alugueres, estabelecendo a inalteração dos mesmos, até março de 1987.

Exsurgiram dessa vedação de modificação de aluguel os naturais conflitos de interpretação, sobre ter o “*Pacote Econômico*” invadido a seara das “locações”, para impor-lhes uma *capitis deminutio*, ou seja: regular matéria específica, estabelecendo limitações às regras existentes.

Em face da novidade da matéria, os Tribunais de nosso País ainda não foram instados a se pronunciar. Debate-se, assim, acesamente, na primeira instância de nossa Justiça.

A primeira corrente trata o tema calcado na premissa básica da *inconstitucionalidade* do Decreto-Lei. Essa opinião jurídica elimina a verticalidade do debate, porque a inconstitucionalidade por si só, afasta a incidência do “*Pacote Econômico*” nas locações. É como se não existisse o Decreto-Lei. O vício aqui apontado é a inadequação do Decreto-Lei *ratione materiae*: isto é, a matéria da locação escapa ao âmbito constitucional do Decreto-Lei.

* Magistrado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A segunda posição sustentada deixa incólume a questão da inconstitucionalidade sob o prisma formal, para situá-la no plano material. Entende que o Decreto-Lei não pode prejudicar *direitos adquiridos* sob a égide de Lei Especial, razão porque, inaplicável a nova disposição legal, para aqueles que já preenchiam os requisitos necessários à propositura das ações de revisão de aluguel, posto que ainda não *exercidas* – quando da entrada em vigor do “*Pacote Econômico*”.

Basicamente, estes são os obstáculos erigidos à aplicação do *Pacote Econômico* às ações que objetivam modificar os aluguéis.

Inicia-se aqui, na justificativa das soluções propostas, a razão de ser do título indicado como “*Justiça Social*”. Isto porque, o problema reclama solução eivada, mais de sentido social do que jurídico.

Não se desconhece a importância que tem hoje para a vida nacional, o *Pacote Econômico* e as suas medidas de intervenção no domínio econômico, consubstanciadas no “congelamento” e tabelamento de preços.

Também é cediço, que os inconformados com as medidas adotadas batem diuturnamente às portas do Judiciário com as suas reclamações, diante das radicais determinações do programa econômico.

Nesses momentos de sensíveis alterações sócio-jurídicas, impõe-se ao Magistrado, à luz da legitimidade do Governo, prestigiar ou não, as emanações Legislativas do seu Poder, com os olhos voltados para as necessidades do povo.

Em prol do povo e da sociedade, é dado ao Juiz para o atingimento de um ideal de Justiça até mesmo negar a aplicação a uma Lei, que esteja em descompasso com a realidade social.

“Os Juízes, oriundos do povo, deve ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades” (*Planiol – Direito Civil*, vol. I, p. 224).

Exatamente, sob a inspiração dessa sábia recomendação, impõe-se-nos sair em apoio ao corajoso “*Pacote Econômico*”, empunhando civilizada arma, contra aqueles que o combatem com coerentes argumentos jurídicos, porém, vazios de conteúdo social, como exige o direito moderno.

Afirme-se, em primeiro plano, que o Decreto-Lei *não é inconstitucional*. O Poder Executivo não legislou pura e simplesmente sobre locação. Dispõe o Poder Central, no diploma referido, sobre “*Segurança Nacional*”, inserindo-se, aí, no seu contexto, o preço das locações, porque matéria indissolivelmente ligada à vida econômica de todo o cidadão.

Esclareça-se desde já, que, evidentemente, a princípio, as locações, como relação de nítido cunho privado, não podem ser consideradas como integrantes da Segurança Nacional.

Mas, não se diga o mesmo, a partir do momento em que o Estado Soberano, no afã de estabilizar a sua economia prestes a gerar um caos social, interfere no valor dos alugueres, porque um dos fatores de elevado potencial inflacionário. O mesmo interesse privado assume, então, a sua feição pública e contundente. Se a economia, como um todo, organizada sob o prisma da livre iniciativa, está a induzir o País a uma desestabilização social, surge a Responsabilidade Pública do Poder Central de velar pela manutenção da paz, da ordem e do bem estar do cidadão, valendo-se de seus instrumentos reguladores da “*Segurança Nacional*”.

O conceito é híbrido, indeterminado, porém, determinável. O manto da “Segurança Nacional” é odioso quando utilizado para encobrir impunidades repugnantes. Mas não o é, quando utilizado *pro populo*, como o foi, para o fim de edição do “Pacote Econômico”.

Sustentável, por todos os ângulos, o aspecto da “Segurança Nacional” inserto no D.-L. 2.284/86.

Segurança Nacional é estabilidade social, é toda busca do interesse nacional. Seguro, significa dizer, livre de perigo e receio. O Ministro Aliomar Baleeiro afirmou como Relator, no seu voto no RE 62.731 que: “O conceito de Segurança Nacional envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do Território, independência, sobrevivência e paz do País, suas instituições, valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto”.

O constitucionalista Manuel Gonçalves Ferreira Filho, entendendo ampla a conceituação, conclui: “Dentro dela (conceituação), é forçoso convir, cabe toda política, isto é, toda aquela orientação geral que o Governo imprime à sociedade, em vista da realização do bem comum, ou de uma visão determinada e precisa deste. Tudo o que afeta a essa realização, portanto, afeta à Segurança Nacional” (*Curso*, pág. 210 – Saraiva – 1981).

Verificando-se o momento em que foi editado o Decreto-Lei, a urgência requerida pelo caminhar do País para limites irreversíveis de um caos social sem precedentes, impõe-se que se conclua que estava efetivamente abalada a Segurança Nacional, no sentido ora exposto. E, se o fator “preço das locações” embutia-se dentre aqueles desestabilizadores da economia a que a medida governamental visou a combater, lúdimo, jurídico e legítimo, o alcance da matéria locatícia, pelos ditames do Decreto-Lei 2.284/86. Em face desses argumentos, a constitucionalidade exigida pelo artigo 55, *caput*, e seu inciso I da Constituição Federal, restou satisfeita.

Subjaz o enfoque sobre se o Decreto-Lei ofendeu o direito adquirido daqueles que já faziam jus a um novo aluguel, antes mesmo da entrada em vigor do “Pacote Econômico”.

A indagação que se tem feito, diuturnamente, é se o Decreto-Lei *revogou* a Lei do Inquilinato, que prevê a revisão dos aluguéis. Como se revela, a indagação é tendenciosa. Não é essa a questão.

O Decreto-Lei é, à evidência, *norma especial*, excepcional, e temporária, que não objetivou revogar, definitivamente, lei alguma. Apenas, no afã de ordenar a vida sócio-econômica nacional, atingiu, por via oblíqua, uma série de negócios jurídicos vinculados ao problema abordado. Assim, p. ex.: – muito embora tenha atingido a forma de pagamento de inúmeros contratos, o D.-L. não teve a intenção de regular a compra e venda civil e mercantil, o contrato seguro de hipoteca, a emissão de títulos de crédito, etc. Todos esses negócios foram atingidos, reflexamente, porque se expressam através de um preço, cujo valor monetário, este sim, foi adequado à nova realidade econômica. Desta sorte, não há a menor dúvida de que o “Pacote Econômico” não visou à revogação da Lei do Inquilinato, nem à sua derrogação no tocante às revisões de aluguéis. Trata-se de norma temporária, complementadora, de *Ordem Pública*, e que coexistem com a Lei Geral das Locações (art. 2.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Não tendo havido revogação, e à míngua de disposição expressa, o que cumpre ao Judiciário é encetar uma interpretação do D.-L., que afaste relações jurídicas

contrárias ou incompatíveis com o novo ordenamento. Nesse particular, é que surge a área de atrito entre o diploma temporário e a Lei do Inquilinato. Por força desta última, o proprietário tem direito de rever o aluguel do imóvel, adequando-o ao preço de mercado, após cinco anos da data da última prorrogação. O “*Pacote Econômico*”, por seu turno, estatuiu a inalteração dos alugueres até 28 de fevereiro de 1987 (art. 10, § 3.º). Surge, então, a questão: É possível a revisão do aluguel nesse período? São atingidos os proprietários que à data do *Pacote* já haviam completado os cinco anos mencionados na Lei do Inquilinato? Têm eles direito adquirido à revisão com base na Constituição Federal?

Afirme-se, desde logo, que o D.-L. 2.284/86 não impôs a erradicação das ações de revisão de aluguel, nem de outras que comportem no seu bojo idêntico objetivo. A norma excepcional e de ordem pública estabeleceu um prazo, dentro do qual a economia fica estagnada, para manter-se sob o controle de rédeas fortes a inflação galopante.

A ação de revisão, em si, não foi afastada do cenário jurídico.

Apenas, o seu exercício, por hora, passou a ser totalmente incompatível com a ordem econômica temporária a que se submete toda a Nação.

Houve, em verdade, uma suspensão temporária do exercício do direito à revisão porque a *sua iniciativa, é potencialmente geradora do fenômeno inflacionário*. Isto não está dito na Lei, mas é a interpretação que se exige. Tudo está congelado, inclusive os salários. Ora, se assim o é, como explicar-se que nesse período onde as receitas dos trabalhadores não aumentam, majorarem-se os seus alugueres? Por quê? A que título de privilégio somente os aluguéis poderão ser alterados após o *Pacote*? Qualquer resposta positiva esbarraria no dogma da função social da propriedade, sem prejuízo de abrir fendas e erosões no diploma, que hoje figura como o pilar da estabilidade sócio-econômica do Brasil. Certamente, o eventual privilégio geraria odiosa perplexidade em cada cidadão brasileiro.

Direito adquirido todos têm, inclusive o comerciante e o industrial que, na véspera do aumento de seus produtos, viram erigir-se a barreira do congelamento. Mas, nem por isso, se vai autorizar a liberação de preços, em desprestígio do *Pacote Social*, em favor de um *direito adquirido individual*.

Essa visão individualista do direito adquirido joga por terra, de forma simples e a um só tempo dramática, a lapidar obra do Governo para conter o desastroso fenômeno inflacionário. Positivamente, essa invocação tão decantada do direito adquirido não merece amparo pela Justiça, cujo escopo maior é buscar o ideal jurídico, alcançar o que *Armínio Kantorowicz* denominava de *Direito Justo (Richtiges Recht)*, dentro ou fora da Lei. Mas não é preciso ir tão longe. O ordenamento fornece meios de compatibilização entre o direito adquirido em confronto com uma reforma estrutural.

É verdade que a Lei nova não pode prejudicar o direito adquirido. Também é verdade que essa visão *individualista* dos direitos não pode prevalecer, se afronta o bem comum e a finalidade social da Lei. Na apreciação da Lei e na sua interpretação, esses são os parâmetros do Juiz, nos termos do artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil. Sob essa ótica, o que se deve entender é que a Lei e a Constituição querem preservar a *permanência* do direito no patrimônio do seu titular. A afirmação de que a Lei nova não pode atingir o direito adquirido é formulada no sentido de que não pode extirpá-lo, aboli-lo. Entretanto, a sua proteção, não pode representar instrumento de violação da Ordem Pública. Seria inconcebível que o Legislador

protegesse o *individual*, em detrimento do *social*. Toda irretroatividade é imposta para que não haja destituição arbitrária de direitos, e, nesse vício, não incide aquela retroação benéfica, em prol da sociedade, que apenas suspende, num dado momento, o exercício de direitos prejudiciais a uma funda reforma realizada.

Beudant, em seu *Curso de Direito Francês*, já afirmava que, somente de modo indireto, a “norma aproveita os cidadãos isolados, porque se inspira, antes no bem da comunidade do que no indivíduo (vol. I, *Introduction* – 1986 – no mesmo sentido, *Ferrara – Trattato*).

O nosso *Cunha Gonçalves* voltava-se contra a constitucionalização do direito adquirido porque entendia possível ferir-se a Magna Carta, quando se tornasse necessário à segurança da Ordem Jurídica (*Tratado*, vol. I, p. 390).

Em resumo, uma reforma de tamanho espectro, com repercussões positivas no âmbito interno e internacional, não pode ficar à mercê de restrições, com a idéia genérica do direito adquirido. São do mesmo sentir, os nossos modelos ocidentais de França, Alemanha, Itália e Espanha. O respeito ao direito adquirido não permite que se vá além da proteção individual, para impor à sociedade um sumo sacrifício. E se assim o é, que assim entenda o *Juiz*, que é a voz viva das Leis e do Direito, e que tem o dever de adaptar os textos às condições emergentes e imprevistas, sob pena de contribuir para um imobilismo condenável. *F. Holobach* advertiu que toda ciência que se limita aos textos e despreza a realidade é ferida de esterilidade (*L’interpretation de la Loi sur les Sociétés*, 1906, p. 289).

Sob o ângulo estritamente jurídico, e concebendo-se a coexistência do *Pacote Econômico* e da Lei do Inquilinato, e a proteção do direito adquirido com aquela voltada para a sua preservação no patrimônio, malgrado possa ser suspenso o seu exercício por motivos excepcionais de ordem pública, temos que: a) É inviável o exercício atual das ações de revisão de aluguel; isto é, a propositura após 27-2-86, data em que entrou em vigor o *Pacote Econômico*; b) A modificação do aluguel, que é objetivo da ação revisional, é totalmente incompatível com a inalteração estatuída pelo D.-L. da Reforma Econômica; c) Tendo em vista que o termo inicial de vigência dos alugueres revisados é a data da citação, possível é a continuação das ações já propostas, toda vez que o ato de convocação do réu se tenha realizado em data anterior à da entrada em vigor do *Pacote Econômico*; d) As ações propostas antes da entrada em vigor do *Pacote*, mas com citação posterior àquela data, devem ser suspensas até 28-2-87, na forma do artigo 265, inciso V, do C.P.C., aproveitando-se as despesas efetuadas pelo autor (sugestão preconizada pelo Juiz *Hamilton Lima Barros*); e) As ações renovatórias devem ter o seu curso normal, até porque, nelas, se discutem outras cousas além da fixação de um novo aluguel. Nesse último aspecto, é consentâneo com a letra e o espírito da reforma, que o aluguel encontrado pelo perito, passe a vigorar a partir do “descongelamento”, devendo vigor, até esse momento, o valor obtido segundo o critério de conversão aplicável em fevereiro de 1986.

A fórmula interpretativa ora proposta coaduna-se com a função social que encerra a missão do Juiz. O Governo aguarda, ansioso, que o Judiciário prestigie o *Pacote Econômico* e isso só se faz possível com uma interpretação sociológica das normas em aparente conflito. Pode-se até mesmo querer afirmar que o *Pacote* não quis referir-se às ações revisionais. A afirmação não seria verdadeira, pois, até mesmo, tornou-se possível pesquisar a *mens legislatoris*. Isto porque, em recente palestra promovida pela *Associação dos Magistrados do Estado* no Plenário do Tribunal de

Alçada, o Doutor *André Lara Resende*, um dos co-autores do Projeto, asseverou que as ações revisionais representavam uma exceção à regra da inalteração de preços, o que deveria ser evitado, exatamente porque essas revisões figuravam como alimentadoras do fenômeno inflacionário.

Olvidados esses aspectos que a questão envolve, o mais importante é o que se reserva ao Judiciário: a função de manter íntegra uma reforma de tão profundas repercussões na vida nacional, com o abandono do tecnicismo e a presença da visão socializante do Direito. O que ora importa é afirmar o direito que está ao lado da sociedade, ainda que essa afirmação esteja acoimada da parcialidade do homem do povo.

Quão frustrante seria para a sociedade, se o Magistrado, diante da alegação de direito adquirido, fosse, paulatinamente, abrindo fendas na Reforma Econômica, para permitir que o locador, com o seu direito adquirido, aumentasse os alugueres, o comerciante, os seus produtos, assim também, o industrial, e, num instante, estaria legado ao ostracismo o trabalho árduo do Governo para enfrentar os antecedentes da crise social que se avizinhava.

Essas verticais reformas não cedem lugar à concepção individualista do direito adquirido. Calcado em *Ruggiero*, o Desembargador Renato Maneschy, no encontro antes referido, chamou a atenção de todos, quando lembrou que, na época da *Abolição da Escravatura*, ninguém ousou argüir o seu direito adquirido aos escravos que mantinham. E, relembre-se, esse direito era patrimonial.

Os antigos juristas romanos já não se apegavam à letra dos textos; antes, porfiavam em lhes adaptar o sentido às necessidades da vida e às exigências da época.

A sociedade atual também não precisa se preocupar sobre haver um apego à letra da Lei, que garanta direito adquirido e negue a reforma. O *Pacote Econômico* há de merecer o prestígio necessário do Judiciário porque o Juiz brasileiro não procede e nem irá proceder como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos. *Max Gmür* concebeu o Magistrado como intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar com a matéria-prima da Lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade.

Em emocionada passagem do seu discurso de posse no Tribunal de Justiça de São Paulo, o Des. *Cândido Dinamarco* insculpiu palavras, que inspiraram este modesto trabalho: “Quero muito mais do que fazer cumprir a Lei do meu País. Quero ser sempre e cada vez mais apto a compreender os valores sociais que jazem sob os textos da Lei, os valores que não estão nas Leis escritas e que só a sensibilidade para a vida e para a Justiça os podem revelar”.

Hodiernamente, esses são os únicos valores que devem nortear a função do Magistrado. Vigilante quanto aos objetivos do povo, saberá o Judiciário conceder à Reforma Econômica o pedestal que ela está a merecer no altar das nossas instituições, com o que se cumprirão os corolários dos dois princípios enunciados no início deste limitado escrito: *A Função Social da Propriedade e a Justiça Social*.

**Publicado originalmente na Revista nº 25 jan./jun. 1987, p. 56.*

DIREITO CONSTITUCIONAL COMPORTA “PRINCÍPIOS GERAIS”?

NELSON N. SALDANHA*

I

Em interessante e recente artigo, aparecido no vol. LXXX, nº 1 (março 1965) do *Political Science Quarterly*, JEROME B. KING trata de “*Constitutionalism and the Judiciary in France*”, e estabelece confrontos e revisões muito sugestivas sobre as características do regime de relações entre a lei em geral, a constituição e o judiciário na França, diante do regime norte-americano. Desenvolve a exposição partindo da distinção por todos conhecida entre os dois regimes, para concluir, entretanto, por constatar certas aproximações entre ambos, ou melhor: certas tendências do sistema francês para aproximar-se do tipo em que um judiciário em instância suprema exerce controle constitucional sobre as leis e os atos em geral.

Diferenciando a concepção do *rule of law*, em que os juízes vêm sendo encarados como suporte da defesa dos direitos e da validade da justiça positiva, da concepção da *suprématie de la loi* KING, muito acertadamente, recorre à via histórica para mostrar como o ideal da revolução de 1789 deu aos franceses a tendência a omitir o papel do juiz na dinâmica do direito. Aliás, o autor poderia ter mostrado, também, que já a ênfase sobre a “lei”, na França, exprimia um ideal de direito positivo um tanto distinto do envolvido pelo termo “*law*”, que na terminologia da língua inglesa cobre mais do que o direito escrito e provindo do legislativo (*statute*).

Lembra ainda KING (pág. 66) que, durante muito tempo e dentro das primeiras experiências republicanas francesas, a separação de poderes e a sobrelância do legislador foram neutralizadas pela ação dos comitês executivos: e daí se punha o problema da submissão do judiciário ao “governo”, como se poderia dizer.¹

Assim, a tradição do “*judge-made law*” se contrapõe à teoria rousseauiana da lei. Naquela, diz KING, a norma legislada é que deve ser justificada, e no fim tal justificação corresponde ao trabalho do juiz; nesta, o judiciário não tem alçada sobre a constitucionalidade das leis, e mesmo a interpretação da lei em geral não lhe compete: a lei se supõe ser completa, perfeita, e por trás disso se implica, como argutamente registra KING, uma “crença de que a vida possa fazer-se corresponder diretamente às próprias palavras” (pág. 68). Claro, aqui entra a dimensão cultural do tema, e todos conhecem como o geometrismo do século XVIII encheu de racionalismo generalizante as formulações políticas de então. Mas o que cumpria destacar, fê-lo o autor do artigo ora citado; é que, da idéia de que a legislação era a expressão por excelência da soberania (ainda Rousseau), vinha a conclusão de que não havia por onde querer controlar a sua ação (pág. 69). Assim, um outro derrapamento comprometia a separação de poderes, e era a divinização da vontade geral no ato de dar lei.

* Professor de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

¹ Aqui a coisa se encaixaria num problema secular a luta entre *iurisdictio* e *gubernaculum* na terminologia de C. H. MAC ILWAIN, *Constitutionalismo Antigo y moderno*, trad., ed. Nova, B. Aires, 1958, passim.

Tendeu-se a restringir o alcance da interpretação por parte do juiz, ao direito privado, e por todo o século XIX a inabalável fé na supremacia da lei fundamentou o entendimento do problema. Como se sabe, a França, à falta do sistema de controle de constitucionalidade, que os juizes norte-americanos “construíram” e exportaram para outros países, desenvolveu para necessidades afins o sistema administrativo (a que, aliás, não se refere como devia o autor do artigo aqui referido): a compreensão do executivo como parte da constituição faz entender sua ação dentro dos limites constitucionais, e a legislação tem, no poder administrativo, uma espécie de mediador entre ela própria e as alçadas judiciárias.²

Anotando, porém, as tendências que se revelam na França, de certa data em diante, para estender o poder do julgador além da aplicação mera da lei e para tomar a idéia de fonte do direito como abrangedora da atividade jurisprudencial (“os juizes franceses podem freqüentemente tornar-se fontes de lei tão importantes como seus colegas americanos”), destaca KING que os códigos deixaram de ser “todo” o direito para os franceses, e que o aumento de extensão da atividade judicante atinge também o direito público. Esse aumento de extensão é o relaciona com a questão da utilização, pelo juiz, de elementos intelectuais mais amplos. E adota a opinião de que entre tais elementos se encontra, centralmente, o que se chama de *princípios gerais do direito* (págs. 80 e segs.).

Este o detalhe que aqui nos interessa.

Para KING “a elucidação dos princípios gerais do direito nos países constitucionais tem-se tornado, cada vez mais, uma tarefa autoconsciente por parte dos tribunais”. Éle acha que as condições trazidas pela segunda guerra mundial e as novas exigências ocorridas, contribuíram para avolumar a jurisprudência administrativa no tocante ao aparecimento de “princípios”: e mais, parece-lhe que o controle de atos administrativos (pág. 81) tem desenvolvido maior grau de princípios gerais, no século vinte, do que o julgamento de questões ordinárias. Aqui está um problema importante. O autor em tela acrescenta que, para diferenciar o julgamento de atos administrativos do de questões ordinárias, deve-se considerar que nestas o juiz concebe princípios gerais sem se desprender dos “interstícios e do espírito do código”, enquanto no caso dos primeiros éle pode fazê-lo tendo em mira alguma concepção bastante geral do homem em relação com o poder.

II

De fato, o tema da “justiça constitucional”, ou, por extensão, o da aplicação do direito dito público, pode, legitimamente, levar ao problema dos princípios gerais. Por trás da acepção positiva e ordenamental de “justiça”, acha-se a conotação ética e axiológica da palavra, que, trazida de volta ao jurídico após contemplada nesse ângulo, desata a exigência dos princípios, que por sinal têm de ser gerais no caso.

Mas a verdade, por isso mesmo, é que o problema dos chamados *princípios gerais do direito* é sempre um problema de teoria jurídica geral: a referência a eles, ou pretende fundar-se numa uniformidade que ligue todos os sistemas positivos sobre a base de certas constantes, vistas por um conhecimento empírico, ou pretende que antes do conhecimento mesmo dos sistemas se possa articular o feixe de conceitos

² A respeito, MAURICE HAURIU, *Principios de Der. Público y Constitucional*, ed. Reus. Barcelona 1927, pp. 140 e segs.; idem, *Précis de Droit Administratif*, Paris 1895, pp. 25 ss., 87 ss.

que devem corresponder ao jurídico. Num sistema, entretanto, em que *la loi* era o centro do direito, os princípios jurídicos gerais representavam uma abstração maior do que naquele em que se dizia *law* para qualquer manifestação de direito objetivo.

Mas também, para trazer ao campo constitucional e administrativo a idéia de princípios gerais, era preciso passar através do tema da “interpretação das normas constitucionais”. Somente na medida em que, em direito constitucional e administrativo, a tarefa interpretativa tiver o mesmo sentido que em direito privado, onde caracteristicamente se veio compreendendo em ligação com o sistema de fontes, nessa medida caberá incluir, para a técnica de aplicação das normas constitucionais, o recurso a elementos como analogia, princípios gerais etc. Certos autores têm frisado que a interpretação em direito público deve diferir, por seu sentido, da do direito privado: é o caso de SANTI-ROMANO, no seu ensaio “*L’Interpretazione delle leggi di diritto pubblico*”.³

III

A propósito da legitimidade da alusão a “princípios gerais do direito” em direito constitucional, convém citar o escrúpulo que ocorreu ao hoje clássico ESMÉIN, quando, ao fim da Introdução de seus *Éléments*, dispôs o “plano da obra”; e como a primeira parte do livro compreendia os princípios gerais, perguntava se haveria isto em direito constitucional.⁴ Por ter comparado direito constitucional e sociologia, donde concluiu que esta é abrangedora de temas gerais sobre o Estado, enquanto aquele toma as instituições de um Estado em particular, parecia que não devia haver princípios gerais num ramo do direito sempre amarrado a cada ordem constitucional; mas, acrescentava logo, o espírito das revoluções americana e francesa tinha assentado, sobre uma base que vinha da Inglaterra, um conjunto de princípios inegligenciáveis, ligados, com as respectivas instituições, à liberdade moderna. Por isso, dizia, os “povos livres do Ocidente” possuem princípios gerais de direito constitucional. Falava no início de nosso século; além disso, aquela comparação com a sociologia teria de ser, hoje, toda reformulada, e a noção de princípios, que maneja, não é a mesma que, tecnicamente, se tem em vista na discussão sobre princípios gerais, como se faz em teoria geral; apesar de tudo isso, a dificuldade em que o pôs a ocorrência do termo é ilustrativa.

Aliás, um clássico americano, THOMAS COOLEY, empregou a locução “*general principles of constitutional law*” como enunciado das intenções didáticas de seu livro.⁵ Enfim, o uso da locução pôde generalizar-se nesse sentido: como alusão à intenção de sintetizar ou de unificar os problemas fundamentais do direito constitucional como disciplina de estudo, tal como se pode fazer para com qualquer dos demais ramos do direito, – princípios gerais de direito civil, penal, internacional.

Neste caso, porém, o uso vai passando sem maior indagação, e a expressão não tem o sentido que possui no caso de usada para designar elemento de *aplicação positiva do direito constitucional* por via judiciária.

3 Em *Prolusioni e discorsi accademici*, Modena, 1931, págs. 10 e segs. Dentro do tema, CARMELO CARBONE, *L’ Interpretazione delle norme costituzionali*, Padova, 1951. Também o nosso velho CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do Direito*, Porto Alegre; 1933, números 357 e segs.

4 *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, 4.^a ed., 1906, pág. 41.

5 *The general principles of constitutional law in the United States of America*, Boston 1880: o enunciado se explica à p. III do prefácio.

IV

Este conceito, tal como muitos outros, constitui uma das manifestações da influência do direito privado sobre a mentalidade jurídica geral. Com efeito, a idéia de princípios disponíveis em grau genérico e com apelo aos quais se pudesse sempre “explicar” dispositivos legais, veio da necessidade de adaptar normas genéricas a casos particulares, necessidade que, no plano da aplicação e da sistematização interpretativa, se fez sentir primeiro no âmbito civilístico. Este tópico vem dentro do grande tema das “Fontes”, que se espalhou como problema jurídico fundamental, sem deixar de manter a estrutura privatista; em direito constitucional a alusão às fontes tem sempre redundado em equívoco ou em banalidade. Não será preciso registrar aqui todas as marcas que o ponto de vista privatista deixou na estruturação de certas partes da doutrina em direito administrativo, por exemplo. Basta assinalar que a noção de “princípios gerais” sempre foi entendida em sentido estranho ao direito público.⁶ É sempre preciso prestar atenção à relação entre certos conceitos e o tipo de experiência jurídica que serviu de circunstância à sua gestação, mesmo porque, se em certa medida o direito positivo supõe a influência de certos “princípios” admitidos, é também certo que estes são muitas vezes resultado do enraizamento de práticas efetivas ou da elaboração exercida em torno da aplicação de regras dadas.⁷ No caso do direito constitucional o aproveitamento da noção de princípios gerais significa a possibilidade de tornar “gerais” os fundamentos deste ramo do direito, implicando a idéia de um “constitucionalismo” cuja amplitude de aceção permitiria, mesmo com base no padrão francês ou continental liberal, abranger todas as experiências posteriormente ocorridas em toda parte do mundo; mas a finalidade daquele aproveitamento deveria ser, certamente, a de atender à situação da aplicação positiva do direito constitucional, como por exemplo, parece ocorrer quando se menciona o princípio de legalidade para fundamentar o controle de atos governamentais.⁸ De qualquer sorte, o emprêgo da expressão requer ressalvas e explicações; o que não quer dizer, de resto, que a divisão entre direito público e privado deva ser aceita como um axioma. Ela deve ser reconhecida na proporção em que, historicamente, condicionou produções diferentes no acervo de conceitos e de categorias que formam o saber jurídico.

**Publicado originalmente na Revista nº 3 set./dez. 1967, p. 91.*

6 Exemplo, o famoso ensaio de DEL VECCHIO, “*Sui principi generali del diritto*”, em *Studi sul Diritto*”, Milano, 1958, págs. 205-277.

7 “Los conceptos lógicos fundamentales de la jurisprudencia no son más que generalizaciones,” diz GARCIA PELAYO, “de la técnica jurídica de unos sistemas historicamente concretos” (*Derecho constitucional comparado*, Rev. Occidente, Madrid, 1951, p. 104).

8 É o que faz SEABRA FAGUNDES, em seu notável, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 2ª ed., cap. III, nº 47. PONTES DE MIRANDA, por sua vez, acha que toda constituição contém um “princípio supremo”, pelo qual ela se faz base do sistema vigente, e que vale, seja qual for a técnica de aplicação das normas e a respectiva diferenciação entre regra constitucional e regra ordinária. (*Comentários à Constituição de 1946*, 4ª ed., 1963, tomo I, Introdução, cap. II, § 5, p. 222.).

O MANEJO DA MEDIDA CAUTELAR E A BUSCA DO EFEITO SUSPENSIVO A RECURSOS CONSTITUCIONAIS

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA*

A questão do empréstimo de efeito suspensivo aos recursos constitucionais (Especial e Extraordinário), a despeito de receber tratamento bastante favorável na doutrina, encontra alguma dificuldade imposta pelos Tribunais Superiores.

Como cediço, somente em casos excepcionais, o Excelso Pretório, bem como o Superior Tribunal de Justiça, vêm admitindo o manejo da medida cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso extraordinário e a recurso especial, respectivamente, a fim de obstar a ocorrência de danos vultosos e verdadeiramente irreparáveis ao demandante.

No seio do Superior Tribunal de Justiça a matéria vem disciplinada no art. 34, incisos V e VI, dando atribuição ao relator para exame de medidas cautelares, ainda que *ad referendum* da Corte Especial, da Seção ou da Turma respectiva. Tais dispositivos são complementados pela norma do art. 288 do RISTJ, que assim dispõe:

“Admitir-se-ão medidas cautelares nas hipóteses e na forma da lei processual.

§ 1º O pedido será autuado em apenso e processado sem interrupção do processo principal.

§ 2º O relator poderá deferir liminarmente a medida “ad referendum” do órgão julgador competente”.

Adite-se a tais dispositivos procedimentais, a nova redação do art. 558 do CPC, aplicável aos recursos constitucionais:

“Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. (grifos nossos)

Discorrendo sobre o tema, comenta ARRUDA ALVIM (Inovações Sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência, Forense, 2003, p. 141):

“..... forçoso reconhecer que o requisito do periculum in mora, indispensável, ao lado do fumus boni iuris, para o deferimento da medida cautelar, tem contemplado a hipótese de garantia de eficácia da ulterior decisão da causa”.

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro.

Cuida-se, como observa com percuciência Humberto Theodoro Júnior, de uma aplicação particular do poder geral de cautela. Está-se, pois, diante de um expediente cujo objetivo é o de evitar a inutilização do processo principal como instrumento de justa composição dos litígios. Assim, na verdade, **a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a especial, responde não só ao interesse do demandante de ver seu provável direito resguardado, mas, também, ao próprio interesse da Justiça, propiciando a utilidade da decisão a ser proferida no recurso especial e/ou extraordinário** (grifos nossos).

Destarte, conclui o processualista mineiro: *“A tutela jurídica prometida pelo Estado de Direito aos indivíduos compreende não só processo jurisdicional de reparação das lesões aos direitos individuais, como também a repressão ao perigo de lesão: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – assegura o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal”.*

Nesse *jaez*, identifica-se a possibilidade de se suspender os efeitos da decisão recorrida como aplicação especial do poder geral de cautela, sobre o qual dispõe de forma expressa o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, e, uma vez demonstrada a presença dos requisitos necessários ao deferimento liminar da medida, de rigor a sua concessão.

Vale lembrar o entendimento do Ministro José Delgado, no julgamento da medida cautelar 2.475/RJ:

“O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares inaudita altera pars) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico. (...) Em casos tais, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo em que mediar o julgamento no tribunal a quo e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância. (...) A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas direito público.”

Aliás, o artigo 497 do Código de Processo Civil, na redação que foi dada pela Lei nº 8.038/90, estabelece:

“O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei”.

A Jurisprudência da Corte Superior é categórica em admitir a medida cautelar para dar efeito suspensivo ao Recurso Especial:

“Para obter efeito suspensivo a recurso especial – ou seja, suspensão do cumprimento do acórdão objeto do recurso especial – a medida específica é a prevista no art. 288, e não o mandado de segurança ao STJ “(STJ, 3ª Seção, MS 2.221-8- PR, rel. Min. Assis Toledo, j. 5.8.93, não conheceram, v.u. DJU 30.8.93, p. 17.262)

“Interposto o recurso especial, a cautelar incidental será ajuizada diretamente no STJ, ainda que o Presidente do tribunal a quo não tenha proferido juízo de admissibilidade” (RSTJ 99/101)

“A atribuição de efeito suspensivo a recurso especial supõe probabilidade de êxito, bem assim prejuízo irreversível para o interesse de quem recorre” (STJ, 2ª T., Med. Caut. 988-PA-AgRG, rel. Min. Ari Pargendler, j. 23.9.97, negaram provimento, v.u., DJU 13.10.97, p. 51.553)

No âmbito penal, o entendimento dessa Corte não é dissonante sobre o tema:

“AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. ESTUPRO (ART. 214, CAPUT, C.C. ART. 224, ALÍNEAS A E B, E ART. 226, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL). CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. DEFERIMENTO DE LIMINAR PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL ADMITIDO NA ORIGEM. PRESSUPOSTOS AUTORIZATIVOS PRESENTES.

1. Liminar deferida para, emprestando efeito suspensivo ao recurso especial já admitido na origem, impedir que condenado por crime hediondo possa ter acesso à progressão de regime em frontal ofensa ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.

2. De um lado, a questão há muito resta assentada neste Superior Tribunal de Justiça, reforçando com clareza a plausibilidade da tese recursal do Ministério Público Gaúcho. De outro lado, quanto ao perigo na demora, o efeito suspensivo deferido tem, por óbvio, evitar a concessão de benefício inadmitido pela lei, antes mesmo de se julgar o recurso especial. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido. AgRg na MC 7822/RS AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR 2004/0017144-3 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ. Órgão Julgador 5ª Turma. Julgamento: 23/06/2004: Data da Publicação/Fonte DJ 23/08/2004 p. 252 “

“CRIMINAL. MEDIDA CAUTELAR. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. QUESTÃO CONTROVERTIDA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO.

PARA O PARQUET. VERIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA. MANUTENÇÃO

DO EFEITO SUSPENSIVO CONCEDIDO AO RECURSO ESPECIAL ATÉ O SEU TRÂNSITO EM JULGADO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. Considerando-se que a imediata execução do acórdão recorrido – que substituiu a pena privativa de liberdade imposta a condenada por tráfico ilícito de entorpecentes, por pena restritiva de direitos – poderia ensejar a extinção da punibilidade até mesmo antes do julgamento do apelo especial interposto pelo Parquet, procede o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial, com o fim de obstar a execução provisória da decisão. Evidenciada a inocorrência de trânsito em julgado da decisão condenatória para o Ministério Público, torna-se incabível a execução provisória do decisum. Persistindo os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, impõe-se a manutenção do efeito suspensivo concedido em liminar a recurso especial, até o seu trânsito em julgado. Pedido julgado procedente para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial n.º 347.505/GO, até o seu julgamento definitivo. MC 2471 / GO MEDIDA CAUTELAR. 2000/0012451-6. Relator Ministro GILSON DIPP. Órgão Julgador : 5ª TURMA. Data do Julgamento: 06/06/2002. Data da Publicação/ Fonte: DJ 02/09/2002 p. 202 “.

A orientação da Corte Superior é no sentido de que o manejo da “chamada medida cautelar” destinada a pedir efeito suspensivo (ou, se for o caso, a antecipação de tutela) em recurso especial ou extraordinário não tem natureza de ação cautelar autônoma, constituindo-se em verdade, em simples incidente processual” (STJ- 1ª T. Med. Caut. 12.428-AgRg, Min. Teori Zavascki, j. 20.3.07, DJU 12.4.07).

Ademais, o E. Superior Tribunal de Justiça reconhece como de sua competência, para o processo e julgamento de medida cautelar, mesmo antes da interposição e admissão do recurso especial, nas hipóteses em que fica caracterizada:

1- a plausibilidade do direito suscitado pela parte; 2- urgência da prestação jurisdicional; e 3- a teratologia ou ilegalidade patente da decisão recorrida” (STJ, 3ª T., Med. Caut. 12.112- Ag Rg, Min. Nancy Andrigh, j. 14.12.06, DJU 05.2.07).

Todavia, a Jurisprudência do Excelso Pretório inclina-se, de forma majoritária a restringir a atribuição do efeito suspensivo ao recurso extraordinário, exigindo para a atribuição de tal efeito, ainda que em caráter de excepcionalidade, **concomitantemente, o juízo positivo de sua admissibilidade, a sua viabilidade processual devido à presença dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos do referido recurso, a plausibilidade jurídica da pretensão de direito material nele deduzida e a comprovação da urgência da pretensão cautelar.** Nesse sentido, a Pet 2.6786-QO/MS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.12.2005 e a Pet 1.859-AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 28.04.2000. Vale transcrever, a propósito, **excerto do Voto da Min. ELLEN GRACIE, na Quest.Ord. em Med. Caut. em Ação Cautelar 2.177-4-Pernambuco, J. em 12.11.2008**, apreciando a questão da competência do Pretório Excelso para apreciação de ação cautelar em virtude da aplicação do regime da repercussão geral, onde transcreve trecho do voto no último julgado acima listado, quanto a tais exigências precisamente enumeradas:

“ (...) (a) que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal (existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem), (b) que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual, caracterizada, dentre outras, pelas notas de tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição, (c) que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica e (d) que se demonstre, objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do periculum in mora”.

A Jurisprudência do Pretório Excelso, de forma consolidada, só admite a **instauração da Jurisdição cautelar daquela Corte, para a outorga de efeito suspensivo ou tutela recursal ao recurso extraordinário, seja com o juízo de admissibilidade positivo pelo tribunal de origem, seja pelo provimento de agravo de instrumento interposto do despacho denegatório do processamento e seguimento do recurso extraordinário.**

Confira-se:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO A MEDIDA CAUTELAR DESTINADA À ATRIBUIÇÃO DE TUTELA RECURSAL AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO INADMITIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONHECIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO DE DECISÃO QUE NÃO ADMITE O SEGUIMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MEDIDA CAUTELAR AJUIZADA PARA CONFERIR TUTELA RECURSAL AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO. IMPOSSIBILIDADE. A outorga de efeito suspensivo ou tutela recursal ao recurso extraordinário pressupõe, em regra, a instauração da jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal, seja com o juízo de admissibilidade positivo pelo tribunal de origem, seja pelo provimento de agravo de instrumento interposto de despacho denegatório do processamento e seguimento do recurso extraordinário. Circunstâncias ausentes do caso em exame. PROCESSO CIVIL. REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR DESTINADA AO EMPRÉSTIMO DE EFEITO SUSPENSIVO OU TUTELA RECURSAL A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO AO PEDIDO, CONTRAPOSTO À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE. A atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário é medida que se exaure em si mesma, na medida em que não demanda citação, tampouco contestação. Possibilidade de o relator negar seguimento a pedido contrário à orientação predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(AC 1317 MC-ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 10/10/2006, DJ 01-12-2006 PP-00097 EMENT VOL-02258-01 PP-00041).

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Efeito suspensivo. Medida cautelar ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. Competência não instaurada. Recurso ainda pendente de juízo de admissibilidade no tribunal de origem. Pedido não conhecido. Agravo regimental improvido. Aplicação das súmulas 634 e 635. Enquanto não admitido o recurso extraordinário, ou provido agravo contra decisão que o não admite, não se instaura a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar pedido de tutela cautelar tendente a atribuir efeito suspensivo ao extraordinário.

(AC 491 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 17-12-2004 PP-00036 EMENT VOL-02177-01 PP-00035 RT v. 94, n. 835, 2005, p. 137-140 RTJ VOL 00192-02 PP-00411).

No seio do E. Superior Tribunal de Justiça, vem também prevalecendo esse ponto de vista, exigindo-se o juízo positivo de admissibilidade do recurso especial interposto pelo Tribunal de origem, para que se instaure a Jurisdição naquela Corte Superior.

Portanto, a competência para apreciar a medida cautelar ora manejada, **como regra geral**, é efetivamente da Corte local (Tribunal de Justiça do Estado ou Tribunal Regional Federal), conforme se vê dos julgados ora trazidos à baila:

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO INTERPOSTO. HIPÓTESES EXCEPCIONALÍSSIMAS.

CABIMENTO.

1. *“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.”* (Súmula do STF, Enunciado nº 634).

2. *Esta Corte tem admitido a concessão de efeito suspensivo a recurso especial já interposto, mas pendente do juízo de admissibilidade, ou até mesmo àqueles ainda não interpostos, mas somente para situações excepcionalíssimas, onde se constata, de pronto, o “manifesto risco de dano irreparável e inquestionável a relevância do direito, ou seja, o alto grau de probabilidade de êxito do recurso, tornando indispensável a concessão da providência pleiteada para assegurar a eficácia do resultado do recurso a ser apreciado por este Tribunal”* (AgRgMC nº 8.101/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, in DJ 24/5/2004), ou, ainda, em decisões manifestamente teratológicas. Precedentes.

3. *Em restando demonstrados o periculum in mora e o fumus boni iuris, aliado ao fato de tratar-se de situação excepcionalíssima a exigir a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, é de ser concedida a medida cautelar.*

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg na MC15.794/GO, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 20/10/2009)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO - MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL PROPOSTA APÓS A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL, MAS ANTES DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - DECISÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DESTA CORTE - NÃO OCORRÊNCIA - RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA - AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1 - Consoante disposição do art. 105, inciso I, alínea “f” da Constituição Federal, “Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

2 - A competência para análise de pedidos cautelares no período entre a interposição do recurso e a prolação do juízo de admissibilidade é do Presidente do Colegiado de Justiça Estadual e não das Cortes Superiores - Precedentes do Supremo Tribunal Federal - Súmulas 635 e 634 do STF.

3 - A ausência da necessidade de preservação da competência ou de garantia de decisão deste Superior Tribunal de Justiça impõe o não conhecimento da Reclamação Constitucional, pela inocorrência de seus requisitos, qual seja a inexistência de qualquer decisão desta Corte.

4 - Agravo Regimental não Conhecido.

(AgRg na Rcl 3.595/RN, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 16/09/2009).
(grifos nossos)

CONCLUSÃO

1. Demonstrado o *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, e ressaltada a plausibilidade do direito da parte – Estado-Sociedade, apresentada pelo Ministério Público –, é perfeitamente cabível e acertado o ajuizamento de medida cautelar dirigida à Presidência do Tribunal de Justiça (ou Tribunal Regional Federal), com o fim de buscar o efeito suspensivo aos recursos constitucionais interpostos contra acórdão do órgão fracionário da Corte local, até que se examine o mérito desses recursos.

2. Tal medida cautelar, **a ser manejada diretamente na Corte local**, como sugere a Jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores **competente em razão da ausência do juízo positivo de admissibilidade** – que normalmente demanda tempo considerável da Presidência da Corte local – tem por finalidade imediata impedir a execução do Acórdão recorrido, diante da ausência de efeito suspensivo dos recursos constitucionais, e objetiva, ademais, conferir efetiva eficácia àqueles recursos, evitando o próprio perecimento do direito.

3. Todavia, o eventual insucesso quanto ao deferimento da medida cautelar junto a Corte local, não impede a renovação do pleito cautelar, agora diretamente ao Tribunal Superior, de acordo com a hipótese concreta, ultrapassado o óbice jurisprudencial da ausência do juízo positivo de admissibilidade no Tribunal de origem, ou após o provimento do respectivo agravo interposto da decisão denegatória de admissibilidade recursal.

Rio de Janeiro, 18 de novembro de 2009.

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA
Procurador de Justiça
Assistente da Assessoria de Recursos Constitucionais

**Publicado originalmente na Revista nº 38 out./dez. 2010, p. 67.*

O PODER EXECUTIVO NO ESTADO MODERNO**

Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI*

Ao iniciar essa palestra sobre o poder executivo no Estado Moderno, desejo agradecer, antes de tudo, a V. Exa., Sr. Ministro do Interior, pela honra do convite para participar dessa reunião. É uma honra e uma satisfação para mim poder assistir a esse simpósio e proferir a palestra inaugural. Desejo ao mesmo tempo, louvar a direção deste Ministério, principalmente ao seu eminente Ministro por uma iniciativa que proporciona a quantos aqui trabalham, no setor jurídico, um amplo debate sobre temas que interessam aos diversos serviços deste Ministério. São extensivos esses louvores ao ilustre Consultor Jurídico do Ministério, Dr. Luís Rafael Mayer, pela forma exemplar com que organizou esse encontro.

Na verdade, depois que se valorizaram os estudos de outras profissões, como, para exemplificar, a de economistas e administradores, os conselhos e a colaboração dos juristas têm sido quase postergados, e com grave injustiça, porque isto ocorreu justamente quando o direito começou a progredir no sentido de procurar os seus suportes nos fatos sociais e econômicos e melhor se relacionar, principalmente, com a economia, as ciências das finanças, as ciências administrativas, a ciência política, os fatores do progresso e desenvolvimento.

Não há mais quem pense em aplicar o direito sem se apoiar na realidade e nas ciências sociais e mesmo nas ciências exatas, criando novas disciplinas jurídicas, como o direito nuclear, o direito espacial, o direito aeronáutico e tantos outros.

As disciplinas se multiplicam nesse setor como já se haviam multiplicado no campo econômico e financeiro, com o direito das sociedades, o direito fiscal e o direito agrário.

É que o direito sempre se apresenta como idéia de relação e tudo no mundo se traduz afinal, em uma relação de pessoas e de fatos. Mas sendo idéia de relação é também idéia de harmonia e de equilíbrio social, o que se obtém pelo princípio, ou pela norma, para atingir uma forma de convivência e de progresso social.

Qualquer que tenha sido o processo de elaboração, ele se conclui por um preceito ou uma decisão, que terá sempre uma expressão jurídica, pelo seu conteúdo e pela sua força obrigatória.

Por isso é que, mesmo quando elaborada por um leigo em direito a mesma será formalmente uma norma jurídica, ainda que o seu conteúdo não reflita as condições substanciais do preceito jurídico – mesmo quando não seja uma norma substancialmente justa ou substancialmente jurídica – mas, formalmente, terá sempre uma expressão jurídica.

É preciso reconhecer – e tenho dado provas dessa minha orientação – que o direito terá de se ajustar a exigências da realidade, que o direito há de evoluir com as novas condições de vida, mas também que há no direito um conteúdo ético que é essencial à validade da norma jurídica.

* Ministro do Supremo Tribunal Federal (aposentado).

** Conferência proferida na Sessão Inaugural do Encontro Jurídico do MINTER, em 15 de agosto de 1972.

O número de teses apresentadas e a sua variedade dão bem idéia da perplexidade dos que trabalham nesta casa, no setor jurídico, diante de inúmeros problemas em que, diariamente, esbarram.

Esse interesse é um dado positivo e deve alertar aquilo que poderíamos chamar, não de indiferença oficial, mas de esquecimento de um setor importante de atividade funcional e, diremos, também cultural.

Esse esquecimento pode acarretar, a longo prazo, a marginalização de elementos úteis, por falta de aproveitamento, sendo difícil a recuperação de elementos humanos interessados e necessários para atender a setores importantes da vida pública.

Em tempos passados, tem isto ocorrido, inclusive com a substituição da área jurídica, praticamente marginalizada, por pessoas com formação inteiramente imprópria para resolver problemas jurídicos.

É com íntima alegria que assisto a essa iniciativa, na convicção de que o enfoque jurídico dos problemas não deve ser esquecido, mesmo não se aceite a solução proposta.

Quero, neste momento, louvar a iniciativa, o seu valor humano, o estímulo que representa aos que se encontram na área jurídica deste Ministério.

Mas, meus senhores, o meu tema é outro, e bem outro.

O tema que vamos abordar visa, apenas, a oferecer uma larga visão sobre o poder executivo no Estado Moderno.

Seria ilusório pensar em penetrar profundamente no assunto. Desejo apenas definir a posição do poder executivo no Estado Moderno e algumas particularidades no exercício das atribuições do Presidente da República.

Podemos, entretanto, desde logo advertir que só cuidaremos do poder executivo nos regimes democráticos, nos quais, apesar de todas as transformações sofridas pelas estruturas políticas, domina, com maior ou menor amplitude, o princípio da distribuição de atribuições entre os poderes.

Vale dizer que esse pressuposto obedece a condições de ordem técnica, já que a crítica demonstrou que o princípio da chamada separação de poderes não tinha o sentido que, erroneamente, se lhes atribuía e que, praticamente, desarticulava qualquer sistema de Governo.

Pretendeu apenas Montesquieu estabelecer um regime de controle recíproco entre poderes, para evitar um poder único e, assim, assegurar a liberdade. As críticas de Eisenmann, Carré de Malberg, de la Bigne de Villeneuve e tantos outros, deram uma interpretação ao sistema de Montesquieu que nem um pouco lhe tirou o brilho da construção, mas afastou uma interpretação negativa do funcionamento dos poderes.

A verdade é que, como veremos, as relações entre poderes ainda constitui, na prática, a grande dificuldade ao crescimento desmedido de qualquer dos poderes.

Outra discriminação importante a ser feita seria a dos regimes presidenciais e parlamentares.

Mas, estudo comparado seria difícil, se tivéssemos de analisar o crescimento do executivo em termos de poder e do exercício de poder em cada um dos regimes.

O parlamentarismo alemão e o francês são, entretanto, exemplos daquilo que o executivo pode exercer como poder no regime parlamentar. A institucionalização do regime favorece esse fortalecimento.

Mas o que nos interessa precipuamente é a evolução sofrida pelo executivo nos tempos modernos, pelos seus novos métodos de ação, a multiplicação dos seus recursos, seguindo a própria transformação da sociedade de que ele participa.

Finalmente, seria de examinar um novo sistema de relações entre o executivo e o legislativo, como veremos.

Dentro desse esquema é que se desenvolveu o executivo.

O fortalecimento ou, para melhor dizer, a expansão dos poderes do executivo não foi sempre, como parece a muitos, determinada pela necessidade de aumentar o seu poder e, eventualmente, absorver outros poderes, como nos regimes totalitários.

Essa expansão se realiza normalmente, como contingência de uma transformação social e de um crescimento da área necessária de ação do executivo, assoberbado por novas responsabilidades.

O crescimento populacional, o aumento do comércio internacional, a agravação dos problemas urbanos, o progresso tecnológico, o surgimento de uma sociedade de massas e tantas e tantas outras causas são determinantes necessárias do aumento do poderio do executivo, pela ampliação de sua equipe de trabalho e da organização dos seus serviços administrativos.

A renovação começou nos Estados Unidos, mais intensamente na Presidência Roosevelt, na base do relatório feito para a Presidência, no qual são tratados, desde os mais graves problemas administrativos, até a mecânica do “*decision making process*” e do exercício do poder normativo pelo executivo, dois instrumentos do seu fortalecimento.

Participaram desses estudos as maiores sumidades naquela época, nomes até hoje conhecidos como Luther Gullick, Louis Brownslow, Cushman, Emmerick, James Hart e tantos outros.

Cuidaram esses estudos principalmente:

- 1.º – do problema do pessoal;
- 2.º – do sistema de controle financeiro;
- 3.º – das “*comissions*” destinadas ao controle das “*public utilities*”;
- 4.º – dos problemas departamentais e das áreas de serviço federal;
- 5.º – das corporações governamentais;
- 6.º – do poder normativo (*rule making*);
- 7.º – do preparo das medidas a serem propostas ao Parlamento pelos departamentos administrativos.

Basta este quadro para mostrar como se desenvolveram os trabalhos destinados a dar mais estímulo ao poder executivo para alargar a sua área, dar maior expansão a necessidades crescentes do poder executivo.

Mais tarde, em 1949, depois da guerra, o famoso e volumoso relatório Hoover, procurou dar ainda melhor estrutura ao poder executivo.

Já em 1939 o “*Reorganization Act*” havia dotado o poder de nova estrutura que, com o correr dos anos, foi melhorando, e que se constituirá, hoje, salvo erro, dos seguintes órgãos:

- 1 - do pessoal da Casa Branca;
- 2 - da secretaria do Gabinete;
- 3 - do Bureau do orçamento;
- 4 - do Conselho de consultores econômicos (*council of economic advisers*) criado em 1946 pelo *National Security Act*;
- 5 - do Conselho de Segurança Nacional (*National Security Council*), criado em 1947;
- 6 - da Agência Central de Inteligência;
- 7 - da Agência de Mobilização da Defesa Civil;
- 8 - da *Civil Service Commission*.

Estes dados, certamente incompletos, justificam a afirmação da transformação completa do executivo.

Ainda mais:

Os Conselhos, as Comissões, as Assessorias, aquilo que Wheare chamou de Governo por Comissões é apenas uma parte desta vasta máquina que é o executivo, desdobrada por um sistema de administração indireta que inclui corporações, agências especializadas, empresas públicas, vinculações as mais íntimas com a grande empresa privada, com os centros de pesquisas e universidades, que participam das atividades públicas com os seus conhecimentos tecnológicos.

Poucos imaginam o que representam na vida econômica e política de um país, por exemplo, como os Estados Unidos, as Comissões de Energia Nuclear e de Vãos Espaciais.

Den Price em seu excelente livro sobre o Governo e a Ciência mostra, com abundância de detalhes, o poder das Comissões e Assessorias ao penetrarem nos setores mais importantes da política interna e externa.

É por isso que os críticos do sistema constitucional americano têm focalizado os poderes do Presidente, dando ênfase às transformações sofridas no decurso da evolução da vida Americana.

Vejamos, ao acaso, o que diz Bernard Schwartz, um dos mais conceituados:

“A estrutura do Governo criada pelo texto da Constituição adotada nos fins do século XVIII, está, todavia, inteiramente diferente daquela que existe na maioria das do século vinte. O equilíbrio entre os Estados e a Nação sobre o qual se baseou o sistema federal e dele depende, foi substancialmente alterado. A autoridade do Governo Central aumentou constantemente, às custas dos poderes dos Governos dos Estados.

A intervenção de Washington em matéria que era considerada de competência puramente local tem se tornado tão freqüente que é lícito indagar se os Estados não se tornarão meros vestígios de um sobrevivente, de um velho e florescente sistema federal. Também no Governo Nacional o equilíbrio entre os poderes foi perturbado. O poder do executivo americano foi crescendo às expensas do legislativo e judiciário. Essa mudança no centro de gravidade Constitucional nos Estados Unidos alterou drasticamente a separação de poderes,

sobre o qual nasceu a Constituição Americana. Fez do Gabinete do Presidente o mais poderoso posto eletivo do mundo. O Presidente dos Estados Unidos possui hoje mais autoridade que poderia ter sido possível admitir para a maioria dos Anglo-Americanos contemporâneos de George III". (*American Const. Law* - pág. 5).

E isso não é novidade para ninguém.

Vamos, entretanto, prosseguir com mais uma amostra do poder executivo modernizado.

Na França, a Quinta República procurou restaurar a força do executivo, ou, em outras palavras, restaurar o poder governamental, na palavra dos críticos do regime.

Esse objetivo, foi, antes de tudo, político, e procurou ser atingido pela participação maior do Governo no processo legislativo, a começar pela iniciativa legislativa.

Hoje é o Governo, afinal, quem ali conduz o processo legislativo em uma Câmara livre para votar, às vezes, dentro de certos prazos.

Não poderia ser de outra maneira quando a Constituição diz que é o Governo quem determina e conduz a política da Nação.

Por isso, foi preciso, na opinião dos críticos mais autorizados da Quinta República, restabelecer a posição do Governo na área legislativa, reduzir o conceito de lei, ampliar o de "*ordonnances*".

Técnica e politicamente o Governo fortaleceu-se.

Administrativamente a sua solidez sempre foi grande. A administração francesa está estruturada de tal forma, possui quadros tão perfeitos, que nenhuma crise política conseguiu até hoje abalar os seus alicerces, nem mesmo as piores crises parlamentares da Terceira e Quarta Repúblicas.

Foi uma estrutura, entretanto, que progrediu sabiamente. Assimilou todos os modernos processos da administração científica, nacionalizou numerosos serviços públicos essenciais, bastando citar os trens e a eletricidade, criou numerosas empresas públicas, de origem tradicionalmente francesa, e cresceu de forma a atender a todas as necessidades de um bom serviço público.

O Presidente, por outro lado, dispõe de instrumentos que permitem realizar os objetivos de uma política e administração modernas.

O nosso poder executivo seguiu, dentro de outra técnica constitucional, o modelo americano.

Executivo forte, poder pessoal do Presidente, comando das Forças Armadas e da Política Exterior, Comando do Comércio Exterior e da Segurança Nacional.

Já o havia visto Haroldo Laski:

"O campo das funções é vastíssimo. O Presidente é o chefe do Cerimonial do Estado. É uma fonte vital de propostas legislativas. É a fonte última de qualquer decisão do Executivo. É o máximo expoente da política externa da Nação. Somar todas essas funções à contínua necessidade de ser, ao mesmo tempo, o homem representativo da Nação e o chefe do seu Partido Político significa, à evidência, apelar para as energias de um só homem de maneira não superada por nenhum outro cargo político no mundo".

Guardadas as devidas proporções, é o Presidente em qualquer Presidencialismo. Já o está querendo ver em alguns parlamentarismos...

Graças ao sistema democrático, porém, foi possível evitar a maioria dos excessos e construir um executivo forte, mas limitado em seus poderes pela própria lei. O Presidente é forte apenas pelos seus poderes constitucionais.

Não vou fazer o histórico desse sistema entre nós, apenas dizer que adotamos o executivo americano e, como ele, crescemos por contingência do progresso na vida do Estado.

O Presidente da República exerce atribuições, antes de tudo, políticas, porque o poder político sobreleva todos os demais.

O Chefe do executivo é o Chefe do Estado, o Chefe Supremo das Forças Armadas, o condutor da política exterior, defensor maior do interesse público, o Presidente do Conselho de Segurança Nacional.

Ele atua, assim, em uma larga área onde age livremente, dirigindo a política interna, orientando a política internacional e escolhendo os seus meios de ação.

Deve o Presidente exercer, assim, uma liderança, porque, com os seus poderes e a soma dos interesses que representa, ele não se pode alhear das direções partidárias e das suas relações com os líderes políticos.

Neste ponto, deve se aproximar necessariamente do Congresso *Woodrow Wilson* chamaria o regime de "*Congressional Government*", porque, na verdade, o Presidente não se pode desinteressar da vida partidária que tem a sua expressão maior no Congresso.

A observação de Wilson denuncia uma falha do Presidencialismo que merecia correção pelo perigo da transferência do poder ao Congresso com a multiplicação dos Partidos.

Sob a Constituição de 1946, com numerosos partidos já se verificara, muitas vezes, que os negócios do Governo, com tantos partidos, eram feitos a custos elevados.

Não é este, porém, o espírito do regime presidencialista.

Desde 1967, entretanto, a posição do Presidente veio se alterar profundamente com as seguintes medidas:

- a) ampliação do direito de iniciativa das leis;
- b) andamento especial de certos projetos de competência exclusiva do executivo;
- c) delegação legislativa;
- d) faculdade concedida ao Presidente da República para expedir decretos-leis em certas matérias;
- e) competência do Presidente da República para decretar o estado de sítio ou a intervenção nos Estados, *ad referendum* do Congresso.

Mas seria insensato separar o Presidente do Congresso ou o Executivo do Legislativo porque o Governo Constitucional não vive sem o Congresso. Daí dizer Pritchelt que algumas das funções mais importantes do Presidente são as legislativas.

Em matéria administrativa, o crescimento foi imenso e tomaria tempo para avaliar as proporções da expansão dos serviços a cargo do executivo fortalecido.

O Decreto-lei n.º 200 dá bem uma idéia do que representa hoje o quadro da administração federal, através da administração direta e indireta.

Mas não desejo sair da generalidade dos problemas centrais da política do Governo, para não me perder em uma análise da qual não poderia sair no tempo limitado de que disponho.

O sistema presidencial foi instituído em momento grave da história americana e o mesmo ocorreu entre nós. Mas não previram os seus fundadores, nem de longe, as dificuldades que teriam de enfrentar.

Não obstante, o regime foi instituído para ter um Presidente forte, o que quer dizer, um executivo forte.

Já dizia Hamilton no Federalista (n.º LXX):

“Um executivo fraco supõe governo fraco. Ora, execução fraca não é outra coisa senão má execução, e um Governo que executa mal, só pode ser um mau Governo”.

Mais adiante:

“O que dá força a um Governo é, antes de tudo, a sua unidade; em segundo lugar, a sua duração; terceiro, a sua possibilidade de prover as próprias necessidades; e quarto, estar investido de poderes suficientes para governar.

O que dá segurança ao Governo é não só uma dependência razoável do povo, mas também uma responsabilidade ponderável”.

E justifica Hamilton as suas palavras à luz dos precedentes e dos ensinamentos da história.

Este Presidente, entretanto, deveria, para se legitimar, ser constitucionalmente forte, isto é, investido de poderes constitucionais que lhe atribuam força e poder, dentro do mecanismo de um sistema legal.

Pressupõe o exercício do poder dentro de suas atribuições constitucionais.

Há, entretanto, sutilezas a verificar na verdadeira função do Presidente como chefe político e constitucional, cujo poder pressupõe também apoio popular e um certo lastro político obtido através do Congresso.

Por isso que do maior relevo é apurar, em qualquer regime constitucional, como se processam as relações entre Governo e Congresso.

Já se disse que a Quinta República Francesa tem, como pedra de toque, estabelecer relações mais íntimas entre o Parlamento e um Governo forte, o que se efetuou realmente por meio de uma nova concepção do processo legislativo, um novo conceito de lei e o aumento da iniciativa do executivo no processo de elaboração da lei.

Na prática política a solução não deixa de ser racional porque, dessa intimidade podem nascer bons resultados, entre os quais o menor não será, certamente, o enriquecimento da informação legislativa.

Lá como aqui, onde o processo também foi utilizado, não deixou de criar suscetibilidades.

O legislativo sentiu-se arranhado, diminuído, quase que espoliado, mas esta é uma reação superficial epidérmica porque, na realidade, pelo menos quanto à participação do executivo na elaboração legislativa, é sistema antigo.

Já Carré de Malberg mostrava como ela existia com o exercício do *veto*.

Já observava Oswaldo Trigueiro referindo-se à Constituição de 1946:

“Em matéria propriamente legislativa a iniciativa do Presidente prevalece sempre sobre a vontade do Congresso, quando esta é manifestada por maioria simples.

Verifica-se, portanto, *acrescenta*, que a participação do Presidente no processo legislativo é substancial.

Ele não só tem atribuições de natureza legislativa, como é, de um certo modo, um dos órgãos do Poder Legislativo. Há quem o compare a uma terceira Câmara. Os Poderes do Presidente são nesse particular mais amplos do que os conferidos pela Constituição e pelos costumes ao Presidente dos Estados Unidos.

Em primeiro lugar, porque o nosso goza de um poder de iniciativa, parcialmente exclusivo, que o direito americano conhece...”

O que se fez em 1967 e 1969 em relação à função legislativa foi apenas, rever velhas fórmulas, modernizá-las, torná-las mais eficazes.

Groskey faz, sobre este assunto, interessantes ponderações, relembrando conceitos de Blakstone sobre as limitações do legislativo. Relembra então que o antigo Congresso do tempo dos Artigos de Confederação teria os seus poderes divididos entre os executivo e judiciário.

Daí a enumeração dos poderes do Congresso.

Não me refiro, é evidente, a outras restrições sobre as pessoas dos parlamentares, quando as reações se justificam, pelo menos quando não se examinam as causas transitórias dessas restrições, mas sobre o processo legislativo.

O que se procurou foi apenas modernizar, voltando-se às origens do regime dos parlamentos, notadamente o Britânico, a mais velha das instituições parlamentares, onde se encontram preceitos perfeitamente atuais como os que se seguem, como exemplo.

Inscritos no *Act of Parliament*:

- a) o parlamento não pode votar em matéria financeira sob qualquer pretexto, a não ser a pedido dos Ministros da Coroa;
- b) o parlamento só pode criar impostos por iniciativa da Coroa, o mesmo acontecendo para o aumento de qualquer tributo.

De lá para cá os Parlamentos do mundo inteiro passaram por numerosas reformas, para melhor ou para pior, mas agora, procuram se ajustar ao mecanismo do Governo.

É que o problema de prestígio das Câmaras está ligado ao da eficácia dos seus trabalhos.

Mas esta eficácia depende da existência de instrumentos de trabalho. E o executivo está em condição de fornecê-los.

Sob o ponto de vista teórico, nada impede essa participação do executivo. Há muito que a crítica reduziu o princípio da separação dos poderes às suas justas proporções.

Como já disse, Montesquieu nunca pretendeu separar os poderes mas apenas garantir a liberdade evitando a sua confusão em um só e procurando um sistema de equilíbrio entre os poderes.

O que Easton, Bergeron e outros pretendem é fundar uma doutrina baseada não na separação de poderes, mas na discriminação de função.

Observa com razão o professor André Hauriou que no quadro do Estado moderno é principalmente o Governo que deve informar o Parlamento. Antigamente, quando os problemas políticos eram relativamente simples e que o Estado só penetrava no terreno econômico com grande discricção, os notáveis de cada circunscrição podiam ter bons conhecimentos dos negócios e problemas políticos do Estado. Hoje, a técnica se mistura com a política, de modo complicado, e o poder político é divorciado dos técnicos, o que dificulta, de muito, a formação de um juízo exato desses problemas pelos políticos.

E conclui com ironia. É por isso que faz alguns anos, o parlamentar, privado das melhores informações, se vê um pouco, em face do governo, na situação de um amador, diante de uma equipe de profissionais.

Há evidente exagero na observação do eminente mestre de Paris, mas o certo é que o político tem hoje, aqui como em toda a parte, pois o depoimento citado não foi nosso, uma visão insuficiente dos problemas pela escassez de dados e informações que podem manipular. (Droit Const. – pág. 726).

Como estudioso do direito constitucional, não estaria longe de admitir a revisão dos textos constitucionais sobre “Comissões Parlamentares de inquérito” e sobre “pedidos de informação”, no sentido de favorecer a investigação legítima sobre matéria que interessa a atividade legislativa, mas sempre disciplinada em preceito constitucional, que evite os excessos.

A colaboração governo-legislativo deve ser feita através de Câmaras, tanto quanto possível, bem informadas.

O que faltaria, talvez, às Câmaras é a existência de órgãos competentes para colher, reunir e divulgar informações obtidas sistematicamente dos órgãos executivos.

Esta é a perspectiva que temos das relações Governo-Congresso.

São essas as principais considerações gerais que o tema merece.

Não quero, entretanto, concluir esta exposição sem abordar dois problemas constitucionais surgidos no texto da emenda n.º 1, mas, segundo me parece, de importância.

O primeiro se refere à competência do Presidente da República para estruturar as repartições, regular o seu funcionamento e fixar atribuições, através de ato executivo.

O segundo será sobre a delegação de poderes, preceito que vem de 1967 e foi reformulado em 1969.

Vamos apreciá-los rapidamente.

O problema da organização do poder executivo oferece objetos extremamente importantes.

Um deles é a organização de uma estrutura administrativa própria, com elementos humanos e materiais necessários à realização dos objetivos governamentais.

Foi o que se chamou nos Estados Unidos de “institucionalização do executivo”, e que nada mais é senão a criação, em torno do Presidente, dos órgãos que possam auxiliá-lo a desincumbir-se dos pesados encargos.

Essas forças precisam ser conjugadas sob um comando único, mas obedecendo também a uma unidade de conceito que permitam a boa compreensão entre o chefe e os seus assessores em todos os graus.

Tudo isso exige uma orientação administrativa que obedeça a um planejamento tecnicamente certo e politicamente orientado pelo chefe.

O que ocorre nos Estados Unidos também está acontecendo na Alemanha, na França e outros países não totalitários.

Esse esforço de racionalização e esta preferência pelas soluções técnicas, sofre, entretanto, as inevitáveis restrições dos setores políticos que pretendem, muitas vezes, fazer prevalecer as soluções preconizadas pelas lideranças políticas.

Cabe ao Presidente da República, afinal, ser o árbitro na opção da melhor solução em cada caso.

É preciso, entretanto, reconhecer que o velho conceito de que a solução técnica deveria estar em baixo da política (*on the tap but not on the top*) já está sendo revista pela conveniência de atribuir a necessária importância às soluções técnicas, pelo aproveitamento do progresso tecnológico que já nos produziu a revolução industrial. Apesar de tudo, a influência política na decisão é inevitável – Política, já se vê, no grande sentido.

Tecnicamente, o mecanismo legislativo já se adaptou a essas contingências, por meio do processo de delegação legislativa que concilia o preparo e elaboração das soluções, para submetê-las, afinal, ao beneplácito político do poder executivo.

Entre as atribuições do Presidente da República, há uma que constitui novidade em nosso direito e que exigiria uma atenção especial pelo que representa no exercício do poder normativo pelo Presidente da República.

Queremos nos referir, especialmente, ao que dispõe o inciso V, do art. 81, da Constituição, quando atribui ao Presidente da República competência para: “dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal”.

Vejamos o sentido desse dispositivo novo e de grande importância na definição da competência do Presidente da República.

A idéia de incluir esse preceito na Constituição veio da Comissão de Alto Nível nomeada pelo saudoso Presidente Costa e Silva para redigir a atual emenda n.º 1.

A idéia foi bem aceita porque não representava nenhuma invasão na área legislativa, mas liberava o poder executivo de dificuldades existentes para a reestruturação dos órgãos da administração, redistribuição de funções e medidas destinadas a facilitar o seu funcionamento.

Nos Estados Unidos, há muito que essa área é aberta ao executivo e, na França, a Quinta República, definindo melhor os limites da lei, deixou larga margem às funções do poder executivo no terreno administrativo.

Analisando bem o texto, verificamos que ele se refere, em relação aos órgãos da administração, a três coisas:

- a) estruturação;
- b) atribuição;
- c) funcionamento.

Verificando a competência do poder legislativo nada se encontra relativamente à organização da administração pública federal, a não ser criação de cargos e fixações de vencimentos, além de toda a matéria de competência da União.

Deve-se aqui remeter ao art. 8.º, onde se encontram, na realidade, alguns serviços que exigem lei federal (telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea, certas vias de transportes), bem como matéria legislativa geral sobre orçamento, gestão patrimonial e financeira, etc.

Não me parece, entretanto, que o preceito constitucional seja tão ambicioso que atinja situações jurídicas só alteráveis por lei. Nem sequer por decreto-lei, esses problemas administrativos podem ser resolvidos (art. 55 da Constituição) – (segurança nacional, finanças públicas, criação de cargos e fixação de vencimentos).

O que se visou com o preceito foi: fazer modificações por decreto executivo, dando nova estrutura ao órgão, novas atribuições a seus funcionários e dispor sobre o seu funcionamento, sem alterar o *status* jurídico dos seus funcionários.

É evidente que, outorgadas pela Constituição, essas alterações podem ser feitas com uma mobilidade maior na organização administrativa, na possibilidade de mudanças na denominação dos serviços e seus departamentos, etc.

Não é mais necessária uma lei para o ordenamento do regime das repartições. A modificação, por meio de decreto, dá maior mobilidade às estruturas administrativas e permite a sua dinamização. Não deve, entretanto, o executivo exceder-se no exercício dessas atribuições que sofrem limitações gerais pela competência legislativa das Câmaras.

Mas isto só pode ocorrer, quando ferir situações jurídicas definitivas.

Essa prerrogativa do Presidente da República, envolvendo uma boa faixa do poder normativo, é da maior importância para a eficiência da administração pública, mas, poucas vezes, tem sido a sua importância posta em relevo.

Na realidade, o poder normativo exercido por meio de decretos executivos, concorrem, até um certo ponto, com a função legislativa, salvo naquilo que diz com as conseqüências jurídicas que decorrem das alterações na estrutura e nas atribuições dos órgãos da administração pública, direta ou indireta.

Somente a aplicação do preceito, entretanto, permitiria um julgamento definitivo sobre o exercício dessa competência em cada caso.

Outra questão importante é aquela que se refere à competência dada ao Presidente da República para autorizar a delegação aos Ministros de Estado (Art. 33), nos seguintes casos:

- 1 - no provimento dos cargos públicos federais na forma da Constituição e das leis;
- 2 - na autorização a brasileiro para aceitar função, emprego ou comissão de Governo estrangeiro;
- 3 - no conceder indultos, comutar penas com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;
- 4 - no dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos de administração federal.

Basta formular a questão para verificar da sua importância e da sua gravidade, pela natureza da matéria compreendida nessa faculdade de delegar.

Mas em que consiste a delegação?

Embora admitida como prática antiga, entre nós, ela não tem passado de mera autorização para a prática de atos de rotina administrativa.

A Lei n.º 200 foi mais precisa e procurou conceituar e ampliar a delegação no seguinte preceito do seu artigo 11:

“É facultado ao Presidente da República – aos Ministros de Estado e, em geral, às autoridades da Administração Federal, delegar competência para a prática de atos administrativos, conforme se dispuser em regulamento.

Parágrafo Único – O ato da delegação indicará com precisão a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto da delegação”.

O que me parece é que a delegação da lei 200 se refere à delegação de atribuições.

Em todo o caso, o texto é tímido como o era o do art. 83, parágrafo único, da Constituição de 1967.

Vale a pena recordar o que existe na doutrina. Laubadère, por exemplo, distingue a delegação de simples assinatura da delegação de funções.

Pela primeira, o que se autoriza é apenas a assinatura do expediente. A autoridade delegante conserva-se no seu cargo e continua a orientar o trabalho, apenas o expediente; o trabalho material do expediente é desempenhado por outrem. Nas delegações de funções, as razões de decidir pertencem a quem pratica o ato, é ela quem conhece os fundamentos do seu ato.

Deve, entretanto, satisfazer algumas exigências:

- a) quanto ao ato da delegação e sua forma;
- b) ao ato que autoriza a delegação;
- c) a maneira pela qual é executada a função delegada.

A inobservância de qualquer exigência pode invalidar o ato.

A emenda n.º 1 facilitou a outorga de delegação porque suprimiu a exigência de lei para autorizar a delegação. Hoje, o Presidente da República pode outorgar a delegação sem autorização legislativa.

O que existe em nosso direito e tem a abonar a tese, decisão unânime do Supremo Tribunal Federal (M. S. 18558, de 14 de junho de 1968 – R. T. J. 46 – pág. 748), que considera constitucional a delegação do Presidente da República ao Ministro de Estado, que passa a assumir responsabilidade integral pelo ato que praticou por delegação.

Como, porém, considerar o preceito do Decreto-lei 200, em face da emenda n.º 1?

Em primeiro lugar, quando ele se refere ao Presidente da República, há de se excluir os casos em que a competência do Presidente é constitucional e, por isso mesmo, não pode ser delegada a não ser nos casos dos itens V – VIII – XVIII – XXII.

Em segundo lugar, a autorização para delegar não depende mais de regulamento, isto é, de ato do Presidente da República, de natureza normativa, onde se devem estabelecer as bases e condições para a delegação, porque a emenda n.º 1 deixou a delegação ao seu exclusivo juízo.

A delegação mencionada no Decreto-lei n.º 200 é de competência, o que, a meu ver, não impede a delegação para despachar o expediente, sem transferência de competência.

Mera providência administrativa, essas medidas só servem para aliviar a sobrecarga material de trabalho de chefes e certos funcionários.

Mas a delegação com transferência de competência é de conseqüências jurídicas mais graves, como já vimos.

Vamos concluir lembrando que o nosso maior objetivo foi destacar alguns aspectos mais importantes relacionados com o poder executivo no Estado moderno, ou melhor, do poder executivo em face da Constituição de 1967 e da emenda n.º 1, de 1969.

Verificamos que inovações foram trazidas ao texto de 1946, que representa um tipo de Constituição do imediato pós-guerra.

Essas inovações foram determinadas não somente pela necessidade de uma modernização de conceitos, como para assegurar ao poder executivo, por meio de algumas poucas providências, uma eficácia de ação, muitas vezes tolhida por obstáculos constitucionais, que, na realidade, não constituíram exigências necessárias para assegurar a autenticidade de qualquer regime político.

A eliminação desses obstáculos não atingiu a essência das instituições.

Elas se ajustaram a formas novas, mais modernas, sugeridas pela experiência.

Quando me refiro a formas novas, não me lembro de exigências transitórias impostas por uma conjuntura intimamente ligada à segurança interna, à estabilidade das instituições, o que vale dizer, ao desenvolvimento.

A experiência universal mostra que a consolidação das infra-estruturas, traz consigo maior segurança e estabilidade.

Para terminar, desejo fazer uma reflexão sobre a permanência das Constituições, para afastar uma mística que não tenho e que não se concilia com uma concepção dinâmica do direito.

A existência de uma ordem institucional é necessária para a vida de qualquer Nação. O Brasil é um exemplo. Institucionalizou todas as suas revoluções. Constitucionalizou todos os seus regimes.

Marcou com um novo texto cada nova etapa da sua vida política. Obedeceu a um processo de sucessiva modernização constitucional.

A Constituição de 1934 integrou em nosso sistema político a mensagem de 1930: justiça eleitoral – ordem econômica – ordem social – justiça do trabalho.

As de 1967 e 1969 reformularam o esquema da Federação, o Sistema Tributário, definiu melhor a posição dos Estados na Federação, incluiu numerosos dispositivos motivados pelo processo de desenvolvimento econômico, disciplinou as relações executivo-legislativo, deu ao executivo melhores condições para exercer aí sua missão, modernizou o judiciário.

Seguiu o exemplo da França – exemplo da mutabilidade constitucional, acompanhando as transformações dos regimes políticos, desde a Revolução Francesa, com todas as suas Constituições (1793, ano IV, ano VIII, ano XII), seguindo-se a Carta de 1814, a Carta de 1830, a Constituição de 1840, a Constituição de 1875, a Constituição de 1946 e a de 1958).

Cada Constituição é a imagem de um momento de sua vida política constitucional.

A mística da imutabilidade das Constituições só deve prevalecer nos países em que o tipo de Constituição permite reformas políticas, sociais e econômicas, que não atingem o seu texto, porque disciplinam apenas as linhas gerais da estrutura política.

O mesmo não pode ocorrer em relação àquelas mais analíticas.

É inquestionável que as reformas e as mudanças que se estão verificando na sociedade contemporânea, o progresso tecnológico, os métodos de Governo, as exigências de enfrentar novos e graves problemas, estão a exigir, pelo menos, uma revisão na técnica constitucional, nas instituições fundamentais do Estado, com o objetivo de revê-las e modernizá-las dentro de novos conceitos inspirados na experiência, com o abandono de práticas superadas.

A mística da Constituição consiste apenas em cumprir com rigor aquela Constituição que estiver vigente.

É este o compromisso que deve ser sagrado, para que haja ordem e autoridade, fundada em um governo legítimo.

A Constituição não constitui, por si só, condição para a felicidade ou prosperidade de um povo. O essencial é o comportamento justo dos responsáveis pela vida do país, Governo e oposição.

De nada adiantam boas leis, se os costumes são corruptos ou se falta competência ao Governo.

Por outro lado, não há Governo possível sem instrumentos jurídicos adequados e que correspondam às necessidades de cada povo em um momento dado.

Os anglo-saxões, afeitos a um sistema jurídico costumeiro, podem prescindir de um regime legislativo ou constitucional mais rígido, não, porém, os povos educados sob a influência do direito escrito e de normas constitucionais que detalham a estrutura do Estado e do Poder, as suas relações, o funcionamento de suas instituições e o seu sistema de garantias.

Eis porque compreendo que cada Revolução queira impor o seu ordenamento jurídico constitucional e que todo Estado deve procurar modernizar as suas

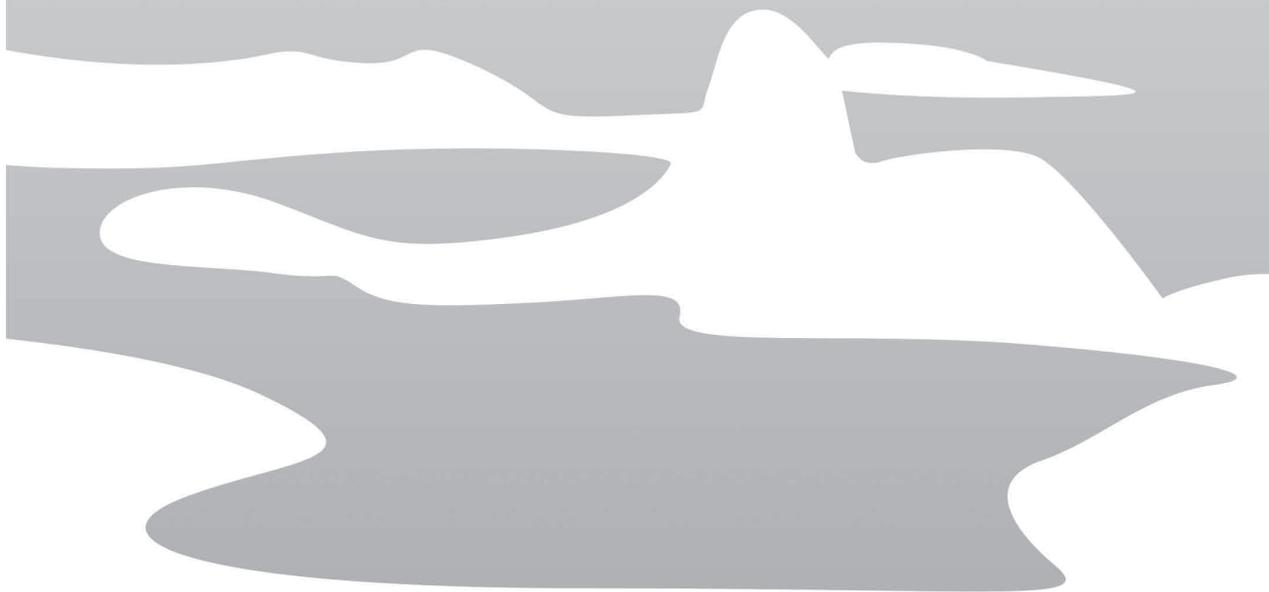
instituições políticas, atualizando-as, de acordo com o progresso econômico, social e tecnológico. É conhecida a frase do abade Syéès – A revolução é o poder constituinte.

O importante, segundo nos parece, para renovação da estrutura dos poderes, deve partir de uma reformulação do tipo de relações entre eles. Para isso, é necessária a revisão das condições em que cada poder é exercido, e disciplinar as relações entre eles, de forma a assegurar a autonomia de cada um, o perfeito relacionamento entre eles e a inteira eficácia de suas funções.

Como fazê-lo? É outro problema.

**Publicado originalmente na Revista nº 16 jun./dez. 1972, p. 5.*

Direito Administrativo



1. O ponto de manter o direito administrativo com o direito processual civil, intercâmbio de princípios aplicáveis a ambas as disciplinas, se apresenta como coisa natural, aceito e realçado pela melhor doutrina¹.

Entre nós isso mais ainda se compreende, se se atentar que o nosso Código de Processo Civil (Decreto-lei 1608/1939) também se aplica às causas em Juízo, em que forem partes, quer o Fisco, quer as demais entidades de direito público, e pouquíssimos artigos contém, prevendo essa participação. De fato, além do artigo 32 (dilatando os prazos para os representantes da Fazenda Pública), do artigo 87 (regulando os representantes em Juízo), do parágrafo único do artigo 371 (pondo requisito de audiência prévia na hipótese nêle prevista), poucos se depararão naquele diploma que atendam aos particularismos do direito administrativo (p. ex., § único do art. 918, relativo aos precatórios).

Justifica-se que assim tenha procedido o nosso legislador processual civil da época, eis que sua missão histórica urgente era unificar o nosso direito processual, em âmbito nacional e a tendência à unificação, de certo, não seria bom fator condicionante para atender a particularismos, a uma diversificação de Códigos ou proliferação de normas (quando não leis) específicas e especiais. Assim mesmo, mérito a lhe ser creditado, foi deixar para lei especial, quer o procedimento das desapropriações, quer o dos executivos fiscais.

Aliás, na ocasião, entre nós sequer havia ainda o simples embrião desse pujante movimento atual de especialistas, que, com boas razões, propugnam pela edição de códigos particulares para o processo administrativo e para o tributário, na sua fase judicial e tão bem pôsto em relêvo, de recente, por G. W. ROTHMANN². Nem ao menos teria o nosso legislador o estímulo do paragon alienígena, uma vez que o que encontraria era leis regulando o processo do contencioso administrativo ou fiscal, mas não diplomas processuais referentes a compartimentos especializados do Poder Judiciário (Justiças Especiais), competentes para apreciar de litígios fundados no direito administrativo ou no fiscal; antes da Lei Fundamental de Bona (art. 19, IV), a via judiciária era a dos Tribunais ordinários, o mais podendo constituir via administrativa contenciosa, mas não judicial³ e isso, evidentemente, não seria de contemplar no nosso Código de Processo Civil.

* Juiz no Distrito Federal.

1 Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, 2.^a ed. (1966), pág. 11; GABINO FRAGA, *Derecho administrativo*, 3.^a ed., pág. 153; PIETRO BODDA, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, pág. 9.

2 Artigo na *R. D. P.*, vol. 5, págs. 84 e segs., com ampla informação sobre o movimento pelos novos diplomas e rica indicação de bibliografia.

3 Cf., HANS J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, 2.^a ed., vol. I, pág. 69: "Früher wurde als Rechtsweg nur der Weg zu den "ordentlichen" (Zivil- und Straf-Gerichten angesehen. Das ist zumindest seit Art. 19, IV, GG nicht mehr haltbar, der klar zwischen Rechtsweg und ordentlichem Rechtsweg unterscheidet."; *idem*, citando a "Jornada dos Professores de Processo e de Teoria do Estado", realizada em abril de 1951 em Weinheiner, que adotou a terminologia: "Rechtsweg ist der Weg zum Gericht, entweder Zivilrechtsweg (Weg zu ordentlichen oder besonderen Zivilgerichten oder zu den mit diesen organisatorisch verbundenen Strafgerichten) oder verwaltungsrechtsweg (Weg zu den allgemeinen und zu den besonderen Verwaltungsgerichten)" - CHRISTIAN FRIEDRICH MENGGER, *System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, 1954, pág. 57.

Essa carência de legislação própria, que entre nós se faz sentir, pode levar o órgão jurisdicional comum, que tenha de apreciar litígio fundado em relação de direito administrativo, a deixar-se enlevar pelas atrativas concepções do direito processual civil, chegando a soluções que aquele não consagra.

Um exemplo disso será admitir a figura da substituição processual, assunto dêste nosso artigo.

2. Mérito dos autôres alemães ter sido insulado o fenômeno da substituição processual⁴, ou seja, da *Prozesstandeschaft*. Não obstante se apresentar a nova figura como um passo à frente na explicação do problema geral da legitimação – e por isso adquirir, com rapidez, adeptos da maior autoridade – processualistas de boa suposição, como SALVATORE SATTA⁵, continuam achando que a locução “substituição processual” resulta, deveras, vazia de sentido, eis que, em verdade, o que se quer qualificar como substituição processual não é senão uma hipótese de interferência entre relações jurídicas. Faz, porém, a observação (que, para êste artigo, tem pertinência): “Legittimazione ad agire che, passivamente considerata, diventa legittimazione a contraddire”.

As críticas e resistências à consagração, pela doutrina, do novo instituto se tornaram minoritárias e sem força de impedir sua quase geral aceitação. É que uma mais cuidada observação demonstra que, ao lado dos casos clássicos de representação, outros há – afins, mas substancialmente diversos – de sujeitos que comparecem a Juízo, em nome próprio e não como representantes, posto alheio o direito. E isso com conseqüências práticas: “L’importanza pratica dell’istituto consisterebbe in ciò, che molte volte si è costretti a domandarsi se *in certe determinate contingenze* abbia o meno azione un soggetto giuridico che non è il titolare del diritto, mentre non esiste un rapporto di mandato nè un testo di legge che gli conferisca la rappresentanza: in tali casi (e sempre quando ne ricorrano gli estremi) la sostituzione processuale consentirebbe di stabilire che è tuttavia titolare del diritto di azione”⁶.

Não se esgotam nisso, porém, os pontos que o aplicador do direito deva ter em mira, antes de optar pela ocorrência da nova figura, na situação processual concreta. Antes de mais, deve ter presente – como sublinha F. LENI⁷ – que “não se trata de uma questão do processo, mas sim do direito material”; êste é que dirá se alguém pode ou não ser considerado como substituto processual.

Uma das mais claras e autorizadas lições, no pertinente, foi a de PIERO CALAMANDREI⁸: é um instituto excepcional, cuja característica... está na contraposição entre a pessoa que é titular do direito controvertido (“diritto altrui”), que será o *substituído*, e a pessoa que é legitimada a fazê-lo valer no processo “em nome próprio”, que será o *substituto*. Enquanto normalmente nos sujeitos da relação substancial coincide a legitimação *ad causam* ativa e passiva (legitimação normal), sempre mais numerosos são nas legislações modernas os casos de legitimação *anômala*, em que o poder de provocar o procedimento jurisdicional sobre uma relação substancial é atribuído a pessoas (ou contra pessoas) diversas dos

4 Ver, J. FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, 2.^a ed., vol. II, pág. 224. Desde KOHLER, adverte J. GOLDSCHMIDT (*Derecho procesal civil*, tradução, pág. 116).

5 Cf., *Diritto processuale civile*, 1948, pág. 57.

6 Cf., PAOLO D’ONOFRIO, *Commento al nuovo codice di procedura civile*, 1.^a ed., vol. I, pág. 89.

7 *Zivilprozessrecht*, 6.^a edição, pág. 44: “Es handelt sich um eine Frage nicht des Prozess –, sondern des materiellen Rechts, sie ist ausschliesslich nach bürgerlichen Recht zu beurteilen”. A mesma regra, quando o direito a aplicar deva ser o administrativo, como adverte o professor vienense LUDWIG ADAMOVIČ (*Handbuch des Verwaltungsrechts*, 5.^a edição (1954), vol. I, págs. 220/221): “...der Prozessfähigkeit der Parteien und bloss Beteiligten ist... in erster Reihe nach der für den konkreten Fall in Betracht kommenden materiell-rechtlichen Verwaltungsvorschrift zu beurteilen”.

8 Cf., *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1944, vol. II, páginas 244/247.

titulares da própria relação. E, ainda: o substituto processual, de fato, é legitimado a fazer valer em Juízo o direito alheio, porque entre ele e o substituído subsiste uma relação ou situação de direito substancial, por mercê das quais, através do exercício do direito do substituído, o substituto *viene a soddisfare un interesse individuale suo proprio*.

Êsse traço (grifado) é o marcante na figura da substituição processual: o substituto processual não atua *nomine alieno*, mas sim *em interesse próprio*, já que é um interesse seu – realça F. CARNELUTTI⁹ – aquêle que o impulsiona a provocar a tutela do interesse do substituído.

Com essa recapitulação das noções elementares sôbre a substituição processual e o destaque de seus *essentialia*, parece-me que já antecipei algo da dificuldade que há em receber essa figura, quando em jôgo relação principal de direito administrativo. Ao que saiba, o assunto – aliás nem sempre enfrentado pelos recentes autores, mesmo tudescos – entre nós não tem merecido estudo dos especialistas e, por isso, êste meu trabalho pretende apenas ter a finalidade de conclamá-los para o tema, que não apenas tem o sabor das coisas acadêmicas, mas também é de interesse prático, como se verá a seguir, pois há, ao menos, julgados cariocas conflitantes, uns admitindo e outros negando (embora sem maior demonstração técnica) que uma pessoa de direito público estadual possa figurar no Juízo como substituta processual de outra.

3. Realmente, no Estado da Guanabara, certas desapropriações ainda não consumadas foram transferidas para um órgão por êle criado, com personalidade jurídica e autonomia financeira (Sursan), algumas levadas a cabo pela entidade autárquica e outras em curso ainda. Como consequência dessa demora, surgiram pretensões dos desapropriados a reajustamento do preço, isto é, correção monetária. Umaz vêzes no próprio processo de desapropriação ainda não encerrado pelo pagamento do preço e outras em ação ordinária, em que, *ad cautelam*, os autores costumam pedir a citação do Estado da Guanabara e a da autarquia, como responsáveis. Isso tem dado margem a que se estabeleça uma discussão dentro dos autos, entre o Estado e *sua* autarquia, aquêle dizendo que a legitimidade passiva é dela, pois para isso foi instituída pelo Estado, que apenas a deve assistir em Juízo (*ad adjuvandum tantum*); a última, sustentando que a responsabilidade é só do Estado, que iniciou a desapropriação, tendo ela recebido a ação de desapropriação já em fase judicial adiantada, mas isso não como sucessora, mas sim como substituta processual.

A jurisprudência tem, a respeito, variado. Assim, enquanto a 7.^a Câmara Cível, em acórdão da lavra do eminente des. MARCELO COSTA¹⁰ repeliu essa preliminar da autarquia, por maioria e contra meu modesto voto, a 4.^a Câmara Cível – aliás sem maiores esclarecimentos, em acórdão ainda não vindo a lume no repertório oficial, sendo relator o culto des. H. HORTA DE ANDRADE, admitiu a ilegitimidade de parte (passiva) da autarquia (ap. civ., n.º 55.489).

O aresto da 7.^a Câmara Cível, em conclusão a meu ver correta, desprezou o argumento da substituição processual, por motivo lógico, mas, de fato, deixando de lado o ponto de ser ou não cabível a figura da substituição processual (que seria a preliminar da própria preliminar). Convém transcrever o que no tocante à preliminar, diz tal julgado: “A primeira questão a examinar é a referente à legitimidade passiva da apelada, que alega ser apenas substituta processual do Estado da Guanabara, não podendo responder pela conduta anterior dêste, no tocante ao pagamento do preço da desapropriação. Improcede a objeção. Se a apelada, por delegação legal, constante da lei que a criou, promoveu a

⁹ *Sistema*, trad., vol. II, n.º 142, pág. 43.

¹⁰ Ap. Civ. n.º 46.726, na *Rev. de Jurisprudência do T.J.G. B.* vol. 14, págs. 229/230.

execução e depositou o preço, a ela cabe, na mesma qualidade em que agiu, pagar o valor que a Constituição Federal exige que seja não apenas prévio, mas justo”.

A meu ver, a questão prévia suso marcada reforçaria, de muito, essa conclusão; não compreendo mesmo que se alegue em Juízo a qualidade de substituto processual e não se decida sobre o cabimento dessa figura, ficando-se sem saber se admissível ou não, na espécie concreta. E é sobre essa preliminar da preliminar que me deterei, nas linhas a seguir.

4. Sob o aspecto puramente processual, a posição de substituto processual não parece poder autorizar a exclusão do processo, como fez o segundo acórdão; o que se compreende, se se atentar que o substituto processual, segundo CHIOVENDA¹¹ é *parte* e como tal comparecera na ação primitiva, como bem acentuou o acórdão da 7.^a Câmara Cível. A melhor doutrina é a que considera o substituto processual como *parte* na ação, não vingando – adverte SERGIO COSTA¹² – a doutrina que, distinguindo o sujeito da lide do sujeito da ação (difundida por CARNELUTTI), considera o substituto (sujeito da ação) como mero instrumento da realização do direito, sendo parte o substituído, o que viria a confundir a figura particular da substituição processual com a clássica da representação.

Deixando de lado as objeções fundadas no puro direito processual, haveria que demonstrar ser idônea a figura da substituição processual, em face dos princípios do direito administrativo. E isso – não obstante ser escassa a doutrina e jurisprudência no tocante – não me parece possa prosperar.

O saudoso KURT EGON V. TUREGG¹³ dava especial ênfase a que, em razão do princípio da *Gebundenheit* (sujeição), a figura da substituição processual não é utilizável (“Die Figur der Prozesstandschaft...ist...nicht verwertbar”).

Por mais “direitos” que se reconheçam às autarquias, criadas por lei do Estado, não se pode obliterar que não se podem comportar como borboletas, que se julguem independentes em relação ao casulo, donde saíram.

Com exatidão, reproduzindo a lição comum, CELSO ANTÔNIO (Bandeira de Melo), em erudita e valiosa monografia,¹⁴ faz observações que merecem transcritas: “Já as pessoas administrativas, autarquias, precisamente em razão do fato de assim se qualificarem, são entidades servientes, como já deixou dito. Isto significa que, por serem pessoas, podem – ao contrário da Administração – titularizar interesses públicos, mas, apenas, na condição de servas de uma vontade anterior, jungidas ao cumprimento exato dos fins que aquela vontade, por lei, lhes assinalou”. E, páginas adiante: “Sem embargo, criando o Estado pessoas administrativas, portanto entes submetidos ao mesmo regime de indisponibilidade de interesses públicos, fraciona a unidade de sua manifestação administrativa. Exclui de si próprio a responsabilidade imediata por um conjunto de interesses indisponíveis que, em tese, estariam concentrados em uma única pessoa e prosseguidos pela Administração. A fim de manter a coerência harmônica do todo administrativo e reter sua integridade, pôsto que a função das pessoas autárquicas é idêntica à que exercita em sua manifestação administrativa, mantém-nas sob controle. Com isto reconstitui, de certa forma, a unidade que quebrou – e que nunca poderia romper totalmente, sob pena de mutação qualitativa em a natureza de tais pessoas”.

Pelo direito administrativo não há como dar à autarquia a posição de substituta processual do Estado, que a criou e a que está vinculada; será dele sucessora, por decorrência da lei, que lhe transferiu o encargo de ultimar assuntos começados por ele.

11 *Principi*, ed. de 1923, pág. 597.

12 *L'Intervento coatto*, 1935, pág. 9.

13 *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 3^a ed. (1956), pág. 220.

14 *Natureza e regime jurídico das autarquias*, 1967, págs. 297 e 305.

Segundo os doutôres do direito administrativo, é comum o Estado instituir autarquias, outorga-lhes assuntos próprios para a sua atividade futura, mas também transferir-lhe matérias do próprio Estado, constituindo um “círculo de atuação transferida” (*übertragene Wirkungskreis*) ou delegada. Em relação aos casos desse círculo, não há assunto próprio da autarquia, mas sim negócios do próprio Estado, que este, expressamente, transferiu à mesma¹⁵.

Não se tratando de assunto próprio dela, não haveria interesse próprio a fazer valer em Juízo, quando recebeu a ação de desapropriação e para que haja substituição processual, no ensinamento dos próprios processualistas, como inicialmente realcei através da lição de CALAMANDREI, é de mister que o substituto “venha a satisfazer um seu interesse individual próprio”.

Não convence a opinião do processualista EDOARDO GARBAGNATI, festejado autor do livro “La sostituzione processuale” (Milão, 1942) e que, em monografia posterior¹⁶, afirma a idoneidade da figura da substituição processual para explicar a posição de certos litigantes, mesmo quando a relação principal fôr informada pelo direito administrativo. Não diz ele, porém, uma palavra para justificar como se poderá falar em substituição processual, quando o pretense substituto não se apresenta com um interesse diferente do substituído (isto é, não pode postular em interesse individual próprio), pois que ambos só podem defender o interesse do próprio Estado, por imposição da organização, em que repousa o mesmo e dos princípios cogentes do direito administrativo. Aqui seria, ao contrário, de dar prevalência à exata observação de GUIDO ZANOBINI¹⁷: “Può avvenire che per una stessa causa siano chiamate in giudizio due o piu autorità: ciò non determina una pluralità di convenuti, nè un litisconsorzio, perchè tali autorità non rappresentano altrettanti soggetti, ma l’unica persona dello Stato in più aspetti della sua attività amministrativa”.

Pontualmente exata, repelindo a figura da substituição processual, a lição do catedrático napolitano, FRANCESCO D’ALESSIO¹⁸, concluindo – em razão dos particularismos do direito administrativo, a refletir-se na relação processual (pág. 560): “Sostituzione non vi sarà mai, ma, a seconda dei casi, il soggetto parteciperà al giudizio come rappresentante di altro soggetto interessato, o come interessato esso stesso”.

Não chega a outra conclusão GERHARD LÜKE, em rica monografia sob o título “Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozess”¹⁹, quando acentua (pág. 210, nota 85) que não há que falar em substituição processual, por não pretender o representante do interesse público fazer valer direitos alheios (“denn der Vertreter des öffentlichen Interesses macht nicht fremde Rechte geltend”). Dado os particularismos do direito administrativo vai mais longe ainda (pág. 223, nota 128) e, esteiado em GEHRING, considera que nem mesmo essa figura da substituição processual cabe ao particular, que pretenda fazer valer direito contra a administração, face à natureza altamente pessoal dos direitos e deveres públicos (“mit dem Hinweis auf die höchstpersonliche Natur öffentlicher Rechte und Pflichten”). Isso, porém, não cabe discutir neste artigo.

*Publicado originalmente na Revista nº 8 mai./ago. 1969, p. 38.

15 Cf., Erwin Ruck, *Verwaltungsrecht*, 3.ª ed. (1951), vol. I, páginas 62/63.

16 *La giurisdizione amministrativa*, 1950, págs. 109/110.

17 *Corso di diritto amministrativo*, 5.ª ed., III, pág. 112.

18 *Istituzioni di diritto amministrativo*, 3.ª ed., vol. II, n.º 640.

19 Publicada no *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 84 (ano de 1959).

O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES (CA), A AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP) E O CONTROLE CONSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

ARNOLDO WALD*

1. O conflito de atribuições é inovação construtiva da Constituição de 1967, mantida na EC nº 1, de 1969, e na Constituição de 1988 (art. 105, I, g), decorrente da autonomia dada ao instrumento processual, que se desdobrou do antigo conflito de jurisdição ao qual já aludia o Código de Processo Civil de 1939.
2. Na realidade, o conflito de atribuições pode ser interno, quando ocorre entre autoridades vinculadas a um mesmo poder, ou externo, entre autoridades que integram poderes distintos. Quando o conflito interno surge na área do executivo, cabe à autoridade administrativa superior dirimi-lo. Quando ocorre no seio do Poder Judiciário, apresenta-se sob a forma de conflito de competência, a ser resolvido de acordo com as normas constantes da Constituição, da legislação ordinária e dos regimentos dos tribunais. A dificuldade maior surge no caso de conflito entre autoridades dos dois poderes, Executivo e Judiciário, quando ambas praticam atos administrativos, atos judiciais, ou quase judiciais.
3. A raridade das hipóteses de conflitos no passado fez com que o Supremo Tribunal Federal, antes da Constituição de 1967, firmasse o entendimento de acordo com o qual: “Não ocorre conflito de atribuições entre autoridades administrativas e magistrados, quando estes não funcionem como tais”.¹
4. Assim, durante longo tempo, entendeu o Supremo Tribunal Federal que, quando os atos do Poder Judiciário eram de caráter administrativo, não cabia o conflito de atribuições. Consequentemente, o mesmo só se conceberia quando houvesse atos judiciais ou quase judiciais praticados pela autoridade administrativa em conflito com as decisões judiciais.
5. Até a consagração constitucional do conflito de atribuições, manteve-se a dúvida quanto à competência do Supremo Tribunal Federal e do Judiciário em geral, para conhecer de conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias, pois, a posição contrária foi defendida em numerosos acórdãos, com base na tese de ser a competência da Suprema Corte definida constitucionalmente e só se referir aos conflitos entre juízes.²
6. Assim, também a doutrina entendeu, até 1967, que o antigo conflito de jurisdição, sendo o instrumento de solução no caso de divergência de competência para dirimir conflitos no plano judicial, entre o Judiciário e o Executivo, os conflitos administrativos e outros entre os Poderes deveriam ser resolvidos utilizando-se a Declaração de Inconstitucionalidade, o Mandado de Segurança e a Ação Popular.³

* Advogado, Parecerista e Professor Catedrático de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ.
1 Ementa do Conflito de Jurisdição nº 2019, RF 156/104.

2 No julgamento do Conflito de Jurisdição nº 1.332, o Min. OROZIMBO NONATO afirmou que: “O Supremo Tribunal Federal não pode ter competência para conhecer de conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias. A nossa competência é definida, na Constituição Federal. Ela só fala em conflito de juízes”, RF 90/104. Posteriormente, o eminente magistrado admitiu a competência do Supremo em conflitos de atribuições, que, todavia, considerou excepcionais, excêntricos e até exóticos, no Conflito de Jurisdição 1.500, RT 158/864.

3 Esta é a conclusão do Prof. CAIO TÁCITO no verbete que dedicou à matéria no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, organizado por J. M. de Carvalho Santos, v. XI, p. 46-49.

7. Com a consagração constitucional do conflito de atribuições, pela Constituição de 1967, dando competência para a sua solução, inicialmente, ao Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, a partir de 1988, ao Superior Tribunal de Justiça, coube ao Poder Judiciário dar nova dimensão a essa nova técnica processual, embora, durante longo tempo, a jurisprudência se mantivesse impregnada das concepções anteriormente dominantes, somente vislumbrando o conflito nos casos de decisões judiciais ou parajudiciais.

8. Mais recentemente, o Excelso Pretório tem julgado conflitos entre órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário.

9. Evidencia-se, assim, o rumo da evolução sofrida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em virtude da qual o conflito de atribuições passou a prescindir da ocorrência de decisões judiciais ou assemelhadas (parajudiciais) divergentes umas das outras e oriundas, cada uma, dos órgãos de um dos dois poderes. Assim, podemos dizer que se considerou caracterizado o conflito de atribuições desde que duas autoridades (uma delas sendo administrativa e a outra judiciária) se atribuíssem poderes concomitantemente para regular ou fiscalizar determinadas matérias, abrangendo desde a fiscalização de menores (Conflito de Atribuições nº 6)⁴, até o processamento de contravenções referentes à fauna silvestre e às florestas (Conflito de Atribuições nº 11-3)⁵, passando pelas soluções de conflitos de interesses da economia açucareira (Conflito de Atribuições nº 22-9)⁶ e pelos conflitos em relação ao Poder Regulamentar do Banco Central (Conflito de Atribuições nº 35)⁷.

10. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal veio a exercer na matéria a função que é desempenhada pelo chamado Tribunal de Conflitos⁸, nos países em que existe o contencioso administrativo ao lado do Poder Judiciário.

11. Ocorre, todavia, que a Constituição de 1988 decidiu atribuir, no seu art.105, I, g, ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento originário dos:

“conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União”.

12. Pareceu-nos, sempre, que os conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias da União Federal ou entre autoridades administrativas federais e a Justiça Estadual constituem problemas constitucionais, em relação aos quais, em tese, a competência deveria ser do Supremo Tribunal Federal.

13. Acontece, todavia, que, definindo a função do Supremo Tribunal Federal, a Constituição vigente (de 1988), não mais lhe atribuiu poderes para dirimir os conflitos de atribuições, mas tão-somente os de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer outros tribunais ou entre Tribunais Superiores, ou ainda entre estes e qualquer outro tribunal (art. 102, I, o).

14. Parece-nos haver, no caso, certa incongruência, pois acabou o Supremo Tribunal Federal, tendo a função de dirimir os conflitos internos – dentro do Poder Judiciário – enquanto o conflito externo entre Poderes, embora de natureza constitucional, ficava para ser resolvido pelo Superior Tribunal da Justiça.

4 RTJ 66/613.

5 j. 20.5.1982.

6 RTJ 121/1.

7 RTJ 130/485.

8 LÉON DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.ed., Paris: E. de Boccard, 1928, v. 2, § 31, b, p. 520-522.

15. Em consequência, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na matéria merece uma maior análise em profundidade.

16. Acontece que as divergências entre o Executivo e o Judiciário no tocante às disposições sobre política monetária ensejaram o Conflito de Atribuições nº 20-RS (do STJ) suscitado pelo Banco Central do Brasil, em matéria de bloqueio de recursos pelo Plano Collor, que foram liberados em virtude de sentença proferida em ação civil pública por Juiz de 1ª Instância da Justiça gaúcha. O mencionado processo, inspirado na decisão do Supremo Tribunal Federal no caso do Conflito de Atribuições nº 35, mereceu a concessão de medida liminar, no Superior Tribunal de Justiça, em 19.09.1991, tendo havido posterior desistência do feito em fevereiro de 1993.

17. Por outro lado, no caso de Conflito de Atribuições entre o Tribunal de Contas e os Tribunais do Trabalho, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a matéria é de competência do Supremo Tribunal Federal, como se verifica pelos julgamentos proferidos nos Conflitos de Atribuições nº 11⁹ e 13, este último julgado em 13.11.1990 e cuja ementa é a seguinte:

“Conflito de atribuições. Tribunal de Contas da União e Tribunal Regional de Trabalho. Competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir o conflito”.

18. Restabeleceu, assim, por via jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, a competência que deveria pertencer ao Supremo Tribunal Federal no tocante ao julgamento dos conflitos de atribuições em determinados casos, de natureza constitucional, referentes às políticas públicas, mediante oportuna e construtiva interpretação do texto constitucional.

19. Cabe, aliás, lembrar que, até o fim de 2010, foram autuados, no STJ 241 Conflitos de Atribuições, dos quais 16 foram remetidos ao STF por se entender que eram da sua competência.

20. Os conflitos de atribuições perderam um pouco de sua importância constitucional, a partir de 1988, com a nova legislação sobre as ADIs, ADCs e ADPFs, mas as duas decisões (liminar e de mérito) proferidas no CA nº 35 constituem um importante precedente em relação à necessidade de controle, pelo Poder Judiciário, das aplicações do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11.9.1990). Efetivamente, no mencionado caso, o conflito instaurado entre o Executivo e o Judiciário decorreu da decisão judicial, que modificou a política monetária governamental para proteger o usuário de recursos bancários e que foi considerada, pelo STF, como tendo usurpado a competência do Poder Executivo.

21. Por outro lado, tendo se firmado, no Superior Tribunal de Justiça, a tese de descabimento do conflito de atribuições entre entidade administrativa e autoridade judiciária, quando estiver esta no exercício pleno de sua função jurisdicional, conforme decisões majoritárias da 2ª Seção,¹⁰ resta saber a quem caberá apreciar o conflito entre poderes quando, no exercício da função jurisdicional, um juiz ou Tribunal estabelecer ou aplicar normas conflitantes com as regras baixadas pelo Poder Executivo, ou suas Agências dentro dos limites de sua competência, como aconteceu no caso do Conflito de Atribuições nº 35 acima referido (STF).

⁹ RSTJ 17/47.

¹⁰ Conflito de Atribuições nº 3, RSTJ 7/29 e Conflito de Atribuições nº 2, RSTJ 9/61.

Ou seja, como se resolverão os casos de eventual usurpação da competência de um dos poderes pelo outro.

I. DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP)

22. Com a introdução, no direito brasileiro, da ação civil pública, com um amplo leque de utilização e uma extraordinária densidade nos seus efeitos, pelo fato de se impor *erga omnes*, o conflito de atribuições deixou de ser uma hipótese meramente acadêmica, ou até um caso excêntrico ou exótico, como pretendia o Min. Orozimbo Nonato¹¹. Efetivamente, como vimos, o conflito de atribuições se tornou, atualmente, um instrumento importante do sistema de freios e contrapesos que assegura o funcionamento harmônico entre os poderes independentes que é constitucionalmente garantido (art. 2º da CF).

23. É, pois, necessário encontrar um justo equilíbrio entre a salvaguarda dos direitos individuais e a necessidade de bom funcionamento da máquina estatal, com a caracterização adequada das funções de cada um dos poderes. É da maior importância que se definam de modo claro e insofismável os instrumentos pelos quais ao Poder Judiciário, pelos seus órgãos máximos, que são o STF e o STJ, caberá dirimir os conflitos de atribuições entre a Administração e os Tribunais, em matérias nas quais estão surgindo aparentes superposições de competência em virtude do poder normativo exercido, eventualmente, pelos magistrados, em particular nas ações civis públicas.¹²

24. Parecia tratar-se de uma área cinzenta, na qual o plenário do STF inicialmente se dividiu, mas finalmente a jurisprudência se pacificou no sentido de reconhecer a necessidade de fazer prevalecer a política governamental constante de lei ou de normas da agência reguladora sobre as medidas judiciais e as leis locais de proteção ao consumidor, especialmente quando não se contesta a constitucionalidade da legislação federal.

25. Um dos processos em que a matéria foi discutida recentemente pelo STF, embora se tratasse de inconstitucionalidade de lei local, foi a ADIn nº 3.322, tanto no acórdão da medida cautelar, como na decisão de mérito. Tratava-se de normas locais, embora legislativas (e não de decisões judiciais) que, invocando o Código do Consumidor e a competência subsidiária dos Estados na matéria, pretendiam criar obrigações para o concessionário que não constavam nem da lei federal, nem da regulamentação, violando assim a política pública da União. Mas a tese também se aplicaria se a regulamentação local decorresse de decisão judicial em ação civil pública.

26. Na medida cautelar, concedida pelo Supremo Tribunal Federal por maioria, em 2.8.2006, foi salientado pelo relator Ministro Cezar Peluso na ementa do acórdão que:

*“Inconstitucionalidade. Ação Direta. Lei Distrital nº 3.426/2004. Serviço público. Telecomunicações. Telefonia fixa. Concessão. Concessionárias. Obrigação de discriminar informações na fatura de cobrança. Definição de ligação local. Disposições sobre ônus da prova, termo de adequação e multa. Inadmissibilidade. Aparência de invasão de competência legislativa exclusiva da União. Ofensa aos arts. 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único, incs. I, II e III, da CF. Liminar concedida.”*¹³

11 RT 158/864.

12 ARNOLDO WALD, “Ação Civil Pública”, In: ESTUDOS de Direito Econômico, 1º Ciclo, São Paulo: IBCB, 1993, p. 203.

13 Interesse Público, 41/159.

27. Após ter citado precedente do qual foi relator o Ministro Nelson Jobim (ADI nº 2.615) o relator esclareceu que:

“(...) Neste caso, o que está em jogo, primeiro lugar – como já o afirmei no meu voto, que foi muito sucinto-, é confrontar os limites da competência da União e da competência concorrente do Estado, porque se trata de matéria que exige normas de caráter geral para todo o país, pois seu objeto é serviço prestado de igual modo em todo o País e que não pode, portanto, estar disciplinado por leis locais de maneira diferenciada, sobretudo à vista da natureza do serviço prestado, que vai de um ponto a outro do território nacional, no sentido de ida e volta.”¹⁴

28. Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal reiterou a mesma jurisprudência, considerando, na Reclamação nº 2.224, que a ação civil pública na qual a declaração de inconstitucionalidade é objeto do pedido, configura hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade, caracterizando-se a usurpação de competência pelo tribunal *a quo*.

29. Efetivamente, na Reclamação nº 1.503, julgada em 17.11.2011, cujo acórdão não foi publicado até o fechamento desse artigo, o Supremo Tribunal Federal tomou a seguinte decisão:

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento à Reclamação (RCL) 1503, ajuizada na Corte contra decisão que concedeu medida cautelar em Ação Civil Pública (ACP) que buscava a declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal. A decisão questionada foi tomada por juiz federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Para os ministros, a declaração de inconstitucionalidade da norma era o pedido principal da ACP.

A Ação Civil Pública buscava declarar inconstitucional a Lei 9.688/98, que trata do aproveitamento de censores federais como delegados. A RCL 1503 começou a ser julgada em março de 2002, quando o relator original da ação, ministro Carlos Velloso (aposentado), votou pela improcedência do pleito, ao entender que o pedido de declaração de inconstitucionalidade era incidental ao pedido principal da ACP.

O julgamento foi retomado na sessão desta quinta-feira (17) com o voto do ministro Dias Toffoli, para quem a declaração de inconstitucionalidade postulada nos autos da ação civil pública não seria pleito incidental, e sim o pedido principal da demanda. De acordo com o ministro, a ACP não tinha outro pedido que não fosse a declaração de inconstitucionalidade da lei.

O ministro Dias Toffoli disse entender que o ajuizamento da ACP perante o juízo federal, com essa finalidade, caracterizaria usurpação da competência da Corte. Com esse argumento, o ministro votou pela procedência da Reclamação. Todos os ministros presentes à sessão acompanharam o voto do ministro Dias Toffoli.”¹⁵

¹⁴ Interesse Público, 41/172.

¹⁵ Notícia publicada no sítio do STF, em 17.11.2011, “Declaração de inconstitucionalidade não pode ser pedido principal em ação civil pública”. A decisão da Rcl nº 1.503 foi a seguinte: “Decisão: O Tribunal, por maioria e nos

30. Talvez se pudesse concluir que a ação civil pública não cabe tanto nos casos em que a inconstitucionalidade da política federal constitui o pedido principal como quando a sua declaração é premissa e condição do julgamento, pois a política pública federal, por ser matéria constitucional, deve manter a sua vigência no País inteiro, em virtude do próprio sistema federativo. E, se for inconstitucional, não pode ser aplicada em todo o território nacional.

31. É, aliás, a conclusão do Ministro Gilmar Mendes na sua obra doutrinária¹⁶.

**Publicado originalmente na Revista nº 45 jul./set. 2012, p. 3.*

termos do voto do Senhor Ministro Dias Toffoli, que redigirá o acórdão, julgou procedente a reclamação, contra o voto do Senhor Ministro Carlos Velloso (Relator). Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Cezar Peluso (Presidente) e Celso de Mello. Não votou o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski por suceder ao Ministro Carlos Velloso (Relator). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). Plenário, 17.11.2011."

16 "Isso significa que, se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que em ação civil pública afastar a incidência de dada norma, por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional, acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade – isto é, eficácia geral e irrestrita.

Já o entendimento esposado pelo STF no sentido de que essa espécie de controle genérico da constitucionalidade das leis constituiria uma atividade política de determinadas Cortes realça a impossibilidade de utilização da ação civil pública com esse escopo. Em verdade, ainda que se pudesse acrescentar algum outro desiderato adicional a uma ação civil pública destinada a afastar a incidência de dada norma infraconstitucional, é certo que seu objetivo precípua haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo. Não se trataria de discussão sobre aplicação de lei a caso concreto, porque de caso concreto não se cuida. Ao revés, a própria parte autora ou requerente legitima-se não em razão da necessidade de proteção de um interesse específico, mas exatamente de um interesse genérico amplíssimo, de um interesse público. Ter-se-ia, pois, uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma." HELY LOPES MEIRELLES; ARNOLDO WALD; GILMAR FERREIRA MENDES, Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 33.ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p.721.

O CONTRÔLE DA ADMINISTRAÇÃO E A NOVA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL¹

CAIO TÁCITO*

O princípio da supremacia da lei, que é a pedra angular do Estado de Direito, subordina a Administração Pública à observância das normas jurídicas que lhe delimitam os poderes e facultam aos administrados a garantia de seus direitos subjetivos, e mesmo de seus interesses legítimos, mediante formas de controle da atividade administrativa.

A noção de que o Estado é servo dos preceitos que institui, através de sua função normativa (conforme o conhecido aforismo *legem patere quam fecisti* – “sofre a lei que tu mesmo fizeste”) adquiriu, no ordenamento jurídico moderno, foros de quase obviedade, como um fato natural da vida comunitária.

A sua conquista, não raro sangrenta, é relativamente recente na história do Direito Público, exprimindo a transição do Estado Absoluto para o Estado Liberal. O último bastião a cair do absolutismo terá sido o privilégio da irresponsabilidade civil da Coroa (“the King can do no wrong”), que a lei inglesa de 1947 (*Crown Proceedings Act*) e a norte-americana de 1946 (*Federal Tort Claims Act*) definitivamente repudiaram.

A tese de que a Administração não pode violar a lei, respondendo civilmente pelos atos ilícitos que seus agentes pratiquem, não significa, porém, que assim se esgote a proteção aos direitos individuais, políticos e sociais; a lei e a jurisprudência conferem meios eficazes de resguardo das pessoas físicas ou jurídicas contra os abusos do Poder Administrativo, prevenindo-os ou desfazendo-lhes os efeitos.

A tônica do intervencionismo estatal, que é uma das características contemporâneas da socialização do direito, exacerba a área de conflito entre os interesses individuais e o bem público, que a eles se deve sobrepor, nos termos e nos limites traçados pela ordem jurídica dominante.

A missão do jurista moderno, quando elabora, interpreta ou aplica a norma jurídica consiste, essencialmente, no encontro do exato ponto de equilíbrio, não raro instável e fugidivo, entre os princípios antinômicos da LIBERDADE e da AUTORIDADE.

Não satisfaz ao interesse coletivo que a Administração Pública apenas se abstenha de cometer atos ilegais. Se o primeiro dever do administrador é o de respeitar as normas administrativas, torna-se mister, ainda, que a sua atuação alcance os objetivos sociais e econômicos desejados.

Na medida em que o Estado assume a prestação direta de serviços de teor econômico ou assistencial, o interesse e mesmo a sobrevivência de grande número de indivíduos passa a depender da *eficiência* da Administração, e não apenas de sua *legalidade*.

A *omissão* da autoridade adquire tonalidades substanciais de lesão ao interesse privado tão intensas quanto as da *ação* ilícita ou inconveniente.

Ao *dever de legalidade* – que é uma das grandes conquistas do liberalismo político do século XIX – adiciona-se aquele outro que a doutrina designa, significativamente, como o *dever de boa administração*.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Professor Emérito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ).

¹ Conferência proferida no Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio.

Por via de consequência, o controle a ser exercido sobre a Administração Pública atenderá a esse duplo endereço de sua atividade: de um lado, o *contrôle de legalidade*, visando à preservação dos direitos dos administrados e do patrimônio público; de outra parte, o *contrôle de eficiência* que tem em mira o aperfeiçoamento das instituições administrativas, cuidando de sua melhor produtividade.

A tradição jurídica brasileira aprimorou, razoavelmente, os instrumentos de controle de legalidade da Administração Pública, consolidando nos recursos administrativos e judiciais a arma de defesa do cidadão contra as ilegalidades e abusos de poder. Os eventuais hiatos da plenitude dos direitos constitucionais, ou as denegações de justiça que ocorram dentro das contingências dos sistemas, não obscurecem a linha ascensional que, partindo, em 1904, da ação sumária especial, alargando-se na aplicação ampla do instituto do *habeas corpus* pela construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, se alicerça, finalmente, em época mais recente, na eficácia do *mandado de segurança*, como defesa de direito subjetivo líquido e certo, e da *ação popular*, como instrumento de anulação de atos lesivos do patrimônio público.

O mesmo depoimento não se poderá oferecer no tocante à evolução da eficiência administrativa. Não obstante esforços notórios e louváveis de órgãos e entidades (entre as quais é de justiça assinalar, em sua fase áurea, o Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP – e, através de sua permanente e construtiva presença, a Fundação Getúlio Vargas) a burocracia brasileira não acompanhou os progressos da Ciência da Administração.

É significativo que, na Constituição brasileira de 1946, vigorante até o primeiro trimestre deste ano, se inscrevesse, no capítulo dos direitos fundamentais, o de que a lei asseguraria “o rápido andamento dos processos nas repartições públicas” (art. 141, § 36, n.º I).

Também é geralmente admitido que não prevalece nas operações administrativas, na administração direta e, sobretudo, nas autarquias e sociedades comerciais do Estado, a noção do *custo operacional* como índice de eficiência administrativa. Se é certo que a atividade econômica do Estado não se deve orientar, unicamente, pela finalidade lucrativa, não há também porque alienar a regra do equilíbrio financeiro entre as que devem qualificar o êxito governamental.

Diante desse quadro panorâmico e, necessariamente, sumário, colocamos, como tema de nossa palestra, a título de mera provocação ao debate, a indagação: de que forma se comporta a nova Constituição do Brasil, no tocante à manutenção e ao aperfeiçoamento dos meios de controle de *legalidade* e de *eficiência* da Administração Pública?

CONTINUIDADE E INOVAÇÃO NA CARTA DE 1967

A Constituição de 1967, fiel à tradição jurídica e ao sistema anterior, conserva, em sua contextura, o *contrôle de legalidade* que, desenvolvido no direito comum compreende as três modalidades conhecidas de *controle administrativo*, ou de auto-controle; de *contrôle parlamentar* e, como garantia por excelência da ordem jurídica, o *contrôle judicial* ou jurisdicional.

Se as linhas mestras são as mesmas, há, todavia, peculiaridades, na recente Carta federal, que merecem ser referidas, para meditação do intérprete e como advertência ao legislador que deverá complementar os preceitos da Constituição.

De início, convém observar a inserção de normas sobre planejamento econômico, tanto no âmbito direto dos serviços federais, como na coordenação do desenvolvimento regional e da administração financeira dos Estados.

Além de reservar à competência da União o estabelecimento e execução de planos regionais de desenvolvimento (art. 8º, n.º XIII), estende-se o poder de intervenção federal nos Estados à reorganização de suas finanças, quando adotem medidas ou executem planos econômicos ou financeiros que contrariem as diretrizes estabelecidas em lei federal (art. 10, nº V, alínea c). De igual forma, ficam os auxílios financeiros da União aos Estados ou Municípios condicionados à prévia entrega, ao órgão federal competente, do plano de aplicação dos respectivos créditos (art. 13, § 5º). Também ao Senado Federal, mediante iniciativa do Presidente da República, incumbe controlar os limites globais da dívida consolidada e as condições de emissão de obrigações pelos Estados e Municípios (art. 69, § 2º).

Aplicam-se, assim, embora apenas no campo econômico-financeiro, os veículos embrionários de um *contrôle de eficiência* da Administração Pública.

Essa tendência se faz sentir, semelhantemente, nas normas orçamentárias, que adotam o princípio do orçamento global, ou seja, abrangendo obrigatoriamente as despesas e receitas de todos os Podêres, órgãos ou fundos, tanto da administração direta, quanto da indireta (art. 65).

Cuida-se de pôr cõbro ao abuso dos orçamentos paralelos e quase secretos, que, segundo testemunho de uma das comissões de reforma administrativa federal, divulgado em 1963, fazia com que cêrca de *dois têrços* dos dinheiros públicos fôssem geridos, nas autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas, sem aprovação ou sequer conhecimento do Congresso Nacional.

A proibição de que sejam consignadas para obra, despesa ou programa excedente ao exercício financeiro sem a prévia aprovação de orçamento plurianual de investimento ou lei especial autorizativa, é outra medida salutar que visa à eficiência administrativa (art. 65, § 4º).

A *probidade administrativa*, que já figurava entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, passa a ser também, nos têrmos de lei complementar, caso de inelegibilidade, a par da preservação do regular exercício de cargos ou funções públicas (arts. 84, nº V, 148, ns. II e III).

PRINCIPAIS INOVAÇÕES

Há, todavia, na nova Constituição Federal, três disposições que devem ser especialmente destacadas pelas suas implicações no *contrôle* dos negócios administrativos.

Primeiramente, a Constituição de 1967 trouxe profunda modificação ao sistema de fiscalização financeira e orçamentária, seja no campo federal, seja quanto aos Estados que, obrigatoriamente, se regem pelos mesmos princípios (art. 13, nº IV).

Dispõe o art. 71 que as normas de fiscalização financeira e orçamentária, extensiva às autarquias (art. 71, § 5º), compreenderão o *contrôle externo* exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, e o *contrôle interno* do Poder Executivo.

Quanto ao primeiro – o *contrôle parlamentar externo*, praticado por intermédio do Tribunal de Contas – abandonou-se o critério de *fiscalização formal*, com o repúdio ao registro prévio de atos e contratos administrativos, para dar ênfase aos processos de *auditoria*, tão largamente usados nos países que seguem o modelo anglo-saxão do controlador geral de finanças. A experiência inglesa e norte-americana, do *Comptroller General* ou do *General accounting office*, estão certamente no cerne da inovação constitucional.

O recente Decreto-lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967, propiciou o primeiro balizamento do exercício da auditoria financeira e orçamentária pelo Tribunal de Contas da União, cuja execução melhor dirá da eficácia da nova técnica de *contrôle*, que inclui inspeções diretas à contabilidade dos órgãos da Administração Pública (arts. 35 a 39 do citado decreto-lei).

Os sistemas de *contrôle interno*, que a lei instituirá no âmbito do Poder Executivo, têm a sua finalidade predeterminada no art. 72 da Constituição, visando a:

I) criar condições indispensáveis para eficácia do *contrôle externo* e para assegurar regularidade à realização da receita e da despesa;

II) acompanhar a execução de programas de trabalho e do orçamento;

III) avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos.

Se não morrerem no papel, ou na intenção, tais objetivos introduzirão, na dinâmica da Administração Pública brasileira, um real *contrôle* de *eficiência* e de *produtividade*, de que secularmente carece.

Disposição singular, que não constava do projeto enviado pelo Presidente da República, é a do art. 48, assim redigido:

“A lei regulará o processo de fiscalização, *pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal* dos atos do Poder Executivo e da administração descentralizada”.

Qual o exato alcance que a lei atribuirá a essa novidade?

Amplia-se, certamente, o *contrôle* do Congresso sobre a Administração, anteriormente circunscrita às comissões parlamentares de inquérito, às convocações de Ministros e aos pedidos de informações, como meios *indiretos* de fiscalização.

Estará, no conteúdo do novo preceito, o exercício *direto* de fiscalização? Qual o limite e a forma de que se revestirá esse exame especial de atos do Poder Executivo, tanto na administração direta, como na indireta? Poderá estender-se até à *anulação* de tais atos, ou apenas se manterá como outra forma indireta de *contrôle* de legalidade e de eficiência da Administração Pública?

São incógnitas e interrogações que o laconismo do texto deixa pendentes sobre a cabeça dos administradores, na expectativa da lei complementar.

É possível que não tenha sido a nova figura de fiscalização pelo Congresso sobre os atos administrativos, a inspiração de um tipo de órgão peculiar aos países nórdicos, que tem merecido, recentemente, maior divulgação na literatura científica e mesmo leiga.

Referimo-nos ao sistema do *Ombudsman*, ainda agora longamente examinado em livro excelente do Professor WALTER GELLHORN, da Universidade de Columbia (*Ombudsman and others Citizens' protectors in nine countries – Harvard University Press, 1967*).

Originário da Suécia, onde foi criado há século e meio – na Constituição de 1809 – o *Ombudsman* se transferiu ao sistema de outras nações, inspirando instituições similares na Finlândia (1919), Dinamarca (1954), Noruega (1952) e Nova Zelândia (1961) e tem cogitada a sua aplicação na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Trata-se de um Comissário Parlamentar, escolhido pelo Poder Legislativo, com atribuições especiais de acompanhar e fiscalizar a regularidade da administração civil ou militar, apreciando queixas que lhe sejam encaminhadas ou realizando inspeções espontâneas nos serviços públicos.

Os seus poderes são limitados, não exercendo competência anulatória, nem disciplinar ou criminal, mas, segundo o depoimento dos autores, a sua advertência ou a iniciativa de processos penais contribuí, expressivamente, para a contenção dos abusos administrativos.

Parece-nos, no entanto, modelo apenas adequado a países de populações reduzidas e de apreciável índice educacional, com serviços administrativos altamente concentrados.

Encaramos com ceticismo a transposição desse sistema, mais suasório do que coercitivo, diante das proporções de nossa estrutura territorial e administrativa, como de nosso hábitos políticos e administrativos.

A previsão constitucional está, no entanto, de pé, como um desafio ao nosso legislador, para a visão adequada do novo sistema de fiscalização pelas Casas do Congresso sobre os órgãos da Administração Pública.

Para encerrar, não podemos omitir uma palavra sobre um tema da maior atualidade no campo da garantia do indivíduo perante a ilegalidade ou o abuso do poder.

A instituição tão marcante e profícua do *mandado de segurança*, que cristalizou, a partir de 1934, uma admirável reivindicação da consciência jurídica brasileira, defronta-se, na forma pouco feliz que veio a prevalecer na redação final da Constituição, com um perigoso risco de limitação ao seu cabimento.

Aludia a norma constitucional de 1946 à proteção de “direito líquido e certo”, assim como a Constituição de 1934 se endereçava “a defesa de direito certo e incontestável”.

A atual Constituição qualifica, como objeto do mandado de segurança, a proteção de “direito *individual* líquido e certo” (art. 150, § 21).

Terá o acréscimo o intuito de excluir outros direitos que não se arroleem no capítulo dos direitos e garantias individuais, pondo à margem os direitos políticos e sociais, ou os que se situam, na distribuição sistemática da Constituição em outros títulos ou capítulos, como sobre funcionários públicos ou relativamente à ordem econômica e social?

Subsistirá a sua aplicação contra atos judiciais, e o seu acesso às pessoas jurídicas?

O Supremo Tribunal Federal será muito brevemente chamado a traçar a exegese do novo preceito e estamos convictos de que saberá guiar-se pelos melhores critérios da construção dogmática desse instituto processual, que, geminado ao *habeas corpus*, extrema a garantia dos direitos subjetivos da pessoa física ou jurídica.

Pensamos que na própria Constituição poder-se-á encontrar o paradigma para a hermenêutica em sentido lato das expressões, *direito individual*, quando delas se vale, no art. 150, § 4º, fixando o alcance da competência do Poder Judiciário, na apreciação de “qualquer lesão de direito individual”.

A mesma amplitude com que êsses termos aqui se impõem ao intérprete, sob pena de nulificar um dos alicerces do Estado de Direito, serve de referência ou comparação para o entendimento das mesmas expressões no preceito subsequente.

Em ambas as passagens *direito individual* exprime, em sentido lato, o direito subjetivo, incorporado ao patrimônio jurídico da pessoa.

Não há, em suma, no espírito da norma, qualquer sentido mutilador de sua incidência tal como configurada na Constituição de 1946 e na lei processual.

A êsse argumento ainda outro, de ordem sistemática, pode ser extraído do art. 130, nº VII, que expressamente enuncia o cabimento do mandado de segurança *em matéria eleitoral*, quando enumera a competência da Justiça especializada.

Escusamo-nos pelo imprevisto dessas digressões, que não têm outro mérito senão o de atrair a atenção dos mais doutos para os novos aspectos com que, na roupagem da Constituição de 1967, se reapresentam os problemas do contrôle da atividade administrativa do Estado.

**Publicado originalmente na Revista nº 4 jan./abr. 1968, p. 6.*

IMPROBIDADE É SINÔNIMO DE DESONESTIDADE?

EMERSON GARCIA*

SUMÁRIO: 1. Aspectos introdutórios. 2. As especificidades da “*linguagem para propósitos específicos*”. 3. A improbidade administrativa enquanto manifestação da injuridicidade. Epílogo. Referências bibliográficas.

1. Aspectos introdutórios

O signo linguístico *improbidade* há muito frequenta os padrões normativos editados em *terra brasiliis*. Nossa primeira Constituição republicana, em seu art. 54, § 6º, em redação reproduzida pelos sucessivos textos constitucionais, considerava crime de responsabilidade do Presidente da República qualquer atentado à “*probidade da administração*”, e a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 482, a, incluiu o “*ato de improbidade*” entre as situações que justificam a rescisão do contrato de trabalho por justa causa. Apesar da previsão normativa, não havia a preocupação de definir o que se deve entender por improbidade, tarefa transferida à doutrina e à jurisprudência, que se desincumbiam desse *munus* com observância da funcionalidade da norma e das especificidades do respectivo ramo do direito. Com os olhos voltados à linha inaugural de nossas considerações, é factível que a improbidade no plano político-constitucional assumirá contornos distintos da improbidade praticada no âmbito de uma relação de trabalho.

Em qualquer caso, ainda que a norma não ofereça uma definição exata de *improbidade*, a densificação do seu conteúdo há de principiar pela base semântica oferecida ao intérprete. A probidade encontra sua origem mais remota no latim *probus*, indicando aquilo que brota bem (*pro + bho* - da raiz *bhu*, nascer, brotar), denotando o que é bom, o que tem boa qualidade. De forma correlata ao sentido etimológico, teve-se uma contínua utilização do vocábulo em uma concepção figurada, sendo frequentemente empregado para caracterizar o indivíduo honrado, íntegro, reto, leal, que tem bons costumes e é honesto, casto e virtuoso. Esse uso terminou por relegar a pureza linguística a plano secundário, tendo sido consagrado o uso figurado. Nesse particular, observa-se que a linguagem é um fenômeno essencialmente cultural, absorvendo sons, unidades de significado e estruturas gramaticais de modo intimamente interligado ao contexto de sua utilização.¹ Esse contexto aponta não só para os aspectos circunstanciais que envolvem a comunicação, como, principalmente, para a base cultural que confere sustentação à linguagem,² base esta que reflete a

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia - Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Diretor da Revista de Direito e Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia - Holanda).

1 Cf. MERTZ, Elisabeth. *The language of Law school: learning to “think like a lawyer”*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 45.

2 Cf. HÄBERLE, Peter. *Function und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive*, in

identidade construída e os projetos de aperfeiçoamento de uma sociedade, absorvendo os símbolos e as ações que a caracterizam.³

Como derivação do designativo individual (*probus*), tem-se a variante caracterizadora de tal qualidade, papel desempenhado pelos vocábulos *probitas* ou *probitatis*, os quais, em vernáculo, espelham a probidade. Probidade, no âmbito da linguagem ordinária, significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade.⁴

Com os olhos exclusivamente voltados à linguagem ordinária e totalmente indiferentes ao seu entorno, não poucos doutrinadores têm defendido que “os atos de improbidade administrativa” a que se refere o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988, devidamente regulamentado pela Lei nº 8.429/1992, nada mais são que atos desonestos. A partir dessa linha argumentativa, que poderíamos denominar de “monocular”, isso em razão de sua limitada noção de profundidade, chegam a conclusões cuja principal funcionalidade é a de limitar o potencial expansivo da Lei de regência. É o caso da tese da inconstitucionalidade do ato de improbidade culposo previsto em seu art. 10, isso porque ninguém pode ser desonesto culposamente,⁵ e, por razões similares, da necessária exigência de má-fé para a configuração da improbidade administrativa. O objetivo dessas breves linhas é, simplesmente, o de oferecer alguns referenciais argumentativos que contribuam para a identificação do equívoco desse entendimento.

2. As especificidades da “linguagem para propósitos específicos”

A crescente ampliação do universo de conhecimento e de atuação dos seres humanos torna inevitável que o processo de comunicação linguística sofra sucessivos refinamentos, de modo a aumentar a sua precisão e, conseqüentemente, a evitar o surgimento de interferências, responsáveis pelo comprometimento da compreensão da mensagem veiculada. Nessa linha, é natural o surgimento das “linguagens para propósitos específicos”,⁶ como é o caso da linguagem jurídica. Essas linguagens, juntamente com a linguagem ordinária, situam-se sob a epígrafe mais ampla da linguagem convencional.

A linguagem jurídica, analisada sob a ótica dos signos linguísticos utilizados, costuma ser caracterizada por um arquétipo básico, que se reflete no emprego de (1) termos técnicos, com significados puramente técnicos; (2) termos técnicos com

Europäische Grundrechte Zeitschrift 32. Jg. Heft 22-23, 2005, p. 685-688.

3 Cf. BARRON, Anne. *Acquisition in interlanguage pragmatics: learning how to do things with words in a study abroad context*, Volume 108 de *Pragmatics & beyond*. Philadelphia: John Benjamins Publishing Company, 2003, p. 24.

4 Com sentido similar, tem-se: *probitad* (Espanha); *probità* (Itália); *probité* (França); *integrity* (EUA); e *Rechtschaffenheit* (Alemanha).

5 Cf. ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro, in BUENO, Cássio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Resende (orgs.). *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 89; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Improbidade Administrativa. Alguns Aspectos controvertidos*, in *Revista do TRF-5ª Região* nº 56/336, 2004; BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*. Belo Horizonte: Livraria DelRey Editora, 2005, p. 115; e FERREIRA, Sérgio de Andréa. *A Probidade na Administração Pública*, in *Boletim de Direito Administrativo* agosto/2002, p. 621.

6 Cf. VIOLA, Francesco e ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 6ª ed.. Roma: Laterza, 2009, p. 278 e ss...

significados comuns; (3) termos ordinários com significados comuns;⁷ (4) termos ordinários com significados incomuns; (5) termos de origem estrangeira, especialmente latina; e (6) termos técnicos ou ordinários, vagos ou ambíguos,⁸ daí decorrendo uma polissemia interna (significados distintos na própria linguagem jurídica) ou uma polissemia externa (um significado na linguagem ordinária e outro na linguagem jurídica),⁹ o que aumenta o risco de interferências no processo de comunicação. Não é por outra razão que, na atualidade, a linguagem estritamente jurídica, pelas barreiras que cria, não tem se mostrado um meio totalmente eficaz à veiculação dos conteúdos jurídicos.¹⁰ Distanciar-se do *egocentrismo* e aproximar-se do *conhecimento mútuo* é o grande desafio a ser enfrentado tanto pelas autoridades responsáveis pela elaboração dos textos normativos, como pelo intérprete, aumentando, com isso, as chances de sucesso no processo de comunicação normativa.

Apesar das especificidades da linguagem jurídica e das dificuldades que oferece para a sua exata compreensão, existem diversos fatores que concorrem para a atribuição de significado às expressões linguísticas utilizadas e contribuem para a diminuição dos seus níveis de polissemia e ambiguidade. Com os olhos voltados à compreensão dos denominados “*atos de improbidade*”, realçamos um fator em particular, que é o contexto.

O contexto reflete o universo existencial do enunciado linguístico interpretado, podendo ser visto sob uma perspectiva linguística ou não linguística. Aliás, remonta aos romanos o brocardo “*lex non est textus sed contextus*”. Alguns autores reservam o designativo *contexto* ao universo linguístico, referindo-se ao não linguístico como *situação*.¹¹

O contexto linguístico alcança todos os fatores de natureza homônima que apresentem algum tipo de conexão com o enunciado interpretado, o que pode redundar em sucessivos níveis de dependência e generalidade, principiando pelas relações com os demais signos e enunciados inseridos no texto: avançando pelas relações do texto com outros textos, até alcançar as relações entre conjuntos de textos, cada qual representando um sistema específico. Não é incomum que o contexto linguístico seja dividido em distintos setores disciplinares, formando universos distintos e relativamente independentes, de modo que as conexões linguísticas permaneçam adstritas a cada um desses setores. Essa separação é particularmente perceptível em relação aos distintos ramos do direito, sendo possível que um mesmo signo linguístico ostente significados diversos conforme o ramo em que utilizado.¹²

Em relação ao contexto não linguístico, observa-se que ele absorve um amplo e variado leque de fatores, incluindo aspectos sociopolíticos e econômicos e os contornos culturais da sociedade,¹³ propósitos e objetivos tidos como relevantes, ou, mesmo, as peculiaridades de uma situação concreta.¹⁴ Todos amplamente

7 Cf. VILLAR PALASI, José Luis. *La Interpretación y los Apotegmas Jurídico-Lógicos*. Madrid: Editorial Tecnos, 1975, p. 98.

8 Cf. AUBERT, Jean-François. *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, vol. I. Neuchatel: Éditions Ides et Calendes, 1967, p. 116.

9 Cf. CONSTANTINO PETRI, Maria José. *Manual de Linguagem Jurídica*. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 30-31.

10 Cf. SCHNEIDERREIT, Gaby. *Legal Language as a Special Language: Structural Features of English Legal Language*. Germany: Green Verlag, 2007, p. 4.

11 Cf. MODUGNO, Franco. *Interpretazione Giuridica*. Padova: CEDAM, 2009, p. 112 e 136.

12 Cf. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. 6ª ed.. Milano: Giuffrè, 1983, p. 11.

13 Cf. AVELAR FREIRE SANT'ANNA, Alayde. *A Radicalização do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 37 e ss..

14 Como ressaltado por Richard Posner, não é incomum que o juiz norte-americano adote uma postura “legalista” ou “não-legalista”, permanecendo adstrito ou distanciando-se do texto normativo, a partir da reação

suscetíveis à ação do tempo. As normas jurídicas, enquanto padrões de regulação social, não podem ser individualizadas à margem dessa realidade. Pelo contrário, o seu significado será definido com a necessária influência da totalidade do contexto, mais especificamente com a influência do modo pelo qual o intérprete vê e apreende esse contexto.¹⁵ O processo de interpretação não permanece adstrito ao material fornecido pelas fontes formais, sendo factível que a ele se soma uma multiplicidade de conceitos que delineiam o patrimônio cultural da sociedade e, em última *ratio*, do próprio intérprete. É o contexto social que justifica a existência da regulação estatal e estabelece os significados correntes da linguagem utilizada.¹⁶

Se a multiplicidade de fatores que compõem o contexto não linguístico é facilmente perceptível, o mesmo pode ser dito em relação à sua falta de sistematização e à indeterminação da exata influência que exercem na atribuição de significado aos significantes normativos. A falta de coerência que reina nessa seara não tem impedido que tais fatores sejam constantemente considerados pelo intérprete, não de modo uniforme, mas com evidentes variações qualitativas e quantitativas. Essas variações costumam ser influenciadas pelos referenciais ideológicos encampados pelo intérprete e pela teoria da interpretação adotada. Na medida em que cada intérprete enumera os fatores que têm por relevantes e atribui a cada um deles o peso que lhe pareça mais adequado às peculiaridades espaciais, temporais e pessoais que envolvem o processo de interpretação, afigura-se evidente que as escolhas a serem realizadas terão influência direta no delineamento dos significados em potencial.

É possível, no entanto, traçar alguns balizamentos à escolha desses fatores.

O primeiro deles reside na necessidade de o intérprete manter-se adstrito àqueles fatores que estejam conectados à situação concreta e ao enunciado linguístico escolhido como base do processo de interpretação. Somente esses fatores podem ser considerados relevantes, não aqueles que apenas encontrem ressonância na pré-compreensão e nas aspirações pessoais do intérprete.

Um segundo balizamento consiste na constatação de que, embora não seja possível atribuir contornos puramente objetivos a escolhas dessa natureza, o intérprete somente encontrará receptividade por parte dos demais participantes do processo de comunicação normativa caso consiga “generalizar” seus argumentos. Argumentos empíricos dessa natureza não podem destoar da base cultural e dos padrões de racionalidade já sedimentados no ambiente sociopolítico, isso sob pena de serem desautorizadas as conclusões alcançadas. A invocação das regras de experiência, do senso comum, do *aquis* social e de outras formas de expressão do consenso ou, simplesmente, da ampla convergência, são recursos úteis para o intérprete.

O terceiro balizamento, particularmente útil nas situações de internormatividade, consiste na necessidade de o intérprete considerar os fatores de natureza normativa que podem influenciar na interpretação do enunciado linguístico. Trata-se de imperativo de coerência que assegura a unidade do sistema jurídico.

O quarto balizamento indica que esses fatores nem sempre ostentarão o mesmo grau de importância, tanto no que diz respeito à situação concreta, como em relação ao enunciado linguístico interpretado. É possível, assim, seja estabelecida

moral ou emocional (*v.g.*: repulsa, indignação, contentamento etc.) que tenha em relação à conduta de uma das partes envolvidas na lide (*How Judges Think?* Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 231).

15 Cf. BELLERT, Irena. *La linguistica testuale (On a Condition of the Coherence of Text)*. Trad. de CONTE, M. Elisabeth. Milano: Feltrinelli, 1977, p. 180.

16 Cf. LAVAGNA, Carlos. *Costituzione e socialismo*. Bologna: Il Mulino, 1977, p. 39.

uma ordem de preferência entre eles, ordem esta que não deve destoar dos *standards* normalmente seguidos no ambiente sociopolítico.

Essas, portanto, são as diretrizes que utilizaremos na verificação da alegada sobreposição dos referenciais de improbidade e desonestidade.

3. A improbidade administrativa enquanto manifestação da injuridicidade

Ao analisarmos se os denominados “*atos de improbidade administrativa*” devem ter o seu conteúdo delineado com o só recurso à linguagem ordinária ou se refletem um conceito técnico, inserido em uma linguagem para propósitos específicos, não podemos prescindir da verificação dos contextos linguístico e não linguístico.

Principiando pelo contexto linguístico, merece transcrição o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988, *verbis*: “[o]s atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. O enunciado linguístico em que inserida a expressão objeto de análise indica as sanções básicas a serem aplicadas ao ímprobo, acrescentando que tal se daria “na forma e gradação previstas em lei”. Caberia à norma associar os atos de improbidade às sanções correspondentes, estabelecendo, ainda, um escalonamento entre eles, consoante a sua gravidade, daí decorrendo a cominação de sanções mais severas ou mais brandas. Antes de avançarmos para a legislação infraconstitucional, ainda é importante observarmos que o art. 37 da Constituição de 1988 veicula uma série de regras e princípios regentes da atividade estatal, todos vinculantes para os agentes públicos.

O referido § 4º do art. 37 foi regulamentado pela Lei nº 8.429/1992, que estabeleceu um novo contexto linguístico para a identificação do sentido dos atos de improbidade. Esse contexto, de contornos normativos, contém três espécies distintas de atos de improbidade, que são (1) o enriquecimento ilícito, (2) o dano ao patrimônio público e (3) a violação aos princípios regentes da atividade estatal, sendo sabido por todos que estes últimos podem veicular diversos conteúdos distintos (*v.g.*: princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade etc.). Nesse momento, já podemos alcançar uma conclusão parcial: como a própria lei, partindo de um comando constitucional, indicou o que se deveria entender por atos de improbidade, o significado dessa expressão nitidamente se desprende da linguagem ordinária e adentrou no domínio da linguagem para propósitos específicos.

A violação aos princípios regentes da atividade estatal é a base de desenvolvimento de qualquer juízo valorativo que busque demonstrar a ocorrência da improbidade administrativa. Além de conferirem unidade ao sistema normativo-constitucional, os princípios atuam como fatores de imposição, de interpretação e de integração. Possuem caráter imperativo, exigindo que indivíduos e poderes constituídos adotem as medidas necessárias, na medida mais ampla possível, à materialização dos valores que albergam. Influem na interpretação dos padrões normativos do sistema, contribuindo para estender ou retrair o seu potencial de incidência. Permitem sejam contornadas as lacunas da Constituição formal, contribuindo para o aperfeiçoamento da completude da ordem constitucional. A licitude dos atos dos agentes públicos há de ser extraída da conjugação das regras e dos princípios, quer explícitos, quer implícitos, o que conferirá a estes um grau de obrigatoriedade que há muito é difundido mas que pouco tem se concretizado.

A adequação do ato à norma não mais pode ser vista sob um prisma meramente formal – que consubstanciava a concepção clássica de legalidade – passando a ser perquirida a sua correspondência aos valores que conduzem à concreção da própria noção de Direito. Daí se falar em *legalidade substancial*, o que pressupõe um juízo de valoração da essência do ato, com a sua consequente legitimação à luz dos vetores do Estado de Direito. Com a constitucionalização dos princípios, que terminaram por normatizar inúmeros valores de cunho ético-jurídico, a concepção de legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade, segundo a qual a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita – com contornos superpostos à regra –, passando a compreender regras e princípios. A unidade da Constituição indica que todas as normas por ela formalmente encampadas têm igual força e hierarquia, sendo cogente a sua observância pelos agentes públicos. Como a abstração de qualquer regra redundará na obtenção de um princípio correlato, é natural seja este último o foco de análise utilizado pela Lei nº 8.429/1992.

A improbidade administrativa, portanto, sempre estará associada à violação da juridicidade, o que, obviamente, não prescinde dos temperamentos oferecidos pelo critério de proporcionalidade, evitando, com isso, a incidência da Lei nº 8.429/1992 em condutas de pouca ou nenhuma lesividade ao bem jurídico tutelado.¹⁷ Quando o agente público parar no *minus*, sua conduta será enquadrada no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, avançando para o *plus*, o enriquecimento ilícito ou o dano ao patrimônio público, a tipologia se deslocará, respectivamente, para o art. 9º ou o art. 10.

Além do contexto linguístico, também o não linguístico evidencia que o ambiente sociopolítico é plenamente refratário a um agente público que passe ao largo das regras e dos princípios regentes da atividade estatal. Afinal, o surgimento de “*códigos paralelos de conduta*” tende a lesar interesses individuais e a comprometer a satisfação do interesse público, o que leva a sociedade a ostentar elevados níveis de desconfiança em relação aos poderes constituídos, situação sempre perigosa ao lembrarmos que há pouco deixamos de conviver com um regime de exceção, de triste memória para o povo brasileiro.

De acordo com a sistemática adotada pelo art. 37, § 4º, da Constituição da República e pela Lei nº 8.429/1992, é perfeitamente possível termos atos de improbidade que não sejam propriamente atos desonestos. Basta pensarmos na conduta de um Prefeito Municipal que, em razão de sua origem humilde, valoriza o trabalho e a família e pouca importância dá ao estudo, o qual, aliás, jamais esteve ao seu alcance. Por ver na educação não mais que uma frívola vaidade, utiliza recursos vinculados, do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), instituído pela Emenda Constitucional nº 53/2006 e regulamentado pela Lei nº 11.494/2007, para a construção de um monumento à família. A aplicação dos recursos em finalidade diversa da legal impossibilita a aquisição de merenda para as crianças e o pagamento dos docentes, que paralisam suas atividades. Por desconsiderar a prioridade absoluta de que gozam as crianças e os adolescentes (CR/1988, art. 227, *caput*), afrontar a ordem constitucional e infraconstitucional, bem como por realizar um ato nitidamente ineficiente, de pouca importância quando cotejado com o bem jurídico violado, afigura-se evidente a prática do ato de improbidade administrativa descrito no art. 11, I, da Lei nº 8.429/1992: “*praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra*

17 Para maior desenvolvimento do tema, vide, de nossa autoria, a primeira parte da obra intitulada *Improbidade Administrativa*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 118.

de competência". Conquanto esteja evidenciada a vontade de descumprir a lei, não há propriamente má-fé ou desonestidade na conduta do agente público, o que em nada ameniza a extrema lesividade de sua conduta.

Epílogo

A linguagem ordinária, conquanto assuma indiscutível relevância na atribuição de significado aos enunciados linguísticos normativos, não tem o condão de afastar as singularidades da linguagem para propósitos específicos, como é o caso da linguagem jurídica. Na identificação da aproximação ou do distanciamento em relação a uma ou outra assume especial relevância o contexto, linguístico ou não linguístico. No direito brasileiro, os "*atos de improbidade*" a que se refere o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988 e a Lei nº 8.429/1992 nem sempre refletirão a prática de atos desonestos, sendo o significado ordinário preterido em prol do jurídico.

**Publicado originalmente na Revista nº 49 jul./set. 2013, p. 81.*

O PODER DE POLÍCIA, O DESENVOLVIMENTO E A SEGURANÇA NACIONAL**

FRANCISCO MAURO DIAS*

Sumário

1. *Introdução*
 - 1.1 *Importância crescente do tema:*
 - 1.1.1 *Direito econômico*
 - 1.1.2 *Direito de greve*
 - 1.1.3 *Direito de reunião*
2. *Poderes políticos e “poderes” administrativos*
 - 2.1 *Liberdades individuais e direitos sociais*
 - 2.2 *Desenvolvimento e Segurança Nacional*
3. *Poder de Polícia*
 - 3.1 *Polícia Administrativa e Polícia Judiciária*
 - 3.1.1 *Polícia administrativa geral e especializada*
 - 3.1.2 *Formas de exercício*
 - 3.2 *Ordem pública*
 - 3.3 *Definição legal*
 - 3.4 *Legalidade e discricionariedade*
 - 3.4.1 *“Circunstâncias e poderes excepcionais”*
4. *Análise conjuntural*
5. *Tendências*

* Procurador-Geral do Estado e Advogado, Procurador de 1ª categoria da Alerj.

** Conferência pronunciada na Escola Superior de Guerra, em 03 de junho de 1980. As opiniões expressas neste trabalho são do autor e não, necessariamente, da ESG.

1. Introdução

Sociedade global, a Nação evolui para o estágio de sociedade política e se constitui em Estado. Entidade política, esta somente se organiza juridicamente porque é o Direito o elo de ligação entre a Política e a Realidade Social.

A Ordem Social que se impõe à realidade, se bem que condicionada à natureza das coisas – já o constatava Aristóteles e o reiterava Montesquieu –, é, assim e primordialmente, Ordem Jurídica.

O *ordenamento jurídico* institui o Estado, estrutura-lhe o *Governo*, caracteriza-lhe, portanto, os *fundamentos* da Expressão Política do Poder Nacional, define-lhe os *componentes* e os respectivos órgãos de exercício, discrimina a estes, por fim, atribuições ou *funções*.

Realizar o *Bem Comum*, segundo a Ordem estabelecida, é o fim do Estado. A sua consecução provê o Governo, instituindo a Ordem segundo a qual se realizará, expurgando-a de conflitos, *executando-a, aplicando-a e administrando-a*.

A *administração* da Ordem estabelecida, cujo objetivo é colimar o *interesse público*, incumbe ao Poder Executivo – que já se pretendeu fosse denominado Governamental, tal a eminência das *prerrogativas* de que necessariamente tem de estar investido para tanto, ou já se quis denominado apenas Administrativo.

Elemento organizacional ou infra-estrutural do Governo, mais propriamente do Poder Executivo, a *Administração Pública*, que tem a responsabilidade de lhe concretizar os objetivos, prosseguindo a consecução do interesse público, vê alargar-se cada vez mais o horizonte das tarefas que incumbe realizar: o mundo se tornou unidimensional; o exercício de liberdades e direitos individuais é apregoado e reclamado mais intensamente, a cada época; dilarga-se o interesse público em contrapartida à crônica e sempre agravada escassez de recursos para satisfazê-lo; recrudescer a eterna dialética do público e do *privado*, com os riscos, que lhe são inerentes, para a manutenção do equilíbrio, da estabilidade, da ordem social, da *ordem pública*.

O problema se dicotomiza sempre em Segurança e Desenvolvimento Nacional, a nível de realização de interesse público.

Impossível a consecução do interesse público atingível, com a satisfação concomitante de todos os *direitos, interesses e liberdades individuais*, que são sobretudo *sociais e econômicos*, hoje, o Estado, a Administração Pública, se tem de fazer onipresente, assume características e roupagens crescentemente intervencionistas, projeta-se em todas as áreas da coexistência social.

Avoluma-se, conseqüentemente,

“o conjunto de atribuições inerentes à Administração Pública, para condicionar ou restringir, discricionariamente, o exercício de direitos, tendo em vista o interesse público.”¹

Tal o Poder de Polícia “que o Executivo exerce com maior intensidade e extensão”.²

1 Brasil. Escola Superior de Guerra. **Manual Básico**, 1977-78. p. 122.

2 **Id. Ibidem**, p. 123.

1.1 *Importância crescente do tema*

Ganha a denominação de *intervenção* do Estado, no domínio individual ou econômico, o condicionamento quanto ao respectivo exercício de direitos e liberdades.

Ampliando-se essa intervenção, dia-a-dia, por força da própria conjuntura, e tendo como principal instrumento o Poder de Polícia, o estudo do tema se reveste de importância também crescente.

1.1.1 *Direito econômico*

Ao promover as comemorações do seu cinquentenário, a Universidade Federal de Minas Gerais fez incluir na programação dos eventos o I Seminário de Professores de Direito Econômico – que “seria o Direito da Intervenção do Estado no domínio econômico”³ –, cujas conclusões, a partir da premissa no sentido de que “o insuficiente conhecimento do Direito Econômico constitui obstáculo à plena realização das aspirações do Estado de Direito”, resultaram na “Carta do Caraça”, proclamação subscrita em 21 de maio de 1977, da qual são transcritos os tópicos a seguir:

“1. Os imperativos éticos dos ideais do Desenvolvimento Nacional e do Bem-Estar Social reclamam o ensino do Direito Econômico nas Faculdades de Direito.

2. O Seminário considera que a disciplina Direito Econômico deve localizar-se nos currículos de Direito, tanto no nível de Graduação quanto no nível de Pós-Graduação.

.....
7. Os programas de Direito Econômico espelharão o relacionamento entre a Ordem Jurídica e a Política Econômica.

8. O Direito Econômico Regulamentar e o Direito Econômico Institucional, o ordenamento jurídico do Planejamento, as tarefas de Organização dos Mercados, consideradas diante da Disciplina Jurídica da Empresa, receberão tratamento jurídico-científico.

9. O exame dos fundamentos constitucionais do Direito Econômico inspirará a apreciação do Direito Econômico Positivo.

.....
14. *As formas de participação do Estado na atividade econômica e as de ação do Estado sobre a atividade econômica privada serão examinadas diante dos conceitos de Intervencionismo e de Dirigismo, assim como em face do confronto entre os modelos teóricos do Estado Liberal e do Estado Socialista, e o elenco dos diferentes regimes possíveis de iniciativa econômica dualista.*

15. O ordenamento jurídico da repartição social da renda e da riqueza, o ordenamento jurídico da competição, o condicionamento jurídico do nível de emprego receberão tratamento detido.”⁴

3 Brasil – Universidade Federal de Minas Gerais. **I Seminário de Professores de Direito Econômico**. Edição do Cinquentenário da UFMG, 3, 1977, p. 41.

4 **Id. ibidem**, pp. 10-13.

A importância do tema não se restringe ou circunscreve, porém, às preocupações e lides universitárias. A conjuntura o faz mais e mais presente, acentua-lhe o relevo, torna-o de reflexão impositiva.

1.1.2 *Direito de greve*

Reportagens noticiosas e informativas – abstraídas, ou não, comentários ou opiniões que as acompanhem – permitem retratar uma conjuntura que se presta ao objetivo de despertar para o assunto o interesse que exige. Os títulos são expressivos: alguns trechos, sobretudo significativos:

“Greve em Santos

O PORTO VOLTA A TRABALHAR

Depois de cinco dias em greve, os portuários tiveram quase todas as suas exigências atendidas. Nem as decisões do Tribunal Regional do Trabalho foram respeitadas, e a greve venceu.

Foram cinco dias de greve no porto de Santos, o maior do Brasil. Os exportadores deixaram de embarcar 62 milhões de dólares; os estivadores, que não estavam em greve mas só têm serviço quando os portuários trabalham, deixaram de ganhar 20 milhões de cruzeiros; a Cia. Docas deixou de receber 140 milhões de cruzeiros; os portuários, que pediam 15% de aumento além do índice oficial, conseguiram 10% – um excelente resultado. Ganharam os portuários, perdeu todo o país.”⁵

“A Lei Deve Ser Aplicada

A greve dos metalúrgicos do ABC é motivo para o principal editorial do *Jornal do Brasil* de 31 de março. Após dizer que “é mais uma greve ilegal”, declara: “Além de ilegal é política – até mesmo pela oportunidade escolhida: não é por simples coincidência que o movimento eclode nas celebrações de uma data nacional. Como também não é por acaso o objetivo de desacreditar a lei que a proíbe como elemento de intimidação”. O *JB* relembra que as leis existem para ser aplicadas, acrescentando que “é dever primeiro dos poderes públicos aplicar a lei, onde e quando se faça necessário. O desafio dos metalúrgicos gera a necessidade – e este é um dos seus objetivos da demonstração governamental”. Mais adiante, o jornal conclui: “A aplicação da lei só reforça a confiança em quem a utiliza no interesse de todos, e dela própria, como instrumento regulador das relações entre todos. Chegou a hora”.⁶

⁵ Greve em Santos. *VISÃO*, São Paulo, 31 de março de 1980, p. 22.

⁶ A Lei Deve Ser Aplicada. *VISÃO*, São Paulo, 07 de março de 1980, p. 15.

“GREVE DOS METALÚRGICOS-SP
TODOS FORA DA LEI

Empregados, empregadores e Governo desrespeitam a legislação; a lei é confusa; o Tribunal Regional do Trabalho não quis decidir se a greve é legal ou ilegal. Como resolver o impasse da greve?

A disputa entre os metalúrgicos do interior de São Paulo e os empresários foi oficialmente encerrada por uma decisão da Justiça do Trabalho. Aliás, deveria ter sido: os metalúrgicos, que tiveram boa parte de suas reivindicações atendida, decidiram ignorar a sentença do Tribunal Regional do Trabalho e continuar em greve até a vitória total.”⁷

“NA RAIZ DA CRISE
A FALTA DA LEI

O país vive momentos de grande ansiedade; para sair da crise, há frenéticas negociações entre oposição e Governo. Mas só haverá uma saída quando o país resolver submeter-se à lei, não a homens.

.....

O Governo decidiu também não ceder a nenhuma reivindicação dos metalúrgicos que não tenha sido sancionada pela Justiça do Trabalho. Novas negociações só serão iniciadas quando a greve terminar, com o retorno em massa ao serviço. O Governo *chegou a estudar, efetivamente, a hipótese de decretar o estado de emergência em São Paulo*; mas decidiu não utilizar essa medida, ao menos por enquanto. Entretanto, já se resolveu jogar todo o rigor da lei contra os líderes da greve: mesmo que acabem não sendo enquadrados na Lei de Segurança Nacional, sofrerão os rigores da Consolidação das Leis do Trabalho. No que depender do Governo, os dirigentes sindicais afastados não só não voltarão como, por toda a vida, estarão impedidos de participar da direção de qualquer sindicato.

.....”⁸

“GREVE
GOVERNO QUER VITÓRIA TOTAL

Brasília exige que os metalúrgicos de São Bernardo voltem ao trabalho e enfrentem as conseqüências da greve, depois, o Governo pode até conversar com líderes sindicais.”⁹

7 Greve dos Metalúrgicos – SP. **VISÃO**, São Paulo, 14 de abril de 1980, p. 25.

8 Na Raiz da Crise. **VISÃO**, São Paulo, 05 de maio de 1980, pp. 30-31.

9 Greve. **VISÃO**, São Paulo, 12 de maio de 1980, p. 14.

“FIM DA GREVE AGORA, O BOICOTE

Derrotados na greve, sindicatos ameaçam empresários: dizem que o serviço será malfeito e os produtos terão má qualidade.

A maior greve da história do Brasil terminou oficialmente no domingo, dia 11, após 41 dias de paralisação ilegal. O prejuízo direto, só na indústria de automóveis e autopeças, foi de 34,5 bilhões de cruzeiros. E todos perderam: as fábricas deixaram de faturar 24 bilhões de cruzeiros; o país não exportou 54 milhões de dólares; os operários ficaram sem 1,5 bilhão de cruzeiros de salários; o Governo não recolheu 5,7 bilhões de cruzeiros de impostos; o Banco do Brasil teve de aumentar seus empréstimos em 400 milhões de cruzeiros para que as empresas suportassem a greve. E há ainda outros vinte setores industriais afetados pela paralisação; o cálculo de seus prejuízos não foi divulgado.”¹⁰

1.1.3 *Direito de reunião*

“SÃO PAULO (O Globo) – O Secretário de Segurança Pública, Otávio Gonzaga Júnior, disse ontem que não vê razão para que o estádio de Vila Euclides, em São Bernardo, seja interditado à assembleia dos metalúrgicos, marcada para amanhã. “Uma vez cessada a greve, cessou também a proibição de utilização de logradouros públicos para a realização de assembleias naquela cidade”, informou.

Segundo Gonzaga Júnior, ele agora “não tem mais nada a ver com a questão”:

- Agora, a utilização ou não do estádio é um problema exclusivo do prefeito Tito Costa.

OPINIÃO DA JUSTIÇA

Comentando ontem o despacho do vice-presidente do Tribunal de Justiça do Estado, que negou o pedido de liminar a seu mandado de segurança preventivo contra o secretário Gonzaga Jr., para garantir a liberação do estádio de Vila Euclides, disse o Prefeito Tito Costa:

- A liminar foi negada, mas o despacho deixa bastante claro que não há nenhuma base para impedir o município de ceder o estádio. Isso, a meu ver, me basta. O estádio já estava cedido e continuará.

Em seu despacho, de quatro laudas, o vice-presidente do Tribunal, desembargador Bruno Afonso de André, declara que “a autoridade impetrada não emitiu qualquer *ato impeditivo da reunião*” e que, por isso, “não se pode ter como iminente algum ato ilegal de sua parte”.

O despacho afirma ainda que a *autonomia do município*, invocada pelo Prefeito Tito Costa, *coexiste com a preservação da ordem pública a cargo do Estado* e que “a priori não há base para impedir o exercício desse *poder de polícia*, do mesmo modo que não há base a priori para impedir o município de ceder o estádio”.¹¹

10 Fim da Greve. VISÃO. São Paulo, 19 de maio de 1980, p. 15.

11 Secretário não vê razão para interditar estádio. O GLOBO, Rio de Janeiro, 24 de maio de 1980, p. 3.

2. Poderes políticos e “poderes” administrativos

Poderes políticos são os componentes da Expressão Política do Poder Nacional; neles se estrutura o Governo do Estado; são estruturais, portanto.

“Poderes” administrativos são instrumentais; dizem respeito ao funcionamento, à atuação da Administração Pública para a consecução dos seus fins, traduzidos no interesse público ou expressos nos objetivos programados à ação governamental.

Os “poderes” administrativos (“*puissance publique*”) constituem-se em “prerrogativas exorbitantes do direito comum” ou privado: direito de desapropriar; de fazer requisições; de baixar “regulamentos de polícia”; sob certas condições, empregar a força para a execução de suas próprias decisões (“fazer justiça pelas próprias mãos”).

Ao lado, entretanto, de tais prerrogativas, a Administração Pública sofre restrições à sua atuação (“*sujétions*”) que se não impõem aos particulares: não pode decidir senão por motivos de interesse público (o simples interesse, generosidade ou capricho não lhe respaldam a atuação); não pode empregar, de modo geral, quem bem entenda ou comprar, em princípio, dispensando o procedimento da licitação.

Aos “poderes” ou prerrogativas correspondem responsabilidades ou sujeições, também exorbitantes do direito comum ou privado.

Essas noções, claramente expostas, estão em Vedel.¹²

2.1 Liberdades individuais e direitos sociais

“Poderes” ou prerrogativas são outorgadas para consecução de fins.

No Estado liberal, chamado de polícia (“*gendarme*”), velar pelo exercício singelo das liberdades individuais, abstendo-se de outra atividade que a de lhe traçar limites naturalmente deduzidos, pareceu ser, ou foi, desempenho adequado e suficiente. A definição da alínea 4 do art. 1.º da Declaração de Direito do Homem e do Cidadão (1789) não exigia mais:

“La liberté consiste à pouvoir faire toute ce qui ne nuit pas à autrui, ainsi, l’existence des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminés que par la loi.”

Direitos do homem – hoje “direitos humanos” – são enumerados por Leclercq, no capítulo II – “*Institutionnalisation du pouvoir: L’État*” – de suas “*Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*”; a igualdade, a liberdade de consciência e de expressão do pensamento, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.¹³

Mas é o mesmo Leclercq quem – depois de constatar os fatos da Declaração universal dos direitos do homem das Nações Unidas (10 dez. 48), reconhecendo aos indivíduos, na linha das declarações francesas de 1789 e 1793, direitos e liberdades essenciais, e dos pactos internacionais da mesma O.N.U., de vigência em 16 de dezembro de 1976 (direitos civis e políticos) e 03 de janeiro de 1976 (direitos

12 Vedel, Georges. *Droit Administratif*. Presses Universitaires de France, Paris, 6e. ed., 1976, pp. 26-27.

13 Leclercq, Claude. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Paris, *Librairies Techniques*, 3e.ed.,1979, p. 67.

econômicos, sociais e culturais) – assinala a circunstância de os direitos econômicos e sociais serem enumerados, por exemplo, no preâmbulo da Constituição francesa de 1958, “seja sob a forma de um *direito seja* sob a de uma *obrigação* a cargo do Estado”.

A circunstância reflete – explica Leclercq, com remissão a Jean Pierre Lassale (*Clefs pour la Politique*, 1969, pp. 37-38) – a “tendência à socialização, que traduz uma realidade incorporada ao neo-capitalismo de hoje, não se confunde com o socialismo e se opõe ao individualismo e ao separatismo que caracterizavam o Estado liberal.”¹⁴

Prossegue Leclercq, afirmando que a socialização determinou a passagem do Estado liberal para o Estado “tecnodemocrático” hodierno – na expressão de Maurice Duverger, adaptada de Galbraith – para concluir:

“Du point de vue du pouvoir, de l’Etat, le temps n’est plus ou Anatole France écrivait: “Je pardonne à la République de gouverner mal, parce qu’elle gouverne peu”. L’individu, le citoyen attend de plus en plus *d’interventions en sa faveur de la part de l’Etat*: il cherche et attend sa *protection*; il ne lui demande plus seulement de lui accorder et de lui reconnaître des *droits* et des *libertés publiques*. Il attend que l’Etat lui garantisse la *croissance* et l’*élévation de son niveau de vie*. En même temps, et de façon plus consciente, tout ce qui est idéologie tend de plus en plus à être récusé par le citoyen moyen qui fait lui même partie des classes moyennes qui dominant, au moins quantitativement, au sein des composantes sociales d’une population donnée de l’Occident. A l’âge de la production a succédé l’âge de la consommation qui conditionne en tout l’individu.”¹⁵

2.2 Desenvolvimento e Segurança Nacional

“Crescimento e elevação de nível de vida” são indicadores de “*desenvolvimento nacional* e justiça social”, fins a que se propõe a ordem econômica e social institucionalizada principiologicamente na Constituição (Título III, art. 160). Situa-se no mesmo Título III a proibição de “greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei” (art. 162); nele também se insere a faculdade de “intervenção no domínio econômico, quando indispensável por motivo de *segurança nacional*” (art. 163) e se prescreve “regime de iniciativa econômica dualista, com preferência para as empresas privadas e com o estímulo e o apoio do Estado” (art. 170).

Intervir, apoiar e estimular, restringindo, no interesse público, exercício de direitos, de liberdades, de iniciativas, “por motivo de *segurança nacional*” ou “tendo por fim realizar o desenvolvimento nacional”, relacionam intimamente poder de polícia, desenvolvimento e segurança nacional.

3. Poder de Polícia

Já Pimenta Bueno, entre nós afirmava:

“A *polícia* em sua grande compreensão é o complexo de todos os meios de *ordem, segurança e bem ser público*; é uma das grandes tarefas do governo”.¹⁶

14 *Id. ibid.*, pp. 67-68.

15 *Id. ibid.*, p. 69.

16 Pimenta Bueno, José Antonio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de

Vedei relembra que a palavra *polícia*, das mais genéricas, serviu para designar, na língua jurídica antiga, qualquer norma ou disposição destinada à realização dos fins da sociedade política, equivalente, nesse sentido, ao *ordenamento jurídico*.¹⁷

Waline, depois de estabelecer que, “em outros termos, a liberdade é a regra, a restrição por *medida de polícia* é a exceção”, professa que “a expressão *leis de polícia* tem sem dúvida um sentido mais abrangente que o de *leis penais*; é preciso incluir naquelas *todas as disposições de ordem pública*”.¹⁸

Rivero, fixando a definição de *polícia administrativa*, assim se expressa:

“La libre activité des particuliers, dans une société organisée, a nécessairement des limites, qu’il appartient à l’autorité publique de tracer. Elle le fait en définissant, par la loi, les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l’exercice des libertés. Mais il appartient au pouvoir exécutif de préciser et de compléter ces prescriptions essentielles, d’en assurer l’application concrète, et plus généralement, de prévenir les désordres de toute nature. On entend par *police administrative l’ensemble des interventions de l’administration qui tendent à imposer à la libre action des particuliers la discipline exigée par la vie en société*.”¹⁹

OU, EM PORTUGUÊS: “A livre atividade dos particulares, numa sociedade organizada, tem necessariamente limites, que compete à autoridade pública traçar. Ela o faz definindo, pela lei, as garantias fundamentais outorgadas aos cidadãos para o exercício das liberdades. Mas compete ao poder executivo precisar e completar essas prescrições essenciais, assegurar-lhes aplicação concreta, e mais genericamente, prevenir as desordens de qualquer natureza. Entende-se por *polícia administrativa o conjunto de intervenções da administração que tendem a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade*.”

3.1 *Polícia administrativa e polícia judiciária*

É ainda Rivero quem distingue no vocábulo *polícia* um sentido *material (forma de ação)* e um sentido vulgar, *orgânico (pessoal encarregado desta ação)*, além de inter-relacionar *polícia* (“pode-se considerar a manutenção da ordem como abrangida numa definição extensiva da *missão de serviço público*”) e *serviço público*, para estabelecer, a seguir, a distinção entre *polícia administrativa* e *polícia judiciária*, pelo critério dos fins a que se destinam: o da *polícia administrativa*, “*prevenir os atentados à ordem pública*”; o da *judiciária*, “*essencialmente orientado para a repressão penal*”. O caráter primordialmente preventivo de uma, o repressivo de outra, distinguem-nas basicamente, não significando isto que a *polícia administrativa* deixe de prosseguir em sua ação depois que se manifestem as desordens que a ela incumbe prevenir, para restabelecer a ordem, nem que o policial de trânsito, incumbido de ordenar a circulação de veículos, não possa efetuar uma prisão em flagrante por contravenção ou crime.²⁰

Janeiro. D.I.N., 1958, p. 249.

17 Vedel, Georges. *Op. cit.*, p. 779.

18 Waline, Marcel. *Précis de Droit Administratif*. Paris, Ed. Mont-Chrestien, 1969, p. 437.

19 Rivero, Jean. *Droit Administratif*. Paris, Dalloz, 1977, 8e. ed., p. 412.

20 *Id. ibid.*, pp. 413-14.

3.1.1 *Polícia administrativa geral e especializada*

Toda autoridade administrativa possui, nos limites da competência que a lei lhe confere, uma parcela das prerrogativas da Administração Pública, segundo a gradação hierárquica que lhe corresponda. Possui, assim, “poderes” de polícia administrativa geral.

Para a prevenção de desordens em áreas específicas, de complexidade peculiar, a exigência de meios também específicos, tecnicamente adaptados à realidade a ser condicionada, impõe o surgimento, a cada dia, de diversas polícias especializadas (caça, pesca, florestal, construções, trânsito, ecológica, estética ou cultural etc.).

3.1.2 *Formas de exercício*

São formas de exercício da polícia administrativa:

a) Os *regulamentos administrativos*, tradicionalmente denominados, no âmbito municipal, *posturas*.

As *limitações administrativas* – afastamento, gabarito, tombamento, constituição de reservas de terrenos, decretação de áreas de interesse especial etc. – são, em matéria de polícia edilícia, exemplos de condicionamentos ao exercício do direito de propriedade, mediante regulamentos administrativos. O descumprimento de suas disposições acarreta *sanções administrativas*.

b) As *decisões particulares ou individuais*, proferidas no desenvolvimento da chamada “administração casuística”: autorização, interdições (de reuniões, de comícios etc.), dispersão de aglomerações delas constituem exemplo.

c) A execução forçada; o emprego da força pública para prevenir ou fazer cessar desordens; até o emprego de armas e a eventual participação das Forças Armadas nas hipóteses agravadas do âmbito da polícia de manutenção da ordem pública, a *coaço*, enfim.

3.2 *Ordem pública*

A noção de ordem pública, em matéria de polícia administrativa, se define, ainda segundo Rivero:²¹

a) Pelo seu caráter principalmente *material*: a ação policial, preventiva, visa eminentemente às perturbações palpáveis da ordem, às manifestações exteriores de desordem. A imoralidade, em si mesma – exemplifica Rivero – não se constitui em, objeto do poder de polícia, se não se relacionar diretamente a desordens externas, direta (caso de publicações fomentadoras de aumento da criminalidade) ou indiretamente (reações prováveis que o escândalo pode suscitar).

b) Pelo seu caráter *público*: O foro íntimo e domicílio são respeitados. Este só é alcançado na medida em que atividades no seu interior repercutem nociva ou perturbadoramente no exterior (“lei do silêncio”, higiene dos imóveis).

c) Pelo seu caráter *limitado*: tranqüilidade, segurança e salubridade, basicamente, delimitam-lhe o conteúdo.

²¹ Id. *ibid.*, pp. 414-15.

É no âmbito desta noção, portanto, quando a prevenção de acidentes e calamidades, de incêndios e inundações, de desordens e complôs armados o exigem, que atua especialmente a *polícia de manutenção da ordem pública*.

.....

O texto constitucional do Estado do Rio de Janeiro ilustra a observação:

“ Art. 149 - O Governo do Estado é responsável pela *manutenção*, em seu território, da *ordem pública* e da *segurança interna*.

Art. 152 - À Polícia Militar, organizada com base na

.....

hierarquia e na disciplina, compete planejar, dirigir e executar, com exclusividade, ressalvadas as missões peculiares das Forças Armadas e os casos estabelecidos em legislação específica, o policiamento ostensivo fardado, a fim de *assegurar o cumprimento da lei*, a *manutenção da ordem pública* e o pleno exercício dos poderes constituídos.”

Ordem pública, como é intuitivo, respeita ao interesse público nacional, estadual ou de âmbito equivalente (unidades integrantes da Federação) e Municipal.

A competência para o exercício do poder de polícia é, destarte, concorrente.

3.3 Definição legal

O Código Tributário Nacional - estabelecendo a Constituição federal que “ compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir *taxas*, arrecadadas em razão do exercício do *poder de polícia*...” (art. 18, inciso I) - dispõe:

“ Art. 78 - Considera-se poder de polícia *atividade da administração pública* que, *limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade* regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à *segurança*, à *higiene*, à *ordem*, aos *costumes*, à *disciplina da produção* e do *mercado*, ao exercício de *atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização* do Poder Público, à *tranquilidade pública* ou ao respeito à *propriedade* e aos *direitos individuais ou coletivos*.

Parágrafo único - Considera-se regular o exercício do poder de polícia, quando desempenhado pelo *órgão competente*, nos *limites da lei aplicável*, com observância do *processo legal* e, tratando-se de *atividade* que a lei tenha como *discricionária*, sem *abuso ou desvio de poder*.”

Marcelo Caetano, doutrinando sobre o tema, comenta a definição legal:

“ ... pode definir-se a Polícia como o *modo de atuar da autoridade administrativa* que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir.

Esta definição difere da que no Brasil o art. 78 do Código Tributário Nacional, com a redação dada pelo Ato Complementar n.º 31, apresenta do “Poder de Polícia”.

Mas a diferença não é essencial. E não se pode perder de vista que o Código Tributário não tem de se preocupar com uma definição científica da Polícia, cumprindo-lhe apenas exprimir, em termos práticos, os mais acessíveis possível, o que deva entender-se por “Poder de Polícia” como fato gerador de taxas.

.....
“A polícia é atuação da autoridade, pressupõe o exercício de um poder condicionante de atividades alheias, garantido pela coação sob a forma característica da Administração, isto é, por execução prévia.

.....
E uma intervenção no exercício de atividades individuais, pois pressupõe a existência de normas de conduta dos indivíduos e a possibilidade da sua violação por estes. A polícia intervém nas atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais. Só aquilo que constitua perigo suscetível de projetar-se na vida pública interessa à Polícia, e não o que apenas afete interesses privados ou a intimidade das existências pessoais. Tudo o que é particular escapa ao domínio policial, enquanto não crie o risco de uma perturbação da ordem, da segurança, da moralidade, da saúde públicas.

Aliás o conceito de publicidade ou generalidade de certo interesse depende da evolução do Direito em harmonia com as transformações sociais. Matérias que numas épocas são consideradas de interesse privado (por exemplo a prestação de trabalho) passam noutras a constituir problemas de interesse geral com a projeção na ordem pública.”²²

O fato a ser constatado é que o art. 78, *caput*, supratranscrito enumera, exaustivamente, todo conteúdo possível de *interesse público* e, pois, de *ordem pública*.

É definição legal, complementada na de *regularidade* do exercício do poder de polícia, que *pressupõe* (parágrafo único):

- a) *competência* do órgão, que é sempre de *outorga legal*;
- b) exercida *nos limites da lei aplicável*, o que condiciona também à lei o emprego dos meios utilizáveis para prevenção do perigo que a Administração pretende abortar, exigindo-os *proporcionais* à respectiva dimensão;
- c) com observância do *processo legal*, que impõe reverência à *forma*, revestimento externo dos atos praticados no exercício de poderes administrativos, igualmente prescrita em lei;
- d) sem *abuso ou desvio de poder*, cujos contornos a jurisdição administrativa francesa traçou nos recursos por “*excès*” ou por “*détournement de pouvoir*”.

²² Caetano, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 339/341.

A definição legal de *regularidade*, inferida dos pressupostos que a asseguram ou avalizam, pode ser contrastada com a de *irregularidade*, também dedutível da lei, de vez que a reguladora da ação popular (Lei federal n.º 4.717, de 29 Jun 65) enumera, no seu art. 2.º, os casos de *nullidade* dos atos praticados pela Administração (*incompetência*, vício de *forma*, *ilegalidade* do objeto, *inexistência* dos motivos e *desvio* de finalidade), conceituando-os normativamente.

3.4 *Legalidade e discricionariedade*

Se a Administração existe para *dar execução à lei* e, segundo ela, colimar o *interesse público*, que se realiza na ordem pública, é inconcebível que possa obrar contra a lei, fraudando a consecução do interesse acima indicado e subvertendo, ela própria, a ordem pública.

Entretanto, a lei não pode prever tudo e circunstâncias conjunturais, em permanente mutação, não podem deixar de ser administradas simplesmente “porque a lei não lhes previu a ocorrência”, o que significaria, em si mesmo, periclitacão evidente da ordem pública.

O conteúdo da ordem pública e a definição dos meios indispensáveis para preservá-lo, em circunstâncias não previstas em lei, têm de ficar, assim, à responsabilidade da Administração, cuja *competência* tem de ser entendida geral para a realização desse *interesse público* eventualmente indefinido.

Competência e *finalidade* são indiscutivelmente *de lei*: assim também a *forma* dos atos praticados pela Administração. *Motivos* e *objeto* nem sempre comportam prévia definição legal, mas a Administração não se pode omitir na utilização de prerrogativas que a lei lhe confere para realizar um fim sempre determinado ou determinável, em quaisquer circunstâncias – o interesse público – segundo critérios de *conveniência* e *oportunidade*. Tais critérios delimitam, *dentro da legalidade*, a *discricionariedade*. *Discricção administrativa* não se confunde, portanto, com *arbitrio*, ilegalidade que se configura, sobretudo, no *abuso* ou no *desvio de poder*.

Como contrastar, porém, com a lei, critérios de conveniência e de oportunidade, o exercício de “atividade que a lei tenha como discricionária”, para aferição da eventual regularidade de atos de polícia administrativa?

Essa a questão sobre a qual assim se manifesta Garcia de Enterría: A discricionariedade, disse Hans Huber, “é o cavalo de Tróia dentro do Estado de Direito”.²³

Os riscos inerentes ao inimigo dentro das muralhas de defesa já se encontram, porém, bastante minimizados. Para isso contribuiu eficazmente a atuação da jurisdição administrativa, construindo jurisprudência de base sólida e inegável valia, não tendo sido menos relevante no mesmo sentido a evolução legislativa que se veio a consubstanciar, por exemplo, na conceituação de *vícios dos elementos de atos praticados* pela Administração, como acima verificado na citação do art. 2.º de nossa lei federal reguladora da ação popular.

Assim, a aferição da legalidade se tornou paulatinamente possível, mesmo quando se trate de “atividade que a lei tenha como discricionária”, à luz de conceituações legais dessa natureza; também se tornou possível mediante construções teóricas como as brevemente mencionadas, a seguir:

²³ Garcia de Enterría, Eduardo e Fernandez, Torres Ramon. *Curso di Derecho Administrativo*. Madrid. Ed. Civitas, 1977, I, p. 270.

a) a dos “motivos determinantes”, de Jéze, consagrada posteriormente em textos legais conceituadores da “inexistência dos motivos”;

b) a dos “conceitos jurídicos indeterminados” (“incapacidade permanente para o exercício de funções”; “ordem pública”, “calamidade pública”; “medidas adequadas ou proporcionais”; “justo preço” etc), mediante fixação do entendimento no sentido de que não permitem em sua aplicação uma pluralidade de soluções justas, senão uma solução apenas em cada caso”.²⁴

A teoria dos conceitos indeterminados veio permitir, ainda que não totalmente, a redução da discricionariedade à legalidade: na atividade que a lei tenha como discricionária, o poder de polícia se exerce para realização de um *interesse público*, conceito indeterminado cuja utilização somente admitiria, em cada caso concretamente apreciado, *uma única solução justa*.

c) a dos “princípios gerais do direito”, como o da igualdade jurídica, em matéria de direito edilício, por exemplo, quanto a decisões deixadas ao campo da discricção administrativa.

Problema de maior relevo, pelas conseqüências, sobrevém, em verdade, do exercício discricionário do poder de polícia em “circunstâncias excepcionais”.

3.4.1 “Circunstâncias e poderes excepcionais”

Há casos de discricionariedade em que a *extensão excepcional* do poder de polícia assume tais características que pode gerar impressão de que esteja situado, extralegalidade, em campo de arbítrio. Mas, assim como, em matéria penal, estão legalmente previstas as “causas excludentes” da *legítima defesa* e do *estado de necessidade*, a *legítima defesa* da ordem ou do interesse público, em circunstâncias excepcionais, não se contrapõe à legalidade e aos princípios do Estado de Direito.

A par da construção, pela jurisdição administrativa francesa, da teoria da extensão do poder de polícia à base das “circunstâncias excepcionais”, a legislação francesa prevê tal extensão em duas hipóteses: a do *estado de sítio* (caso de “perigo nacional”) e a do *estado de urgência* (“casos de atentados graves à ordem pública ou calamidades públicas”). A essas duas hipóteses o art. 16 da Constituição francesa de 1958 acrescentou a dos “poderes excepcionais do Presidente da República” assim comentada:

“Ces pouvoirs dépassent très largement le domaine de la police, puisqu’ils peuvent s’étendre à toutes les mesures exigées par les circonstances; mais ils jouent au premier chef dans ce domaine et autorisent la suspension de toutes les libertés publiques tant qu’ils demeurent en vigueur.”²⁵

OU, EM PORTUGUÊS: “Esses poderes ultrapassam muito largamente o domínio da polícia, pois que se podem estender a todas as medidas exigidas pelas circunstâncias; mas ocupam o lugar principal nesse domínio e autorizam a suspensão de todas as liberdades públicas enquanto estejam em vigor.”

O estado de sítio, as medidas de emergência e o estado de emergência, constitucionalmente previstos entre nós (arts. 156, 155 e 158), têm correspondência com os casos de extensão excepcional dos poderes de polícia do direito francês.

²⁴ Id. *ibid.*, p. 273.

²⁵ Rivero. Jean. *Op. cit.*, p. 423.

4. *Análise Conjuntural*

Prestam-se aos objetivos da abordagem conjuntural do tema os tópicos que serviram de motivo à introdução e que se complementam nos que se seguem:

4.1 *Polícia econômica e ecológica*

“AMBIENTE

SOLUÇÃO PARCIAL

Governo baiano desativou uma parte da fábrica que poluía, mas não resolveu o impasse.

Os moradores de Candeias, município da Grande Salvador, Bahia, receberam no Natal o presente que há muito tempo esperavam: a desativação da Companhia de Carbonos Coloidais (CCC), que nos últimos meses havia aumentado, de forma ostensiva, a emissão de negro-de-fumo. Desde 1974 o *Conselho Estadual de Proteção Ambiental* (Cepam), vem notificando, autuando, concedendo prazos e impondo multas à CCC, a qual, no entanto, reagia não recolhendo as multas ou interpondo recursos contra o Cepam a fim de ganhar tempo.

Coube à população apressar o processo, saindo às ruas em fins de novembro em passeata de mil pessoas. Solidária a cidade parou. O prefeito nomeado, David Caldeira, havia estado em Brasília reclamando providências da *Secretaria do Meio-Ambiente*. O fechamento da empresa, porém, deixou a cidade tensa: além da ameaça de desemprego de 180 pessoas, alguns moradores dizem que estão comemorando apenas “o primeiro turno do campeonato”, *enquanto aguardam a decisão do Presidente da República, única autoridade capaz de validar ou não a desativação definitiva da fábrica.*

De fato, para não contrariar o decreto federal, o Cepam desativou apenas duas das três linhas de produção, deixando que a terceira funcionasse com limite de produção máxima de 3 toneladas diárias, iguais a 2% de sua capacidade. Contudo, o desejo dos moradores de Candeias é que a CCC seja realocizada, hipótese que conta com a simpatia do Cepam, por entender esse órgão que a CCC despertou, em nível exacerbado, a antipatia da população. O Secretário do Planejamento, Antônio Osório Batista, que também preside o Cepam, sugere que a fábrica inclua no seu projeto de ampliação que está tramitando na Sudene a realocização na área do complexo petroquímico de Camaçari. E, para não parecer imposição, ele se dispõe a aprovar o projeto de ampliação em Candeias, desde que sejam cumpridas as exigências de proteção ambiental.

Em seus primeiros anos de funcionamento desde a implantação em 1960 pela Philips Petroleum, a CCC não despertou a animosidade da população: sua produção era pequena e *não existia o bairro de Nova Brasília hoje* densamente povoado. Mas nos anos 70, com o aumento da produção e já transferida para o Grupo Atala a poluição se agravou e a população começou a se inquietar. Apareceu um

grande número de complicações respiratórias e casos de conjuntivite atribuídos à fábrica, mas a CCC se defendia alegando que pesquisas realizadas na Universidade de Oklahoma haviam demonstrado que mesmo injeções subcutâneas de negro-de-fumo são inócuas. O diretor técnico-científico do Centro de Pesquisas e Desenvolvimento da Bahia (Ceped), José Adeodato, admite que o negro-de-fumo não é uma substância tóxica, mas que “isto não o isenta de potencializar toxidez”, ou seja, de absorver toxidez de outras substâncias e transmiti-la ao organismo humano.

Desconhece-se, contudo, o grau de morbidade da poluição da CCC. O Dr. José Cincura Siqueira, do posto médico de Candeias, estima que 30% das pessoas que lá se apresentam sofrem de doenças respiratórias, mas entende que só um levantamento epidemiológico poderá estabelecer o nível de vinculação entre as descargas da CCC e a saúde da população. Outro médico, o Dr. Wilson Melo, vê a necessidade do censo apenas para dar uma satisfação à fábrica, porque “uma substância não precisa ser tóxica para agredir a saúde – basta que a pessoa seja alérgica ao negro-de-fumo ou a qualquer outra partícula para sofrer reações alérgicas”. Ao nosso correspondente em Salvador, José de Castro Valverde, o médico dizia, na semana passada, que “hoje ainda não atendi ninguém com doença respiratória, mas se a CCC estivesse operando dificilmente haveria tanta paz aqui”.²⁶

A hipótese é, a um só tempo, de polícia econômica e ecológica – para cujo exercício são competentes, concorrentemente, a União, os integrantes da Federação e os Municípios – e repete até certo ponto, em proporções reduzidas e posições invertidas, as circunstâncias que determinaram ao Clube de Roma, quando de seu surgimento, a proposta do “Crescimento Zero”.

A polícia ambiental ou ecológica envolve interesse público eminentemente definido por “circunstâncias locais”, de âmbito municipal. Mas é constitucionalmente da União a competência para “estabelecer e executar planos nacionais de educação e saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento” (art. 8.º, XIV) e para “intervir, mediante lei federal, no domínio econômico” (art. 163).

É federal, destarte, o Decreto-lei n.º 1.413, de 14 Ago 75, que dispõe sobre “as medidas necessárias a prevenir ou corrigir os inconvenientes e prejuízos da poluição e contaminação do meio ambiente em consequência de atividades industriais” (art. 1.º), fazendo depender exclusivamente do Poder Executivo (federal), *em casos de descumprimento da lei, pela não-adoção de medidas indicadas*, denúncia ou suspensão de funcionamento de indústria considerada “de alto interesse do desenvolvimento e da segurança nacional” (art. 2.º), como o foi, em regulamentação federal (Decreto n.º 81.107, de 22 Dez 77), a indústria química e petroquímica.

4.2 Polícia econômica e de segurança

A conjuntura é inflacionária e movimentos grevistas eclodiram por todo o primeiro semestre, inclusive no seio do funcionalismo público...

²⁶ Solução parcial. VISÃO, São Paulo, 21 de janeiro de 1980, p. 36.

O pensamento lúcido do Presidente Giscard d'Estaing, que trouxe à colação no ano passado, a propósito do tema, ganhou atualidade e pertinência ainda maiores:

“ ... la lutte contre l'inflation est indispensable au progrès de notre société.

.....
“Bien entendu, *une responsabilité* incombe à la puissance *publique* dans la lutte contre la hausse des prix. Il lui revient, par son action générale, notamment budgétaire et monétaire, d'assurer les équilibres économiques fondamentaux. Il lui appartient également, *par tous les moyens* dont elle dispose, *réglementaires, administratifs, incitatifs*, de lutter contre les comportements abusifs, d'imposer, là ou elle fait défaut, une concurrence véritable, de donner elle-même l'exemple de la rigueur.

Mais ce serait une erreur de penser que dans une société pluraliste, la lutte contre l'inflation puisse être l'affaire de l'État seul.

Il est conforme à la nature d'une telle société que les *agents économiques* disposent d'une marge *d'initiative* et de *liberté* dans leur action. Cette marge peut être plus ou moins étendue, selon ce que les circonstances imposent. Mais elle doit rester substantielle, sauf à tomber dans le système de la planification autoritaire et du collectivisme. *En particulier, la libre discussion des rémunérations, avec son corollaire, le droit de grève, est un élément fondamental de la vie d'une société pluraliste.*

Mais que dit liberté dit aussi responsabilité. La responsabilité de chacun des partenaires économiques et sociaux, et en définitive de chaque citoyen, à l'égard de la modération des prix et des revenus, est une donnée fondamentale de notre société. Nul ne peut ni la contester, ni s'y dérober. Là encore, il appartient à l'opinion, par la force de ses jugements, d'obliger les uns et les autres à en prendre conscience et à l'assumer. Elle doit être, dans ce domaine, le plus sur et nécessaire *appui de l'action des pouvoirs publics.* C'est ce qu'on appelle la *confiance et qui est aussi la raison.*

L'excès des inégalités, en entretenant convoitises et ressentiments, donne à l'inflation un ressort puissant. La lutte contre les inégalités est l'une des conditions de l'action anti-inflationniste.

D'autre part, ce qu'il y a souvent d'inhumain dans la vie urbaine et industrielle d'aujourd'hui encourage inévitablement la recherche de compensations, même seulement apparents, dans *l'augmentation excessive des rémunérations.* L'amélioration progressive du cadre de vie, le rééquilibrage de notre géographie humaine au profit des zones rurales et des petites villes, le développement des services publics essentiels à l'agrément de la vie quotidienne sont donc aussi, à leur manière, et à plus long terme, des armes contre l'inflation.

Reflet des tensions de la vie sociale, l'inflation est un baromètre des difficultés qu'éprouve une société libre à accomplir son progrès dans l'équilibre. Aussi, l'élimination durable de l'inflation sera, pour la démocratie française, un objectif majeur.

.....
"La violence collective pose à notre démocratie des problèmes d'une autre nature.

La violence sociale revêt des formes multiples. Elle apparaît bien avant de se manifester par des désordres physiques. Dès qu'une force, dès qu'un pouvoir, dès qu'un groupe se laisse conduire de façon excessive par son intérêt ou sa passion sans égard pour le bien commun, il introduit la violence dans la société. Et, tôt ou tard, il la subira à son tour.

C'est vrai de L'entreprise. Il est normal qu'elle cherche à produire des richesses, car elle est dans son rôle. Mais si elle le fait au mépris de la sécurité ou des conditions de travail de son personnel, de la bonne foi de ses clients ou de l'environnement naturel, bref des intérêts sociaux avec lesquels la recherche du gain est en conflit, elle commet une violence sociale, qui est ressentie comme une agression par ceux qui en sont les victimes.

C'est également vrai des *organisations de masse* de toute nature. Quelles défendent les intérêts de leur membres, rien de plus normal. *Mais si elles fixent systématiquement des exigences qu'elles savent inacceptables pour l'autre partie, si elles recherchent, non le compromis, mais la défaite de l'autre ou la rupture, si, pour faire sentir leur puissance, elles tirent avantage de la fragilité des édifices complexes, aux mécanismes délicats, que sont les sociétés modernes, alors elles commettent un acte de violence sociale.*"²⁷

A greve "não é permitida nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei" (Constituição, art. 163) e o Decreto-Lei federal n.º 1.632, de 04 Ago 78, as define.

Greves eclodiram, foram declaradas ilegais, reclamou-se, de um lado, cumprimento da lei pelo Governo, de outro, invectivou-se o Governo pela adoção de determinadas medidas. O trecho que se segue é elucidativo da segunda posição:

"Na recém-terminada greve dos metalúrgicos do ABC paulista, para muitos configurou-se uma situação que estaria a exigir a aplicação pelo menos de algumas daquelas *medidas de emergência*. Mas o Governo preferiu ignorar os mandamentos constitucionais e... aplicou todas as providências, outrora chamadas salvaguardas, sem preocupar-se em obter as necessárias autorizações legislativas, nem cuidar de, cessado o perigo, prestar contas do que fez."²⁸

Já em 1929, Maurice Hauriou ensinava:

"Il en serait de même dans le cas de GRÈVES, PARTICULIÈREMENT MENAÇANTES POUR L'EXISTENCE DE L'ETAT (tentatives de grève générale; grève de fonctionnaires comme celle des employés des postes en 1909 ou comme celle des cheminots en 1909 et en 1920.

27 Giscard d'Estaing; V. *Democratie Française*. Paris, Fayard, 1976, pp. 122, 124-5, 140-1.

28 Mascaró; Eymar, Para fazer cumprir a lei. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 18 de maio de 1980, Caderno Especial, p. 6.

.....
Esmein et Nézaré reconnaissent aussi que la patrie ne doit pas être sacrifiée à la légalité: "Dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, le gouvernement nom seulement peut, mais doit commettre une illégalité." Au cours d'une discussion sur une grève des chemins de fer et la mobilisation d'une partie du personnel des compagnies, le président du conseil, Briand, disait à la tribune de la Chambre le 29 octobre 1910: "Si, en face d'une éventualité qui aurait mis la patrie en danger, le gouvernement n'avait pas trouvé dans la loi la possibilité de défendre l'existence de la nation... eut-il du recourir à l'illégalité, il y serait allé, son devoir eut été d'y aller" (8.e édit., t. II, p. 104). Cette solution n'est évidemment pas assez creusée, il faut ajouter: 1.^o que, si le gouvernement est sorti de la légalité, il n'est cependant pas sorti du droit, pourvu qu'il soit en état de légitime défense; 2.^o que le bill d'indemnité, qui est en général voté par les Chambres dans ces cas-là, ne doit pas s'analyser en une amnistie qui effacerait un acte coupable du gouvernement, le gouvernement n'ayant pas été coupable et ayant, au contraire, fait son devoir, mais en une simple légalisation.
.....

La vérité est que l'extension des pouvoirs de l'exécutif pour le temps de guerre, *et aussi pour le temps de grève*, devrait faire l'objet d'une loi établie d'avance, après mure, réflexion et aussi, peut être, après invitation insérée dans la constitution, ainsi qu'il avait été fait pour la loi de 1894 sur l'état de siège. Après les expériences de la guerre de 1914 et des grèves de ces vingt dernières années, cette loi ne serait pas difficile à rédiger. Il est maintenant démontré que *la loi sur l'état de siège est insuffisante, il faut donc la compléter par une loi sur l'état de guerre et sur l'état de grève.*"²⁹

4.3 Polícia urbanística

É de 19 de dezembro de 1979 a Lei Federal n.º 6.766, que "dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências", estabelecendo:

"Art. 1.^o - O parcelamento do solo para fins urbanos será regido por esta Lei.

Parágrafo único - Os Estados, o *Distrito Federal* e os Municípios poderão estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do *solo municipal* para adequar o previsto nesta lei às peculiaridades regionais e locais:"

.....
Art 53 - Todas as alterações de uso do solo rural para fins urbanos dependerão de prévia audiência do *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA*, do órgão *Metropolitano*, se houver, onde se localiza o município, e da aprovação da Prefeitura Municipal, ou do *Distrito Federal* quando for o caso, segundo as exigências da legislação pertinente."

²⁹ Hauriou, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*, Paris, Sirey, 2e. ed., 1929, pp. 452-3.

5. Tendência

Alain Plantey, na sua prospectiva do Estado, acena para a inevitável renovação deste em consequência da extensão da *participação e negociação sociais* nas suas decisões, que tendem a deixar de ser unilaterais e impositivas para, cada vez mais, tornarem-se coletivas, trazendo à Administração Pública o reforço da adesão e da disciplina espontâneas das comunidades administrativas.

Nesse sentido, observa:

“En tout état de cause, à côté du commandement, le pouvoir a toujours pratiqué la *négociation, la persuasion, l’impulsion*. Renoncer à certaines prérogatives peut avoir un effet rassurant, surtout si, en fait, leur usage n’est pas nécessaire. L’autorité comprendra mieux à l’avenir l’inutilité de l’écran juridique derrière lequel elle s’abrite habituellement, même dans des secteurs ou ses pouvoirs sont les plus étendus comme la police: une meilleure explication y évitera les recours aux procédés de coercition ou d’investigation pour beaucoup d’opérations de sécurité et de salubrité publiques.”³⁰

É também a conclusão de Plantey que julgo oportuno deixar à reflexão, como fecho deste trabalho:

“C’est avec une force très variable que l’évolution atteindra l’organisation et les rapports des pouvoirs constitutionnels, la structure et le fonctionnement des services et des juridictions, l’exercice et la garantie des libertés publiques et des droits sociaux, les administrations militaires, financières, techniques, et les relations internationales... Il faut que le changement, plus ou moins rapide, se fasse par un processus continu.

Cette situation ... se caractérise dans tous les Etats constitués, ou peut s’arbitrer le débat ancestral entre le danger et le profit. Mais elle ne doit pas faire oublier que l’appareil collectif coutera de plus en plus cher aux individus; il ne se soustraira pas à la grande loi de l’accroissement du pouvoir, quelles qu’en soient les motivations. On peut simplement l’espérer meilleur, plus efficace et plus juste.”

BIBLIOGRAFIA

1. Das “Prescrições Metodológicas”:

- Meirelles, Hely Lopes, Prof. – **O Poder de Polícia e a Segurança Nacional** – (39-123-73).
Neto, Diogo F. Moreira, Prof. – **O Poder de Polícia e a Segurança Nacional** – (T134-73).
Seabra Fagundes, Miguel, Prof. – **O Poder de Polícia, o Desenvolvimento e a Segurança Nacional** (T123-74).

30 Id. ib p. 301.

Meirelles, Hely Lopes, Prof. – **Direito Administrativo Brasileiro**, 3ª edição

Reale, Miguel, Prof. – **O Poder de Polícia, o Desenvolvimento e a Segurança Nacional** – (T123-75).

Netto, Carlos Siqueira, Prof. – **O Poder de Polícia, o Desenvolvimento e a Segurança Nacional** – (T114-78).

Dias, Francisco Mauro, Prof. – **O Poder de Polícia, o Desenvolvimento e a Segurança Nacional** – (T114-79).

2. A referenciada em notas de rodapé.

**Publicado originalmente na Revista nº 11 jan./jun. 1980, p. 99.*

PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR*

SUMÁRIO: 1 - *Introdução*. 2 - *Os princípios*. 3 - *Princípios jurídicos*. 4 - *Princípios informativos do direito administrativo*. 5 - *Princípio da hierarquia*. 6 - *Princípio da especialidade*. 7 - *Princípio da executoriedade*. 8 - *Princípio da continuidade*. 9 - *Princípio da presunção da verdade*. 10 - *Princípio da moralidade*. 11 - *Princípio da relação de administração*. 12 - *Conclusão*.

1. *Introdução*.

Ramo jurídico de formação recente, quando comparado com outros setores da Jurisprudência, o direito administrativo apresenta-se como um todo ainda inestruturado, *in fieri*, à mercê de outras construções tomadas de empréstimo ao direito privado.

Entretanto, conjunto autônomo, com *objeto próprio*, *método próprio* e *princípios informativos particulares*, reúne os pressupostos necessários para elaborar seus institutos, a partir das *categorias jurídicas*¹ que, trabalhadas antes de sua fixação no âmbito do direito comum, fornecerão, à luz duma canônica típica, os moldes específicos do direito administrativo.

Cumpra, pois, num reexame crítico deste setor do direito, investigar quais os *princípios informativos* ou *cânones informativos* que, ao lado dos dois outros requisitos assinalados - *objeto* e *método* -, assegurarão a legítima autonomia científica para este importante campo da Jurisprudência.

Os tratados especializados fazem referências, aqui e ali, a este ou àquele *princípio*, quando explicam um dado tema, desenvolvendo-o a partir da proposição básica. É, como se percebe, uma espécie de casuística filosófica, uma referência desligada e acidental, sem tomada de consciência do problema, em todo seu conjunto, sem atribuir-lhe a importância transcendente que na realidade tem.

Ressente-se nossa disciplina de tratamento sistemática dos princípios que a informam, faltando-lhe o estudo global *more geometrico* que os escalonasse, hierarquizando-os, em forma de pirâmide articulada, partindo-se da matriz suprema orientadora - predomínio do interesse público sobre o interesse privado, acompanhado do princípio da legalidade (*patere legem quam fecisti*), até os princípios menores ou secundários, reunidos, em bloco, depois de estudados nos diferentes capítulos, que configurariam pontos mais baixos da pirâmide principiológica até a base da figura, todos, porém, monoliticamente interligados, para permitir o delineamento jurídico-administrativo típico, fundamento de qualquer construção no campo das pessoas e das coisas públicas, das obrigações assumidas pelo Estado, das sucessões no direito público, do processo administrativo.

* Advogado e professor especializado na disciplina de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1 Ver nossos artigos: "As categorias jurídicas e o direito administrativo" e "Regime jurídico das fundações públicas, no Brasil", na *Revista de Direito Administrativo*, respectivamente, 85/28-33 e 90/459-469.

2. Os princípios.

Fundamenta-se o direito administrativo em um conjunto de proposições que se apresentam sob a forma de juízos do tipo S é P, mas que encobrem, na realidade, juízos do tipo S deve-ser P, ponto de partida para uma série concatenada de outras proposições, que a um exame acurado se revelam ou a premissa do sistema, ou a regra básica (ou série de regras básicas), em relação à qual (ou às quais) todo o edifício é levantado.

As regras básicas que justificam a construção posterior como um todo, deste ramo do direito, formam a *canônica* ou *principiologia*, reunião de *cânones* ou *princípios*, que garantem a autonomia do direito administrativo dentro do mundo jurídico, impedindo sejam confundidos institutos do direito privado com os símiles paralelos do direito público, em primeiro lugar; impedindo, depois, dentro agora do direito público, se identifiquem, confundindo-se, institutos peculiares a dois ramos gêmeos, mas distintos.

Não se empreendeu ainda estudo sistemático dos pressupostos filosóficos do direito administrativo, subordinado ao título *princípios informativos do direito administrativo*², encontrando-se apenas, de maneira esparsa e assistemática, conforme as circunstâncias, a referência específica a um determinado princípio, que se põe na raiz do tema desenvolvido, garantindo-lhe a validade, num momento restrito, numa construção individuada, tópica.

No entanto, mesmo os livros elementares de outras disciplinas, como, por exemplo, o processo civil, escolhido aqui *argumentandi causa*, fazem menção pelo menos ligeira aos princípios em que se estriba, desenvolvidos mais tarde, de maneira direta e profunda, nas obras dos grandes mestres, apenas enumerados, porém, nas demais, como que de passagem: o princípio lógico, o jurídico, o político, o econômico, o da economia do juízo.

O mesmo ocorre no campo do direito penal e do processo penal, em que a preocupação com as normas informativas básicas, em bloco, é constante.

Estudando o *direito do trabalho* e sua autonomia, autores como AMLETO ANGELETTI, *Principii di legislazione del lavoro*, 1938, pág. 62, ALFREDO ROCCO, *Principii di diritto commerciale*, 1928, pág. 161, PERGOLESI e BORSI, *Trattato di diritto del lavoro*: 1939, vol. I, pág. 45, citados por CESARINO JÚNIOR³ exatamente a propósito da importância dos *princípios informativos próprios* na configuração da autonomia daquela disciplina, estabelecem as condições necessárias e suficientes para que um ramo do direito se possa dizer independente.

Impõe-se, portanto, a principiologia ou sistemática dos princípios como preliminar insubstituível, num dado momento da elaboração científica, quando certa disciplina supera a fase empírica, estruturando-se em plano mais rigoroso.

Agora o edifício tem lineamento certo, a partir da base, assentando-se em juízos primeiros, que legitimam tôda a construção levantada para explicar um aspecto da realidade.

Pressupostos fundantes do sistema, garantem-lhe a validade, autenticando-o como capaz de traduzir as implicações da natureza, em si, ou da natureza, tendo o homem como sujeito atuante e dinâmico.

² *Princípios informativos do direito administrativo* é o título de uma das 25 teses que, em 1965, nos foram apresentadas para a prova escrita, no Concurso de Direito Administrativo (livre-docência), na Faculdade de Direito de São Paulo. Redigido, então, sai agora sob a forma de artigo com algumas modificações.

³ *Direito social brasileiro*, 4.^a ed., 1957, vol. I, págs. 98-99.

Sempre, porém, o princípio é proposição original e não fática, ponto de partida da estruturação lógica do sistema. Não é coisa, nem enunciado arbitrário, não é pura hipótese coerente de uma cadeia de raciocínios. É proposição que, embora referida ao mundo fático, tem uma índole não fática; é ponto de referência de uma série de outras proposições, ou por erigir-se em premissa primeira do sistema, ou por apresentar-se como norma referencial que apontará a ulterior construção sistemática.

Ponto essencial e indiscutível é o de que “tôda e qualquer ciência implica a existência de princípios, uns *universais* ou *onivalentes* (ou seja, comuns a tôdas as ciências); outros *regionais* ou *plurivalentes* (comuns a um grupo de ciências) e outros, ainda, *monovalentes*, por só servirem de fundamento a um único campo de enunciados”⁴.

Os *princípios universais* são, por exemplo, os chamados *princípios lógicos*, presentes em tôdas as ciências, como o *da identidade*, o *da não-contradição*, o *do terceiro excluído*, o *da razão suficiente*; princípios regionais são, por exemplo, o *da causalidade* e o *da sociabilidade*, válido o primeiro para as ciências denominadas físico-matemáticas, válido o segundo no campo das ciências sociais.

3. Princípios jurídicos.

As ciências jurídicas também se assentam em princípios, *princípios regionais* ou *plurivalentes*, em primeiro lugar, como ciências sociais, que são; em segundo lugar, repousam em princípios próprios, *monovalentes*, válidos apenas para êste setor do social, tudo isto, sem prejuízo da aceitação dos princípios lógicos universais, que se põem como fonte e diretriz das proposições das demais ciências, inclusive a jurídica.

Encontramos, assim, dentro do mundo jurídico, os *princípios gerais do direito*, aos quais se refere, por exemplo, a nossa Lei de Introdução ao Código Civil.

Ninguém se escusa, alegando ignorar a lei é princípio monovalente, verdadeira proposição no plano do dever ser, consubstanciador de um *postulado da razão prática jurídica*.⁵

Por sua vez, na hierarquia necessária dos princípios – universais, regionais, monovalentes –, inserem-se ainda outros princípios, que regulam setores especiais, dentro das regiões, aos quais denominamos de *princípios setoriais*.

No campo do direito, os *princípios setoriais* apresentam-se como proposições e diretrizes, típicas, que se colocam nos vários compartimentos em que se desdobra a ciência jurídica, validando as construções posteriores.

Temos, então, de um lado, os princípios do setor do direito privado, do outro os princípios do setor do direito público e, como se isso não bastasse, porque a exigência e rigor dos estudos exigiu novas divisões e subdivisões, encontramos princípios do direito civil, do processo, do direito comercial, do direito constitucional, do direito administrativo, do direito penal.

4. Princípios informativos do direito administrativo.

Teria o direito administrativo princípios próprios? Legitimar-se-ia, num plano científico de estudos, a indagação jurídico-filosófica a respeito de um conjunto de proposições monovalentes setoriais, colocadas na base do direito administrativo, informando êste ramo da Jurisprudência, a ponto de garantir-lhe a autonomia e a elaboração de institutos específicos, paralelos, mas inconfundíveis com os paralelos do direito comum?

4 MIGUEL REALE, *Filosofia do direito*, 4.^a ed., 1965, pág. 55.

5 MIGUEL REALE, *Filosofia do direito*, 4.^a Ed., 1965, pág. 56.

Há *princípios informativos do direito administrativo*? Quais são? Como se enunciam?

Uma primeira proposição tem acudido à mente dos administrativistas que cogitam do tema – o *interêsse público prepondera sobre o interêsse privado*.

Este princípio, *princípio da supremacia do interêsse público*, que informa tôda construção do direito administrativo, norteando a ação dos agentes, na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes, nas diversas fases dos processos nomogenéticos, de maneira alguma é *princípio setorial*, típico, específico, peculiar ao direito administrativo, porque é comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos, já que se encontra na base de tôda processualística, bem como na raiz do direito penal e do constitucional.

Não há lei que não atenda ao interêsse coletivo; não há processo que não procure concretizar o equilíbrio social, dando razão a quem a tem, mediante a efetivação de medidas indiscriminatórias, que afastam a pretensão pessoal, quando esta não coincide com o ideal-arquétipo de justiça eleito pela coletividade a que pertençam os demandantes; não há, enfim, mesmo nos atos administrativos de caráter individual, a ausência da supremacia do público sobre o privado.

Uma segunda proposição atrai a atenção dos administrativistas – *suporta a lei que tu mesmo fizeste (legem patere quam fecisti)*⁶, juízo categórico e necessário, segundo o qual a administração está submetida à lei, lei que ela própria pode ter editado, o que configura o denominado *princípio da legalidade*⁷ ou da *legalitariedade*⁸, adotado de modo expresso pelo nosso direito positivo⁹, como, aliás, pelos dos diversos sistemas jurídicos contemporâneos¹⁰.

O *princípio da legalidade*, que informa todos os setores do direito administrativo, mais extenso ainda do que o anterior (preponderância do público sobre o privado), não somente assume relevância no âmbito do direito administrativo e do direito público como se acha na base de todos os ramos do direito.

É o grande princípio que domina a atividade administrativa – o da *submissão da administração à legalidade lato sensu* –, sentido em que se toma hoje, na linha tradicional da antiga fórmula Estado legal ou Estado de direito. Com base neste princípio é que o moleiro de Sans Souci, numa intuição genial, se opõe à pretensão despótica do imperador que lhe quer desapropriar o moinho (“Há juízes em Berlim”).¹¹

Nem o princípio “o interêsse público prevalece sobre o interêsse privado”, nem o princípio “suporta a lei que fizeste”, o primeiro denominado *princípio do interêsse público dominante* e o segundo princípio da *legalidade*, são específicos do direito administrativo, insuficientes, portanto, ambos, para conferir a êste ramo do direito os foros de autonomia, visto informarem também outros ramos da ciência jurídica.

Cumpre, então, à doutrina, descobrir uma série de princípios exclusivos do direito administrativo, proposições que fundamentem os institutos dêste ramo jurídico e lhes confiram credenciais inequívocas, que os estremem dos congêneres de outros campos.

6 WALINE dá ao princípio a forma “legem patere quam ipse fecisti” (*Droit administratif*, 9.^a ed., 1963, pág. 463). CAIO TÁCITO prefere a forma sucinta “legem patere quam fecisti”, em RDA, 90/23. Ver nosso *Tratado*, 1966, vol. I, pág. 17.

7 LÉON DUGUIT, *Lçons de droit public général*, pág. 274.

8 Denominação preferida por PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, pág. 70.

9 Nas várias constituições, vigora o princípio: “Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

10 Sobre legalidade ocidental e socialista, ver LAUBADÈRE, *Traité élémentaire*, 3.^a ed., 1963, vol. I, pág. 194.

11 Ver do autor *Do desvio de poder*, 1964, págs. 13-14, nota 10.

No campo do direito processual administrativo, a questão é bastante simples, porque dum modo geral estamos diante de *processo* e os princípios informativos dêste, comuns a tôda processualística, se acham presentes naquele. Celeridade. Economia Processual. Ampla defesa. Contraditório.

No campo do direito substantivo administrativo, a questão é mais complexa, porque inexistem estudos sôbre o assunto e os princípios, específicos e inconfundíveis, nem sequer foram submetidos a um primeiro trabalho de triagem, para a análise crítica posterior.

Referidos aqui e ali pelos autores, quando examinam êste ou aquêlê instituto, ou bloco de institutos, os *princípios informativos do direito administrativo* despontam como que acidentalmente nas obras doutrinárias, reclamando, na atual fase construtiva da disciplina, um tratamento direto e global.

Alusões a elementos básicos, tais como a *hierarquia*, a *especialidade*, a *executoriedade*, a *continuidade*, a *presunção da verdade*, a *moralidade*, impõem uma investigação de caráter mais profundo para que se averigüe até que ponto é possível alçar êsses índices como proposições fundantes de uma estruturação diferenciada e autônoma.

5. Princípio da hierarquia.

Hierarquia é a relação de coordenação e de subordinação dos órgãos do poder executivo, marcando a autoridade escalonada de cada um.¹²

O *princípio da hierarquia* informa apenas o setor administrativo, é típico do âmbito do poder executivo, vigora num campo regido pelo direito administrativo, inexistindo na área regulada pelo judiciário e pelo legislativo.

No poder judiciário, o que existe é a *gradação de autoridade*, estabelecida por meio das *instâncias* ou *graus de jurisdição*. Realmente, uma das conseqüências da hierarquia é a possibilidade que tem o superior de praticar os atos que competem ao inferior. Na organização por instâncias, tal não se dá: cada uma funciona em esfera diferente da outra e é com ela incomunicável. O Tribunal não pode praticar atos da competência do juiz de primeira instância, não pode processar e julgar a qualquer momento uma ação qualquer, a não ser as da sua competência. Enfim, o Tribunal não tem a faculdade de dar ordens, nem de substituir-se ao juiz de inferior instância.

Dêsse modo, ao passo que na hierarquia administrativa, o superior, independentemente de provocação do interessado, pode modificar ou reformar o ato de seu subordinado, desde que julgue dever assim proceder, tal não se verifica no âmbito do poder judiciário, onde sômente mediante provocação do interessado, ou seja, através do *recurso*, o superior intervém no ato ou ação do que lhe está subordinado.

A tal ponto a incomunicabilidade de instâncias é observada que, quando o legislador entende que é caso de reexame, manda que haja recurso por parte do próprio juiz (recurso *ex officio*). No poder legislativo, também não existe hierarquia, mesmo quando o sistema é bicameral, onde a câmara alta não é superior à câmara baixa, pois, nesses casos, o que há é discriminação de funções.

Isso não significa que não exista *hierarquia*, no âmbito do poder judiciário e no do legislativo. Há, mas apenas naquilo que cada um dêsses poderes tem de administrativo, de organização. A organização administrativa dêsses poderes funciona na base hierárquica. No que é específico a cada um dêles, não. Nem no processo que culmina com o *ato jurisdicional*, nem nos vários procedimentos nomogenéticos que se completam com a promulgação da

¹² Ver nosso *Tratado de direito administrativo*, 1966, vol.I, pág. 98.

lei está presente a *hierarquia*. O Senado não dá ordens à Câmara. Desembargadores não ditam ordens aos juízes, nem os Ministros do Supremo Tribunal Federal são superiores hierárquicos dos componentes dos vários Tribunais de Justiça dos Estados.

Hierarquia e administração caminham paralelos. Não pode haver administração sem hierarquia.

Do princípio da hierarquia, específico do direito administrativo, decorrem conseqüências, como a unidade de direção, a vigilância dos superiores sobre os inferiores, a substituição do inferior pelo superior, a revisão dos atos dos subordinados, a aplicação de sanções, o dever de obediência, a resolução dos conflitos de atribuição.

Todos êsses institutos são informados pelo *princípio da hierarquia*, presente em todos os degraus da pirâmide administrativa, do vértice à base, possibilitando que a administração, como um todo homogêneo, compacto, harmônico, concretize os altos fins que tem em mira.

Onde quer que se fale em administração se falará em hierarquia. Ora, o direito administrativo é, por excelência, o direito relativo à administração¹³.

Logo, o *princípio da hierarquia*, respeitadas as áreas de suas respectivas competências e atribuições, está presente em todos os momentos e em todos os recantos do direito administrativo. É proposição básica, setorial, viga mestra da administração, orientadora constante do administrador.

6. Princípio da especialidade.

O *princípio da especialidade* está presente no setor das pessoas jurídicas públicas não territoriais. Estas, autarquizando-se, fixam-se num determinado ponto para a concretização de fins especiais. São o próprio Estado, descentralizando-se. As pessoas jurídicas públicas institucionais ou autárquicas não têm suas atividades livres, sendo-lhes interdito praticar atos inespecíficos, atos que se afastam do objeto particular que lhes é inerente.¹⁴ Baseando-se nesse princípio é que o direito proíbe às pessoas públicas a aceitação de *doações* e *legados*, que as obrigasse, por exemplo, a atividades estranhas à sua especialidade, como no caso de hospital a quem se fizesse uma doação vinculada ao funcionamento, em suas dependências, de um estabelecimento de ensino¹⁵. Ou vice-versa. Faço uma doação à autarquia com a cláusula de nela funcionar um hospital, sendo a autarquia um instituto de ensino.

Quando se confere personalidade jurídica a um agrupamento ou a uma autarquia, reconhece-se oficialmente que tais entidades perseguem um fim que merece ser protegido pelo direito, afirma-se que o interesse coletivo que deve ser atendido merece ser representado na vida jurídica¹⁶.

7. Princípio da executoriedade.

Diante dos administrados a administração movimenta-se com superioridade, através de sua potestade de império (*potestas imperii*). Dêsse modo, faz atuar sua vontade diretamente, mediante pronunciamentos rápidos, sem recorrer a tribunais para acertar sua atitude, em um juízo prévio de cognição e obter, da parte dêste, o que pretende com a execução da sentença¹⁷.

13 OTTO MAYER, *Derecho administrativo alemán*, 1949, vol. I, pág. 17.

14 GEORGES VEDEL, *Droit administratif*, 3.^a ed., 1964, pág. 484.

15 GEORGES VEDEL, *Droit administratif*, 3.^a ed., 1964, pág. 484.

16 MASPÉTIOL e LAROQUE, *La tutelle administrative*, 1930, pág. 69.

17 RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.^a ed., 1945, pág. 126 e nosso *Tratado*, 1966, vol. II, pág. 65.

Semelhante posição privilegiada da administração, diante do administrado, que lhe confere a excepcional faculdade de pôr em execução com os próprios meios de que dispõe, inclusive *manu militari*, os atos administrativos editados, sem o prévio cuidado de submeter tais decisões à apreciação da autoridade judiciária, é decorrente daquilo que os autores franceses denominam de *privilège du préalable* ou *privilège d'action d'office*.

Contrariando o princípio da *nulla executio sine titulo*, que vigora no campo do processo, informando-o, como uma das categorias jurídicas inquestionáveis, o princípio da *executoriedade* ou, como querem alguns, da *auto-executoriedade* do ato administrativo, é da mais alta importância, porque está na base de toda teoria do ato administrativo, justificando sua imediata entrada em ação, assim que editado, de maneira válida. O pronunciamento do órgão competente passa a atuar de imediato, produzindo efeitos no mundo do direito.

Fundamenta-se a executoriedade não só na natureza pública da atividade que, por meio dos atos executórios, a administração traduz sua vontade, como também na concretização rápida dos interesses coletivos, em benefício dos quais se produzem os referidos atos.

A faculdade de exigir coativa e diretamente a execução dos próprios atos deriva do próprio conceito de *poder público* e é essencial a êste.

Sem tal prerrogativa, o interesse público ficaria equiparado e, por vezes, preterido em face do direito privado, ao mesmo tempo que a vontade do Estado seria inoperante, por inócua. O caráter público da potestade administrativa matiza o ato executório e dá-lhe a força necessária para atuar, realizando a aspiração de grande parte da coletividade, da qual o Estado é o intérprete máximo.

A necessidade de manter a ordem pública exige, às vezes, medidas materiais, de execução rápida, como, por exemplo, a remoção imediata de veículo em via pública de grande movimento, impedindo o trânsito de outros veículos ou dificultando-o.¹⁸

8. Princípio da continuidade.

O serviço público, não obstante seja conceptualmente discutidíssimo, envolve aspectos de realidade inegável, sendo mesmo a própria essência do Estado.

Coube a DUGUIT a primazia de haver elaborado, na França, a *teoria do serviço público* e de ter sido o primeiro a introduzir tal noção no conceito jurídico de Estado.

Propondo a substituição da noção de *soberania* pela de *serviço público*, mostrou DUGUIT que o Estado não é, como se pretendeu fazer crer e se acreditou que era, uma soberania, mas uma *cooperação de serviços públicos*, organizados e fiscalizados pelos governantes. A noção de *serviço público* é capital. Em torno dela gravita todo o direito público moderno.¹⁹

À noção de serviço público corresponde, na prática, o serviço público em concreto, que, pela importância de que se reveste, jamais pode ser interrompido.

Daí, por exemplo, ser vedada a *greve do funcionário público*²⁰, o que acarretaria a paralisação dos serviços, a quebra da continuidade das atividades estatais, com irreparáveis prejuízos para todos.

18 DUEZ e DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, 1952, pág. 526.

19 DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3.^a ed., vol. I, pág. 223.

20 Ver nosso *Tratado de direito administrativo*, 1967, vol. III, pág. 370.

9. Princípio da presunção da verdade.

O Estado é o tutor do direito. Entidade que age para a consecução dos fins que a todos interessam, realiza atos que não se dirigem a satisfazer caprichos humanos, de natureza egoística. O coletivo e o altruísmo caminham paralelos, contrapondo-se ao individual, ao pessoal, ao particular.

Os atos editados pelo Estado trazem, pois, em si, a presunção da verdade ou da veracidade. Fazem fé. Não há interesses privados em jogo. Nas peças informativas fornecidas pelos agentes públicos, a administração oferece ao interessado (funcionário, administrado, outras entidades públicas) o certo, o verdadeiro, o exato.

Exemplo evidente temos na ação executiva fiscal, quando se exige que a “a dívida seja líquida e certa, ou seja, determinada pela respectivas espécie, qualidade e quantidade, exprimindo valor perfeitamente determinado, traduzido em números aritméticos – *liquidez* – bem como provada pelos meios adequados, como certidão autêntica, extraída dos livros próprios especialmente destinados por lei à sua inscrição – certeza. Como os atos da administração são informados pelo *princípio da presunção da verdade*, o ato unilateral que fixa o direito creditório desfruta do privilégio da verdade, até prova em contrário, fazendo fé, nesse particular, os documentos da própria administração”.²¹

10. Princípio da moralidade.

No estudo do ato administrativo, a partir das pesquisas realizadas, na França, por MAURICE HAURIOU²² e HENRI WELTER²³, citados pela autoridade de CAIO TÁCITO, em relevante contribuição pioneira, entre nós, do instituto do *desvio de poder*²⁴, o problema ético, no campo do direito público, é apresentado, assinalando-se que “a noção do excesso de poder é muito mais extensa do que a de legalidade; corresponde à moral, que é mais ampla do que o direito”.²⁵

No Brasil, o artigo 7.º do Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930, admitia a anulação dos contratos que fôssem contrários à moralidade administrativa.

Entende SEABRA FAGUNDES também que a ação popular, prevista no artigo 141, parágrafo 38, da Constituição Federal de 1946, corresponde ao contrôlo jurisdicional da moralidade do ato administrativo.²⁶

Embora não aceitemos o *princípio da moralidade* como idôneo, por exemplo, para justificar a nulidade do ato administrativo, que “provém de conflito irreconciliável com a essência da norma legal, com o conteúdo do direito positivo”²⁷, não obstante também sustentarmos que “não é porque seja imoral ou inconveniente que a manifestação de vontade do agente deixa de adquirir eficácia jurídica, mas porque violou a lei, ou em sua letra ou em seu espírito”²⁸, forçoso é reconhecer, entretanto, que “o conceito de legalidade contém, necessariamente, uma invocação sociológica. A lei não é um produto arbitrário, gerado artificialmente pela vontade dos órgãos legislativos. Ela reflete e corporifica as tendências do meio social, da ordem econômica e política”²⁹.

21 Ver nosso *Tratado de direito administrativo*, 1967, vol. III, pág. 370.

22 *La jurisprudence administrative de 1892 a 1929*, vol. II, pág. 375.

23 *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, 1929.

24 CAIO TÁCITO, *Desvio de poder em matéria administrativa*, 1951, págs. 29-30.

25 HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 a 1929*, vol. II, pág. 375.

26 SEABRA FAGUNDES, em RDA, 6/19 e CAIO TÁCITO, *Desvio de poder*, 1951, pág. 30, nota 3.

27 CAIO TÁCITO, *Desvio de poder em matéria administrativa*, 1951, pág. 30.

28 CAIO TÁCITO, *Desvio de poder em matéria administrativa*, 1951, pág. 30.

29 CAIO TÁCITO, *Desvio de poder em matéria administrativa*, 1951, pág. 30.

11. Princípio da relação de administração.

Antes de Ruy Cirne Lima não se estudara entre nós a *relação de administração*, no âmbito do direito, relação da mais alta importância porque “domina e paralisa a de direito subjetivo”³⁰, erigindo-se em “base última da construção sistemática de nossa disciplina”³¹.

Não quer dizer que a *relação de administração* se limite a um só campo do direito. É conhecida pelo direito privado como pelo direito público, mas é no direito administrativo que a relação de administração adquire a plenitude de sua importância.³²

Pois bem, informando inúmeros institutos do direito administrativo, a *relação de administração* se impõe como fundamental. “Os elementos estruturais da relação jurídica (pessoas, bens e atos), ainda que ambivalentes, são, no direito administrativo, conformados e adaptados primariamente à ordem que, pela relação de administração, se estabelece”.³³

12. Conclusão.

O estudo da *principiologia administrativa* está ainda por fazer-se, no direito administrativo universal e no direito brasileiro. Nem sequer se levantou o problema em obra especial sobre o tema, livro ou artigo, subordinado à epígrafe em questão.

No entanto, a denominada *crítica dos princípios*, em fase posterior à exposição ordenada das proposições, é tarefa obrigatória nas disciplinas que atingiram elevado grau de estruturação e maturidade.

Superada a fase empírica, atinge-se a fase científica. Desta, chega-se à fase filosófica, em que todo o edifício é reelaborado à luz de princípios que se inserem no alicerce da construção, dignificando a disciplina, dando-lhe autonomia e impondo-a, como legítima e idônea para explicar, num alto plano, o setor do saber que lhe coube no concerto das ciências.

A *filosofia do direito administrativo* está por fazer-se e, no momento preciso em que se empreender esse trabalho pioneiro e ingente, mas imprescindível, o capítulo de maior significado será o da sistematização e exame crítico dos princípios para que se possa fundamentar cada instituto desta disciplina e mesmo uma série de institutos, extremando-os dos congêneres privatísticos, enfrentando-se, para tanto, uma problemática típica do direito público, em que tudo se equacionará em modernos termos, fundados em proposições específicas, moldadas numa técnica e lógica jurídicas incriticáveis.

**Publicado originalmente na Revista nº 6 set./dez 1968, p. 89.*

30 *Princípios de direito administrativo*, 4.a ed., 1964, pág. 53.

31 *Princípios de direito administrativo*, 4.a ed., 1964, pág. 55.

32 *Princípios de direito administrativo*, 4.a ed., 1964, pág. 52.

33 *Princípios de direito administrativo*, 4.a ed., 1964, pág. 55.

O MOTIVO NO ATO ADMINISTRATIVO

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO*

O ato administrativo é a real expressão pela qual a Administração Pública manifesta sua vontade. Dentro da tripartição clássica de funções, o ato administrativo revela o exercício da função administrativa, assim como a lei traduz o da função legislativa, e a sentença, o da função jurisdicional.

Ao exercer sua função típica, a Administração Pública, como bem o assinala *Gabino Fraga*, realiza a finalidade principal do Estado, qual seja, a de atender o interesse geral por meio de condutas que possibilitem a salvaguarda da ordem pública, seja assegurando a tranqüilidade e segurança da coletividade, seja intervindo na esfera das atividades privadas, seja prestando serviços públicos¹.

Exatamente em virtude dessa multifária atividade, a Administração, ao manifestar a sua vontade, levará a cabo uma quantidade diversificada de atos administrativos, alguns de caráter normativo, outros internos e ordinários, e, ainda, os negociais, os enunciativos e os punitivos. Em todos, contudo, presente estará o que representa o núcleo do ato administrativo – a vontade jurídica da Administração Pública.

Como o ato administrativo apresenta uma vontade jurígena, apta, portanto, a produzir efeitos na ordem jurídica, insere-se como espécie do gênero atos jurídicos. Com efeito, o ato jurídico “se funda na declaração de vontade, uma vez que, analisado em seus elementos, acusa a existência de uma emissão volitiva, em conformidade com a ordem legal, e tendente à produção de efeitos jurídicos”².

O ato administrativo tem esse mesmo contorno. A característica específica que possui, em relação ao gênero ato jurídico, consiste em que o sujeito da vontade é um agente da Administração Pública, agente esse cuja vontade a lei imputa à Administração; e o objeto do ato, pela própria natureza de quem o emite, volta-se sempre para o interesse público, o que indica o alvo fundamental da atividade estatal.

No que concerne, portanto, aos elementos do ato jurídico, repetem-se no ato administrativo em função da relação gênero-espécie que os vincula. E, em ambos, ressalta o elemento volitivo, verdadeira força-motriz que impulsiona o elemento psíquico para o mundo jurídico, que valora os efeitos por ele produzidos.

Elementos são os fatores indicativos da existência de um instituto. Trata-se de pressupostos da própria existência. Em tese, sem a presença de algum elemento, o instituto não existe. No ato jurídico, indispensáveis à sua existência são o *sujeito*, que é aquele de onde provém a vontade; o *objeto*, que vale como a modificação no mundo jurídico que a vontade pretende perpetrar; a *vontade*, ou elemento volitivo, o núcleo do ato jurídico; e a *forma*, que é o instrumento jurídico pelo qual o elemento volitivo se exterioriza.

Não serão diferentes os elementos do ato administrativo, dada a sua condição de espécie dos atos jurídicos. O agente, porém, integrará de algum modo a Administração, e, dessa forma, manifestará sua vontade com vistas exclusivamente

* Procurador de Justiça no Rio de Janeiro (aposentado); Professor da Universidade Estácio de Sá, Professor da Faculdade Veiga de Almeida, Professor do Curso de Pós-Graduação da Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro.

1 *Derecho Administrativo*, 1977, México, pág. 235.

2 *Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Privado*, Vol. I, 1964, pág. 337.

ao interesse público, fazendo com que se possa afirmar que o objeto constitui sempre uma atividade nesse sentido³.

Não obstante a presença de idênticos elementos no ato jurídico e no ato administrativo, a doutrina publicista veio a incluir entre os elementos do ato administrativo o *motivo* em que se fundou a manifestação da vontade. Os tratadistas de direito privado sempre exigiram, como um dos postulados aplicáveis ao ato jurídico privado, a irrelevância dos motivos, ou seja, das razões que criaram a vontade. Esta emana da própria avaliação individual dos particulares que praticam atos jurídicos, e essa avaliação refoge ao contorno jurídico dos atos.

Os atos administrativos, entretanto, têm a peculiaridade de serem oriundos do Estado, o qual, a seu turno, afeta na sua atividade as esferas de direitos e interesses dos indivíduos. Nenhuma garantia de legalidade teriam estes se não pudessem, de algum modo, aferir as razões que fundamentaram a prática de atos, marcando a linha que divide a legitimidade e a arbitrariedade. Para o fim de verificar essa linha é que a doutrina erigiu o motivo como elemento do ato administrativo.

Embora haja univocidade quanto à relevância do motivo do ato administrativo, encontram-se entre os autores algumas divergências quanto a sua natureza jurídica, quanto à nomenclatura (motivo ou motivação), quanto a sua dispensabilidade, etc. Tanto em vista a relevância desse elemento diante do estudo dos atos administrativos, é importante procurar situar com a maior precisão possível as formas em que se delinea.

Quando o agente administrativo emite a vontade para praticar um ato administrativo, é induzido por algumas razões ou circunstâncias prévias. Essas razões vão configurar o motivo do ato. Podem elas ter previsão na lei, caso em que surgirão as *razões de direito*. Se a vontade se calca em determinado fato, o motivo se constituirá de *razões ou circunstâncias de fato*.

Com essa linha jurídica, pode conceituar-se o motivo como o conjunto de razões de fato ou de direito que conduzem o agente da Administração à prática do ato administrativo.

A doutrina não dissente basicamente desse conceito. *Hely Lopes Meirelles* ensina que o motivo “é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo”⁴.

Para Oliveira Toro, “*son las circunstancias de hecho y de derecho en virtud de las cuales la autoridad administrativa exterioriza el acto*”⁵. *George Vedel* refere-se ao motivo como “*des éléments de fait ou de droit auxquels la décision doit répondre*”⁶.

Rafael Entrena Cuesta, embora mencionando o termo “motivação” como sinônimo de motivo, o conceitua como “*las razones que han llevado a la Administración a dictar un acto determinado*”⁷. Também *Sayagues Laso* faz referência a “*las circunstancias de hecho e de derecho que en cada caso llevan a dictar el acto administrativo*”⁸.

A doutrina pátria, de modo geral, delinea o motivo com essas mesmas linhas. Assim, *José Cretella Junior* explica que “as circunstâncias de fato ou de direito que, em cada caso, determinam a edição do ato administrativo, constituem o motivo do ato”⁹.

3 *Seabra Fagundes, O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 1979, pág. 29.

4 *Direito Administrativo Brasileiro*, 1976, pág. 127.

5 *Manual de Derecho Administrativo*, México, 1976, pág. 159.

6 *Droit Administratif*, PUF, Paris, 1976, pág. 192.

7 *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Espanha, 1981, pág. 210.

8 *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Montevidéu, 1974, pág. 477.

9 *Curso de Direito Administrativo*, 1983, pág. 309.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto conceitua o motivo como “a situação que determina ou possibilita a atuação administrativa”¹⁰. Sergio de Andréa Ferreira, ressaltando que o motivo representa o *porquê* da declaração da vontade administrativa, acentua que são “os atos, as omissões, as situações que levam o administrador público a expressar a sua vontade”¹¹.

O estudo do motivo deve iniciar-se pela natureza jurídica. Dentro do quadro em que se situa modernamente o ato administrativo, o motivo constitui verdadeiro elemento integrante do ato. Este não prescinde da existência das circunstâncias de fato ou de direito que ditam a atividade administrativa. Tanto quanto o sujeito, ou a forma, ou o objeto, o motivo é pressuposto da existência do ato, e é justamente pelos interesses que salvaguarda e em razão das esferas jurídicas que afeta.

Celso Antônio Bandeira de Mello exhibe aspecto diverso no que toca à natureza do motivo. Considera como elementos do ato apenas o conteúdo e a forma. O motivo é pressuposto objetivo do ato. Por isso, afirma, o motivo não pode ser considerado parte ou elemento do ato¹².

Sem embargo da grande autoridade do autor, não há razão para colocar de um lado o conteúdo e a forma, como elementos do ato, e o sujeito e o motivo, como pressupostos subjetivo e objetivo. Na verdade, o sujeito e o motivo são pressupostos da própria existência do ato, de modo que nessa qualidade se configuram como seus elementos. No quadro ontológico do ato administrativo, todos esses fatores são indispensáveis a sua formação, integrando-lhe assim o perfil jurídico.

Ponto de freqüente divergência, no estudo do motivo, face à aproximação de conceitos, é o que leva à comparação com o instituto da *causa (causa finalis)*, como fator objeto de análise no direito privado. Ressalte-se que mesmo no campo do direito privado a matéria é tormentosa. Aqui, todavia, caracteriza-se a causa como uma razão que determina o fim a que se destina o negócio jurídico. Na causa há sempre um fim que lhe é o natural prolongamento. Não são os motivos subjetivos do emitente da vontade, mas a razão jurídica do negócio objeto da vontade. Por isso, os negócios jurídicos seriam *causais*, quando comportassem a investigação da causa, e *abstratos*, quando a vontade produzisse normalmente seus efeitos sem considerar a razão determinante ou fim a que se propôs o agente.

Os próprios civilistas, no entanto, se dividem quanto à relevância dessa investigação prévia da vontade-fim. Causalistas, como *Pothier, Colin et Capitant, Ruggiero, Messineo*, colocam-se em posição de antagonismo com os não-causalistas como *Planiol, Dabin, Windscheid e Beviláqua*¹³.

No direito administrativo, o motivo é inconfundível com a causa no direito privado. E é exatamente para evitar eventual confusão que os autores têm preferido o termo motivo. De início, pode-se constatar que o instituto da causa fundamenta-se na bilateralidade da formação dos negócios jurídicos privados. Mas o ato administrativo é unilateral em sua projeção externa. Embora possa ser provocado pela vontade de um particular, a qual acaba convergindo com a vontade da Administração, o ato administrativo, em seu revestimento extrínseco, exhibirá sempre, para o mundo jurídico, a manifestação unilateral do Estado.

10 *Curso de Direito Administrativo*, 1983, pág. 85.

11 *Direito Administrativo Didático*, 1985, pág. 96.

12 *Elementos de Direito Administrativo*, 1980, pág. 43. O autor entende que o motivo *antecede* o ato. Parece-nos que o motivo antecede a *vontade*, mas integra o ato.

13 *Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit.*, págs. 352/356. Conclui o grande civilista que o Brasil adotou a teoria ancausalista, preferindo cogitar da causa em situações específicas como as dos arts. 90, 1.121, 974 e 1.664, do C. Civil.

A causa, como bem sublinha *Sayngüés Laso*, tem intrínseca correlação com o proveito que uma parte quer auferir no negócio que celebra. Acentua que ela é própria dos contratos. Explica o autor: “*En el derecho privado el régimen de la causa es el siguiente: en los contratos onerosos, puesto que hay prestaciones recíprocas, la causa para cada una de las partes es el provecho que le procura la otra*”¹⁴.

Ora, com esse significado não é difícil traçar a distinção entre a causa do negócio jurídico privado e o motivo do ato administrativo. Para tanto, basta destacar que nos atos administrativos não tem relevância investigar as vantagens concretas que propicia, visto que alguns existem que não comportam nenhuma vantagem imediata para a Administração, como é o caso dos atos vinculados, pelos quais é o indivíduo que a obtém diretamente, intentando exercer, com autorização do Estado, atividade de seu exclusivo interesse.

O tema, entretanto, provoca controvérsias e diversidade de sentido. *Cretella Junior*, por exemplo, entende que a causa do ato administrativo é, nessa acepção, o conjunto das circunstâncias que lhe dão origem”¹⁵. Essa conceituação, porém, acaba por confundir-se com a de *motivo* como integrante do ato administrativo. Com esse sentido também *Mário Masagão* faz menção à causa¹⁶. Nota-se que no confronto entre a causa e o motivo não surge qualquer elemento distintivo marcante, e por isso os conceitos terminam por confundir-se.

Há uma outra posição doutrinária. *Celso Antonio Bandeira de Mello* distingue o motivo, que considera pressuposto objetivo da causa, que sustenta ser pressuposto lógico. E, na trilha de *André Gonçalves Pereira (Erro e Ilegalidade do Ato Administrativo*, pág. 122), define causa como a “relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto”. Poderia, assim, ocorrer a invalidade do ato por falta de causa, ou seja, “se o agente se baseia em motivos que não mantêm congruência, pertinência, com o ato que praticou”¹⁷.

Lamentamos divergir da distinção apontada pelo eminente publicista. A relação de adequação é indispensável à noção de motivo. Se este se consubstancia pelo conjunto de circunstâncias de fato ou de direito que conduzem o agente à prática do ato, não há como destacar a relação de adequação que aproxime o motivo dessas mesmas circunstâncias. É óbvio que, calcando-se nessas circunstâncias, o motivo deverá manter com elas sempre e sempre uma relação de adequação, pena de invalidade do ato. É aí, aliás, que se situa o vício de legalidade pertinente ao motivo do ato.

Estamos em que, em sede de direito administrativo, deve haver abstração do estudo da causa, tal como é examinada no direito privado. É o motivo que, como elemento integrativo do ato administrativo, proporciona a investigação das razões em que se fundamentou o agente para manifestar a vontade em nome da Administração.

Outro ponto de relevo que merece cuidadosa análise é o que diz respeito à relação entre o *motivo* e a *motivação*. Muitas vezes entre os autores os termos são usados como tendo igual sentido. Tecnicamente, todavia, apresentam sensível diferença. O motivo é o conjunto das próprias razões ou circunstâncias impulsionadoras da vontade do agente. A motivação, por outro lado, é a expressividade dessas razões. É a menção expressa, no bojo do ato, das circunstâncias criadoras do motivo. Essa expressividade permite uma ligação do motivo com a própria forma do ato, já que este terá um elemento interno complementado pelo externo, próprio do elemento formal.

14 *Ob. cit.*, pág. 446.

15 *Ob. cit.*, pág. 301.

16 *Curso de Direito Administrativo*, 1974, pág. 145.

17 *Ob. cit.*, pág. 48.

Daí a afirmação de *Antônio Carlos de Araújo Cintra* de que “se a lei exigir a motivação de determinado ato administrativo, e a forma deste não apresentar motivação, o ato padece de vício de forma”¹⁸. Distinguindo a motivação do motivo, diz o autor que este é o “conjunto de elementos objetivos de fato e de direito que lhe constitui o fundamento”¹⁹.

O autor, todavia, sob o outro ângulo, faz distinção entre a motivação contextual e não contextual, apoiado em parte da doutrina italiana. Contextual, quando expressada juntamente com o ato motivado, e não contextual ou *aliunde*, quando “não se contém no instrumento do ato motivado, mas em outro ato administrativo (como motivação deste) ou constitui o conteúdo de um simples ato de administração”²⁰. Julgamos que não. A motivação é sempre contextual, porque tomada em consideração com o ato a que se relaciona. A hipótese tida como motivação *aliunde* configura-se, isto sim, como motivo do novo ato, isso porque as razões de direito podem figurar na lei ou em outro ato administrativo. O motivo pode buscar-se *aliunde*, mas a motivação deverá estar inserida no próprio ato.

Firmada a linha demarcatória entre o motivo e a motivação, passa a surgir outro tema que tem suscitado inúmeras discussões entre os autores e na jurisprudência dos Tribunais. Trata-se de saber se o ato deve ou não conter a motivação²¹.

A doutrina estrangeira examina o tema à luz do seu direito positivo, levando em conta as peculiaridades de que seja dotado. Aqui é necessário distinguir os países em que se adota o sistema do contencioso administrativo, disciplinado através de leis ou de atos normativos. Na Áustria e nos Estados Unidos, o agente, como regra, deve apresentar a motivação do ato, admitindo-se, entretanto, exceções. Na Polônia e na Espanha a obrigatoriedade só abrange certos atos. O código polonês exige a fundamentação quando o agente indefere um pedido, decide um litígio, comina uma obrigação ou aprecia um recurso²².

Em Portugal, como ensina *Marcelo Caetano*, na falta de lei geral sobre o ato ou o processo administrativo, há de se consultar em cada caso as disposições legais, já que só em leis avulsas emanava a obrigação de fundamentar²³.

No Brasil, o direito positivo consagra o sistema inglês, ou da unidade de jurisdição, no que se refere ao controle da legalidade dos atos administrativos. Nos países que adotam o sistema francês, ou do contencioso administrativo, a atividade desenvolvida pela Administração é de caráter *jurisdicional* quando decide determinados conflitos de interesses. Nesse caso, a regra deve ser a de motivação do ato decisório, à semelhança do que sucede quando o juiz, através da sentença, põe fim à controvérsia.

Não é o caso do Brasil, em cujo sistema se outorga ao Judiciário, como regra, o controle da legalidade dos atos. É bem verdade que temos, na via administrativa, o curso de certos conflitos de interesses, formando procedimentos com alguma carga de contenciosidade, como o chamado contencioso fiscal, o previdenciário, o de servidores públicos. As decisões dotadas de definitividade, no entanto, serão as proferidas pelos órgãos jurisdicionais, ainda depois de exaurida a via administrativa (art. 153, § 4.º, da Const. Federal).

18 *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, 1979, pág. 111.

19 *Ob. e loc. cit.*

20 *Ob. cit.*, pág. 129.

21 Ao tratar do tema alguns indagam sobre se o ato administrativo “deve ou não conter o motivo”. Trata-se de errônea técnica, eis que o motivo do ato, como elemento que é, há de estar sempre integrando seu quadro. O problema consiste em se saber se o motivo deve ou não ser expressado, ou seja, se deve ou não estar presente a motivação.

22 *Marcelo Caetano, Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, Lisboa, 1973, pág. 477.

23 *Ob. cit.*, pág. 478.

Para dar um cunho mais sistemático à matéria, perfilhamos o entendimento de que de um lado está a obrigatoriedade de ser o ato motivado, e de outro a não-obrigatoriedade. Daquele primeiro ângulo, temos ainda possibilidade da existência da obrigatoriedade jurídica e da obrigatoriedade moral.

A obrigatoriedade de motivação decorre da lei ou de outro ato normativo que valha como norma impositiva de conduta para o administrador. Realmente, em certas hipóteses, o legislador erige a expressividade do motivo como indispensável à própria validade do ato, e, quando o faz, é porque pretende alçar como valor maior a garantia de controle por parte dos indivíduos atingidos por ele. O princípio é adotado normalmente para aqueles atos que, embora administrativos, resolvem certas lides que correm na via administrativa, como os conflitos fiscais e previdenciários.

Tendo em vista estar insculpida em mandamento normativo, a obrigatoriedade da motivação assume caráter jurídico. Além dela, porém, há a obrigatoriedade moral, pela qual, embora não haja norma impositiva determinando a presença da motivação, o administrador reputa relevante expressar o motivo, visando com isso a sublinhar mais fortemente a garantia dos indivíduos alcançados pelo ato. Através da motivação, o administrador deixa clara a limpidez, a higidez, a perfeição do ato praticado e das circunstâncias que o ditaram. Tal conduta, como veremos, vai refletir-se na teoria dos motivos determinantes.

Ressalte-se, contudo, que essa obrigatoriedade de motivação não constitui a regra geral. Ao contrário, é excepcional, pressupondo que norma de conteúdo específico a imponha.

A regra geral é a não-obrigatoriedade da motivação. *Cretella Junior* assenta que “ao contrário da decisão judiciária, que exige fundamentação – é a regra –, o pronunciamento administrativo de modo geral dispensa justificativa, a não ser que expressa norma legal o determine”²⁴.

Tem razão o grande publicista. Inexistindo o mandamento impositivo, o administrador pode ou não motivar o ato. Não se pode deixar de frisar, no entanto, que a questão aqui cinge-se à *expressividade* do motivo, ou seja, das razões que o constituíram, e não da *existência* do motivo. A falta do motivo acarreta inafastavelmente a invalidade do ato por falta de um de seus elementos. As razões, estas sim, poderão ou não inserir-se no bojo do ato.

A regra geral da não-obrigatoriedade de motivação aplica-se a atos vinculados e discricionários. Por isso, não concordamos, *data venia*, com o eminente *Hely Lopes Meirelles*, para quem “em se tratando de motivo vinculado pela lei, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o que o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência da motivação”²⁵.

Na verdade, o motivo não é vinculado pela lei. A lei é que, já assentando o motivo, vinculará a atividade do agente. Se o motivo do ato já constar previamente da lei, o agente dele não poderá afastar-se quando praticar o ato administrativo, por isso mesmo, vai configurar-se como vinculado. Dispensável, então, a motivação do ato, porque a *garantia do controle por parte dos interessados* se situará na *própria lei*.

A vinculação regulará toda a conduta do administrador; não lhe deixa margem para valorar quaisquer razões inspiradoras da prática do ato. Não há, pois, discricionariedade. E uma das características da vinculação é a previsão dos elementos do ato na lei, inclusive do motivo. Reproduzimos a lição sintética de *Manoel de Oliveira*

²⁴ *Ob. cit.*, pág. 310.

²⁵ *Ob. cit.*, pág. 127.

Franco Sobrinho: “Na discricionarietà, característica da competência discricionária, a atividade estatal regrada faz-se, opcionalmente. Na *motivação* legal reside a legitimidade do ato discricionário”²⁶. Se a motivação legal confere legitimidade ao ato discricionário, com maior razão com relação aos atos vinculados, que fixa todos os parâmetros da conduta do administrador.

No que se refere à garantia de controle da legalidade dos atos pelos indivíduos afetados em suas esferas jurídicas face aos efeitos por eles produzidos, maior seria a necessidade de expressar o motivo nos atos discricionários. Quando o administrador exerce o poder discricionário, a lei lhe outorga ampla margem de valoração quanto à conveniência e oportunidade de conduta, valoração essa que vem a constituir o *mérito administrativo*.

Justamente por essa razão é que nos atos discricionários há um inevitável *quid* de subjetividade, e isso porque é da própria natureza da valoração o recurso a apreciações de ordem subjetiva, psíquica. O agente *resolve*, decide. Tratando da discricionarietà, *Guido e Potenza* explicam que por ela “*si resolve nell’impiego delle nozioni e dei metodi propri delle varie scienze, arti discipline, in funzione preparatória o strumentale rispetto all’esercizio dell’azione amministrativa*”²⁷. Portanto, fica ampla a margem de escolha do administrador, a ele sendo vedado apenas ultrapassar os limites da lei, em ação arbitrária e ilegítima.

Tendo essa necessária carga de subjetividade, os atos discricionários é que teriam maior necessidade de apresentar expressamente o motivo. Com razão, pois, *Manuel Maria Diez*: “*Se entiende que en los actos que derivan de la actividad discrecional de la administración es aún más necesaria la motivación. En esa forma se evita que puedan ser arbitrarios por violación a los límites jurídicos elásticos*”²⁸.

A despeito disso, o certo é que a regra consiste na não obrigatoriedade da motivação nos atos discricionários. Referimo-nos anteriormente à obrigatoriedade moral da motivação, inteiramente aplicável nessa hipótese, porque o administrador deverá ter a sensibilidade de averiguar a ocasião em que se devem expor, dentro do próprio ato, as circunstâncias fáticas que o levaram à emissão da vontade administrativa.

Exatamente porque dispensável, como regra, a motivação dos atos administrativos é que nasceu a *teoria dos motivos determinantes* (*rectius*: “das circunstâncias fáticas determinantes”).

Assim como a lei, na maioria dos casos, não obriga o administrador a inserir a motivação, também não o impede de fazê-lo quando reputar conveniente para a garantia dos administrados. A inserção no ato das circunstâncias motivadoras ensejará, entretanto, uma auto-limitação para o administrador, eis que a inexistência dessas razões fáticas conduzirá à invalidação do ato por vício no motivo.

Vale transcrever a respeito a precisa lição de *Celso Antônio Bandeira de Mello*: “De acordo com esta teoria, os motivos que determinam a vontade do agente, isto é, os fatos, que serviram de suporte a sua decisão integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes, vicia o ato mesmo quando, conforme já disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato”²⁹.

26 *Curso de Direito Administrativo*, 1979, pág. 125.

27 *Manuale de Diritto Amministrativo*, Milão, 1978, pág. 12.

28 *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Tomo I, 1980, pág. 207.

29 *Elementos*, pág. 45.

Quando o administrador, não precisando expressar o motivo, vem a fazê-lo, renuncia implicitamente à prerrogativa de não integrar no ato as circunstâncias de fato conducentes à manifestação da vontade. Desse modo, o conjunto dessas razões não terá relevância imediata, “a menos que a Administração abra mão da sua prerrogativa de agir com maior liberdade”, e, nessa hipótese, a legalidade do ato “estará dependente da existência do fato dos motivos invocados”³⁰.

Outro efeito sobrevém, ainda, da aplicação da teoria. Como é sabido, ao indivíduo não é cabível questionar o mérito administrativo, que reflete a valoração, pelo administrador, da conveniência e oportunidade administrativas. Mas do momento em que expressa as razões fáticas, passa a ficar vinculado a elas. Em outras palavras: se inexistirem tais razões, o ato estará irremediavelmente viciado.

Como essas circunstâncias constitutivas do motivo têm caráter fático, comportam análise através dos meios probatórios admitidos na lei processual. O indivíduo, assim, que se julgar prejudicado pelos efeitos do ato, poderá argüir sua invalidade no Judiciário. A discussão, é óbvio, cingir-se-á à existência ou não daquelas circunstâncias, mas certo é que, tendo-as expressado no ato, fica o administrador auto-limitado, vinculado a elas.

O Judiciário, em algumas ocasiões, tem exigido a presença expressa do motivo, objetivamente considerado, para a validade do ato. Uma dessas ocasiões ocorre quando há a suspeita de conduta com desvio de poder, caracterizando-se como abusiva e ilegal atividade administrativa. Em hipótese na qual uma servidora pública fora removida *ex-officio*, sem que se registrasse qual o interesse público que provocara a remoção, e ante os indícios de que indiretamente a Administração estaria pretendendo praticar ato punitivo, assim se manifestou o TFR: “O ato de remoção *ex-officio* deve demonstrar objetivamente o interesse da administração e as normas sobre processamento, exigidas na norma legal, entre as quais a declaração de ocorrência de claro na lotação. Constitui desvio de poder a remoção a título primitivo”³¹.

Em outra hipótese semelhante, decidiu o mesmo TFR: “Na remoção *ex-officio*, o interesse da administração deve ser objetivamente demonstrado, pois só assim poderá o ato ser contrastado pelo Judiciário. Não basta a referência ao interesse da administração *in abstracto*, sem motivação concreta”³².

Tais decisões afrontam a regra geral da não-obrigatoriedade de motivação quando o ato pressupõe a avaliação do interesse público pelo administrador. Justificam-se, entretanto, porque, ao lado do exame do próprio motivo do ato, vem à tona a finalidade do ato, elemento que traduz o seu aspecto teleológico. Se o administrador se conduz de forma a não observar o interesse público que é a finalidade do ato, e, ao revés, se volta diretamente ao indivíduo, quer favorecendo-o, quer prejudicando-o, sem desconformidade com a vontade legal, pratica desvio de poder, que vicia irremediavelmente o ato³³.

De tudo o que expusemos, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas desejando apenas tecer alguns comentários sobre o elemento do ato administrativo em relação ao qual pesam as maiores divergências doutrinárias, entendemos de todo adequado e oportuno destacar os dois grandes atributos das circunstâncias que formam o motivo, tal

30 Sergio de Andréa Ferreira, *ob. cit.*, pág. 96.

31 Mandado de Segurança nº 98.615, Relator o Min. Pedra Acioli (“Revista de Direito Administrativo”, FGV, 151/104).

32 Mandado de Segurança nº 103.611, Relator o Min. Sebastião Alves dos Reis (“Revista de Dir. Administrativo”, FGV, 159/41).

33 Armando de Oliveira Marinho e Zairo Lara Filho, *Programa de Direito Administrativo*, 1985, pág. 89.

como os registrou o notável *Marcelo Caetano*. Referindo-se à fundamentação do motivo, disse o grande administrativista português que ela deverá ser *congruente e exata*.

“Congruente, isto é, os motivos devem aparecer como premissas donde se extraia logicamente a conclusão, que é a decisão. Se há contradição entre a fundamentação e a decisão, essa incongruência não pode deixar de influir na validade do ato”³⁴.

“Exacta: as razões de direito devem corresponder aos textos invocados, os factos devem ser verdadeiros. Se os fundamentos são inexactos, uma de duas hipóteses pode admitir-se: a da *intenção fraudulenta* de os falsear para justificar determinada decisão, ou o *erro de direito ou de facto*” (grifos do autor)³⁵.

Límpida a lição do grande publicista. Se o motivo se calca sempre em circunstâncias externas, estejam na lei ou nos fatos, há de estar inevitavelmente ligado a esses fatores. Havendo, pois, incongruência ou inexatidão na relação entre o motivo e esses fatores, o ato estará inquinado de vício nesse elemento, sujeitando-se, em consequência, a sua invalidação no Judiciário ou junto à própria Administração.

**Publicado originalmente na Revista nº 21 jan./jun. 1985, p. 53.*

³⁴ *Ob. e vol. cits.*, pág. 479.

³⁵ *Ob. e vol. cits.*, pág. 480.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANO DECORRENTE DO PLANEJAMENTO

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO*

1. Conceito de Estado de Direito;
 - 1.1. Estado Democrático de Direito;
2. O devido processo legal no Estado Democrático de Direito;
 - 2.1. A igualdade material e o “*due process*”;
3. A vinculação do legislador, do executivo e do judiciário à lei;
 - 3.1. Legalidade e atos políticos;
4. A responsabilidade do Estado como decorrência do Estado Democrático de Direito;
 - 4.1. Breve esboço histórico da responsabilidade do Estado;
5. Responsabilidade do Estado por atos omissivos;
6. Excludentes da responsabilidade;
7. Responsabilidade pelos atos praticados pelo Legislativo e Judiciário;
8. Responsabilidade por dano decorrente do planejamento;
9. Modificação dos planos;
10. O princípio da segurança jurídica, da confiança, da lealdade e da boa fé;
 - 10.1. Razoabilidade;
 - 10.2. Proporcionalidade e congruência;
 - 10.3. Motivação;
11. Divisor entre atos controláveis e não controláveis pelo Judiciário;
 - 11.1. O controle possível dos atos políticos com a própria evolução do controle dos atos administrativos com parcela de discricionariedade;
 - 11.2. Sindicabilidade ou não do “mérito” do ato. Síntese conclusiva.

* Professora Titular de Direito Administrativo da PUC, São Paulo, nos cursos de Graduação e Mestrado. Juíza do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

1. Conceito de Estado de Direito

No tema a ser enfrentado, responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento, cabe inicialmente, como noção propedêutica, tentar situar o que entendemos por Estado de Direito. Esta a premissa essencial ao desenvolvimento do tema.

Qualquer Estado poderá ser Estado de Direito? Ou à noção de Estado de Direito, deverá corresponder pressupostos mínimos? Se não entendermos que ao Estado de Direito seja necessária a “*rule of law*”, tal seja a existência de lei à qual o poder estatal se submeta, sequer poderíamos cogitar estarmos em face de Estado submisso a ordenamento jurídico.

Todavia, a sujeição à lei é insuficiente para caracterizar o Estado de Direito; há necessidade da existência de determinadas outras características absolutamente essenciais, tais sejam, a separação de poderes para a existência dos “freios e contrapesos”, do “juiz natural”, ou, em outras palavras, de juiz não de exceção ou “*post facto*”, e, além disso e certamente, de juiz imparcial, dotado de prerrogativas para o exercício da magistratura independente.

Enfim, não poderá a lei ser aparentemente respeitada e os conflitos entre administração e administrados não serem dirimidos imparcialmente, sem que a administração em juízo seja uma parte igual às outras.

Sem tais requisitos fundamentais não estaremos em face de **ESTADO DE DIREITO**, porém ainda estaremos, na verdade em arremedo, em aparência de legalidade. Se não fora assim, quaisquer regimes de exceção, como, por exemplo, o regime nazista estaria amplamente justificado¹.

José Afonso da Silva enfatiza que se não pode apenas considerar Estado de Direito pela legalidade. Afirma o eminente publicista:

“Por outro lado, se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecido pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser o Estado da legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente”².

Como se depreende o Estado de Direito não precisa, ou não lhe é essencial a organização democrática. Se houver democracia, estaremos em face do Estado Democrático de Direito, ao qual, em seguida, referir-nos-emos. Mas, como se verifica, também, ao Estado de legalidade apenas não é suficiente o respeito à lei, pois, como já dissemos anteriormente, este grande equívoco validaria qualquer Estado, mesmo aquele em que atrocidades e desprezo total à liberdade e cidadania existissem.

1Vejam-se a respeito as obras Geraldo Ataliba, República e Constituição, pág. 93 e seguintes, bem como BISCARETTI DI RUFFIA, Direito Constitucional, traduzido por Maria Helena Diniz, cap. I, ainda SANTI ROMANO, tradução de Maria Helena Diniz, Princípios de Direito Constitucional, principalmente, Cap. VI, VII, VIII e IX., CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, cap. I, II, III. Também consulte-se a importante obra de Sampaio Dória: Direito Constitucional Tributário e “*Due process of law*”, cap. II.

2 José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª edição revista e ampliada, pág. 101.

1.1. Estado Democrático de Direito

O Estado democrático de direito, como inserido na Constituição em seu artigo 1º, necessita, além desses requisitos, que o **poder emane do povo**. Em nossa Constituição, este é exercido direta ou indiretamente (parágrafo único do artigo 1º).

Portanto, o Estado somente poderá ser democrático se e quando o povo exercer efetivamente o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstâncias diretamente. Além disso, e efetivamente sobremais disso, mister que direitos fundamentais constem das cartas políticas e sejam efetivamente respeitados.

Enumera o ilustre constitucionalista precitado, José Afonso da Silva, os princípios necessários para existência efetiva do Estado democrático de direito. São eles: princípio da constitucionalidade, princípio democrático; princípio da justiça social, sistema de direitos fundamentais, como já assinalamos, princípio de justiça social, princípio da igualdade, princípio da DIVISÃO DE PODERES, princípio da legalidade e da segurança jurídica³.

Considerando que essas noções foram necessárias como propedêuticas ao tema, embora sejam núcleo fundamental, haveremos de discorrer sobre alguns desses princípios na medida em que diretamente referidos à responsabilidade do Estado e, sobretudo à responsabilidade do Estado por **danos decorrentes do planejamento** e, mais ainda, das **modificações do planejamento**.

2. O devido processo legal no Estado Democrático de Direito

Devemos inicialmente recordar a extensão da cláusula do “devido processo legal”. Lembremo-nos que o devido processo legal aparece com acepção meramente formal, ainda no tempo de João Sem Terra, em que o Estado era a lei. Na verdade, fazia a lei, cumpria a lei - ele mesmo - mas a lei era a que o soberano ditava.

Destarte, aparece nessa época, o devido processo legal, exatamente para que o baronato tivesse a proteção da “*law of the land*”, a lei da terra, ou, como também conhecido mais tarde, da “*rule of the law*”. Quer dizer, o baronato deveria conhecer qual era a lei a seguir, a se submeter. Mas, vê-se que, ainda, o devido processo legal tinha conteúdo meramente formal. Formal e sem a expressão com que, depois, passa do Direito Inglês para as colônias americanas e, mais tarde, para a Federação Americana.

É, todavia, depois das Emendas 5 e 14, que o devido processo legal toma outro corpo. A Emenda 5 deixa claro que o direito à liberdade e à propriedade obedecem o devido processo legal, o “*due process of law*”. Mas ainda persiste o caráter formal durante a Emenda 5.

Na Emenda 14, há grande transformação, isso porque já não mais se fala apenas do devido processo legal, mas da igual proteção da lei: *equal protection of law*. Então, depois da Emenda 14, sobretudo com a aplicação que a Suprema Corte Americana faz da cláusula, dá-se abrangência muito maior. O devido processo legal passa a significar a “**igualdade na lei**”, e não só “**perante a lei**”.

É uma distância enorme entre **respeitar-se a igualdade em face da lei e outra coisa**, como a breve passo nos referiremos, é se atentar para a **igualdade dentro da lei**.

³ Id., ib., pág. 107/108.

Assim, o *due process of law* passa a ter conteúdo material e não mais apenas formal - passa a ter duplo conteúdo e vamos ver que, também, em alguns princípios processuais, aparece com duplo conteúdo, com conteúdo substancial e com conteúdo formal. Somente será *due process of law* aquela lei - a assim poderá ser aplicada pelo Magistrado - que não agredir, não entrar em confronto, não entrar em testilha com a Constituição, com os valores fundamentais consagrados na Lei das leis.

Barbosa Moreira, e também Michelle Taruffo, processualistas eméritos, abordando o problema de controle, dizem que as questões políticas devem ser controladas pelo Judiciário. E as questões políticas seriam **o que sobra, o que fica, o que remanesce** da determinação desses conceitos. Vamos dar exemplo prático - a medida provisória que, como já o era o decreto-lei - deve surgir apenas diante de situações tais que envolvam necessidade urgente e relevância da matéria.

Quando o texto constitucional prescreve no art. 5º, inc. LV, a obrigatoriedade do devido processo legal, e é o primeiro texto constitucional que a contém expressamente, não é por acaso. É um texto constitucional absolutamente moderno, é o texto constitucional da cidadania.

Deveras, depois da declaração de direitos individuais e coletivos, traz em seu bojo o “devido processo legal” e, para que não quede dúvida, traz duas vezes. Os outros textos referiam-se à **ampla defesa**, mas ampla defesa no Processo Penal. Claro que o Judiciário já havia feito a aplicação para o Processo Civil, mas é a primeira vez que a cláusula do devido processo legal aparece em texto constitucional brasileiro, com a aceção expressa para os processos em geral, inclusive o administrativo.

De conseguinte, impõe-se a conclusão que o conteúdo é o mesmo do Direito Americano, isto é, o devido processo legal abrigando a igualdade **substancial e formal**.

Não é possível pensar-se que, no final do século, a evolução do Direito Americano desde as primeiras décadas deste mesmo século, quando incorpora-se a cláusula em nossa Constituição equiparável às melhores constituições do Primeiro Mundo, à Constituição Espanhola, à Constituição Portuguesa, à Constituição Alemã - não é possível, repito, supor-se que o texto constitucional empregasse o “devido processo legal” apenas com o seu aspecto formal, com o aspecto do século passado.

Em outras palavras, somente no caso concreto - em face de lei concreta ou da aplicação concreta que um juiz ou administrador faça, em procedimentos, ou processos administrativos ou judiciais, é que veremos se foi cumprido o “*due process of law*”, que dependerá das circunstâncias, como dizia Holmes.

Passemos a enfrentar o “*due process*” em seu aspecto material, de grande importância para o fulcro de nossas atenções - a responsabilidade resultante da intervenção na economia.

2.1. A igualdade material e o “*due process*”

O princípio da igualdade temos a averbar que se coloca como vetor fundamental no texto Constitucional.

A generalidade da norma jurídica deve conduzir à igualdade perante a lei, porém também a “*equal protection of law*”, tal seja, à igualdade na lei.

O princípio da igualdade é a mola propulsora do Estado de Direito; sem seu cumprimento o exercício da função administrativa seria realmente sem sentido. Não se concebe possa estar a função administrativa debaixo da lei e sem respeitar o princípio da igualdade.

Em consequência, o princípio da igualdade deve nortear, de ponta a ponta, toda atividade da Administração e os provimentos, por esta emanados, só serão válidos à medida que estejam atendendo o princípio.

A exata dimensão do princípio da igualdade é de cabal importância ao entendimento da discricionariedade, pois, se atento se estiver ao cumprimento do princípio, ver-se-á quando a Administração pode desigualar, quando pode agir adotando certos discrimenes e quando não pode como, por exemplo, em atos administrativos gerais.

Em San Thiago Dantas vamos encontrar o exato conceito do que seja a igualdade na lei. E esta é muito importante.

O que significa a igualdade na lei?

Primeiro, San Thiago Dantas - in **“Problemas de Direito Positivo. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”** - diz que a lei, quando discrimina, não pode escolher aleatoriamente as situações. Tem de haver **razoabilidade nas classificações**. Caso não haja, não se poderá dizer cumprido o *due process of law*, mas, antes, haverá *undue process of law*, se não houver a predita razoabilidade das classificações.

Destarte, somente se concebe a igualdade na lei, se as classificações forem lógicas, razoáveis, obedientes a discrimines próprios. Por outro lado, também se refere San Thiago Dantas ao respeito aos princípios explícitos e implícitos da Constituição.

Aqui, lembraria que a nossa Constituição da República Federativa do Brasil, logo no seu pórtico, no art. 1º., tem por fundamentos **a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o pluralismo político.**

Já se referia Canotilho, na *“Constituição Dirigente”*⁴, que a chamada discricionariedade do Legislativo tem de ser aferida diante dos princípios constitucionais. Não é o legislador livre. Deve respeitar os princípios constitucionais, ainda que implícitos. Tudo, que estiver na Constituição como vetor, terá de ser respeitado pelo legislador.

O princípio da legalidade está, pois, atrelado ao devido processo legal, em sua faceta substancial e não apenas formal. Em sua faceta substancial - igualdade substancial - não basta que todos os administrados sejam tratados da mesma forma. Na verdade, deve-se buscar a meta da igualdade na própria lei, no ordenamento jurídico e em seus princípios.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu artigo 5º, LV, vez primeira, vai trazer expressamente a garantia do *“devido processo legal”*, tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos.

Com efeito, na literalidade do mencionado inciso LV:

“Art. 5º

LV - Aos litigantes, em processo judicial **ou administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (grifamos)

4 ENTERRÍA, Garcia e FERNANDEZ, Tomás Ramon, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4a. edição, p. 426.

O respeito ao devido processo legal deverá informar **todos os procedimentos judiciais e também os administrativos**.

Antes da atual Constituição era, no processo penal, por estar em jogo bem de vida supremo, a liberdade do indivíduo, que se verificava com maior facilidade o respeito ao **devido processo legal**.

O processo judicial, claro está, compreende o cível e o penal. A grande novidade, como dissemos, ficou por conta da inclusão do processo administrativo, lado a lado com o judicial.

Vamos verificar que quaisquer dos “poderes” do Estado vinculam-se inteiramente à lei em seu sentido amplo.

3. A vinculação do legislador, do executivo e do judiciário à lei

Enfatize-se, ainda, o princípio da legalidade surge como conquista do Estado de Direito, a fim de que os administrados não sejam obrigados a se submeterem ao abuso de poder. Por isso, “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A Administração deverá agir “*sub legem*”.

Eterría e Tomás Ramón Fernandes, a respeito do princípio da legalidade, entendem:

“Trata-se, simplesmente, de fazer coerente o sistema legal, que há de se supor que responda a uma ordem de razão e não a um casuísmo cego, o qual, de outra parte, está claro desde a doutrina geral do ordenamento, que, mais atrás se expôs, e que impede identificar a este como lei escrita. Nesse difícil fio entre uma proibição de extensões analógicas e uma exigência de coerência legal move-se a doutrina de poderes inerentes ou implícitos, que são, definitivamente, poderes efetivamente atribuídos à administração pelo ordenamento, ainda que não pelo componente escrito do mesmo.”⁵ (tradução nossa).

3.1. Legalidade e atos políticos

Não se poderia, ao falar da subsunção à legalidade, deixar de enfrentar o problema dos atos políticos.

Na verdade não se vêem diferenças, no que tange à legalidade em sentido amplo, dos atos políticos diretamente subsumidos à Constituição, como, por exemplo, a decretação do estado de sítio, a declaração de estado de defesa, ou, ainda, a adoção de políticas econômicas, de outros atos administrativos.

Deveras, o ato político está também inserido no conceito de ato administrativo, pois é norma concreta emanada pelo Estado debaixo da legalidade, entendida, esta, em termos amplos. Lembremos a concepção Kelseniana: no ápice da pirâmide encontra-se a Constituição, depois as normas gerais, fundamentos de validade das normas individuais (sentenças e atos administrativos).

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 6a. edição revista e ampliada, Malheiros Editores, 1995, págs. 15/42.

Os atos políticos estão diretamente subsumidos ao topo da pirâmide - à Constituição. Portanto, também estão os atos políticos abrangidos no conceito de ato administrativo, pois são **normas individuais**, susceptíveis de controle pelo Poder Judiciário. Apenas sua **fonte de validade** é outra, a Constituição. O ato administrativo está imediatamente referido à lei, enquanto que o ato político, embora espécie dos atos administrativos, subsume-se à Constituição.

4. A responsabilidade do Estado como decorrência do Estado Democrático de Direito

Já pontuamos os postulados do Estado de Direito e cumpre, agora, lembrar, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, que todo Direito Administrativo se constrói sobre duas pilstras: de um lado as competências do Estado, as funções estatais, e de outro, as garantias dos administrados. Desse postulado, constrói-se o regime jurídico administrativo, com o desdobramento dos princípios.

O princípio da boa fé, de importância vital para o Direito Administrativo, foi magistralmente exposto por Jesus Gonzalez Peres⁷ exatamente no livro *“El principio de la buena fe en derecho administrativo”*.

Aos princípios do Estado de Direito⁸ deve corresponder necessariamente a obrigação de se **responsabilizar o Estado por condutas que atinjam os administrados, sejam estas lícitas ou ilícitas**.

4.1. Breve esboço histórico da responsabilidade do Estado

Necessário se faz breve histórico da evolução da responsabilidade estatal no direito brasileiro.

Se inicialmente, vigia, no tocante à responsabilidade máxima *“The king can not do wrong”*, no Direito Brasileiro a coisa passou-se um pouco diferente. É verdade que, somente no Estado de Direito - Estado que faz as leis e a elas se submete - começa a surgir, palidamente, a responsabilidade do Estado.

Primeiramente, atribuindo-se responsabilização ao funcionário e indiretamente a Coroa respondendo. Entretanto, no Direito Brasileiro, podemos dizer que o princípio da responsabilidade sempre esteve presente.

Assim, aparece na Constituição do Império (de 24/03/1824) como responsabilidade pessoal do servidor. A alínea 29, do artigo 179 daquela Constituição dispunha:

“os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subordinados.”

6 GONZALEZ PERES, Jesús, *El Principio General de la Buena Fé en Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1983.

7 CIRNE LIMA, Ruy, *Princípios de Direito Administrativo*, 5a. edição, Editora Revista dos Tribunais, pág. 51.
8 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios de Direito Administrativo*, vol. 2, pág. 486/487; também Bandeira de MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 6a. edição, pág. 515, Malheiros Editores, 1995.

Na Constituição de 1891, no artigo 82, encontra-se dispositivo do mesmo teor, acrescido da obrigação de o funcionário, por compromisso formal no ato de posse, cumprir seus deveres legais.

De seu turno, a Lei Federal 221, de 1894, admitia, implicitamente, a obrigação para o Estado de indenizar os prejuízos causados pelos atos de seus agentes. O artigo 15 do Código Civil atribui responsabilidade às pessoas jurídicas de direito público pelos danos de seus representantes.

O Decreto 24.216, de 09/05/34, procurou afugentar a responsabilidade do Estado, fazendo com que esta remanescesse, apenas, na hipótese de o funcionário, causador do dano, ser mantido. Todavia, a Constituição de 1934, em seu artigo 171, atribuiu responsabilidade solidária ao Estado e ao funcionário, o mesmo dispôs a de 1937.

Finalmente, **na de 1946**, vemos consagrada a **responsabilidade objetiva**, como hoje conhecemos. Já contemplava, também, o parágrafo único do artigo 194 daquele texto o dever de o Estado acionar regressivamente o funcionário, que tivesse agido com **culpa** ou **dolo**.

Implementada, pois, a responsabilidade objetiva que - diga-se de passagem - em nossos Tribunais esteve sempre acolhida mercê do trabalho de juristas ilustres como Pedro Lessa e tantos outros.

Semelhantes são as redações da Constituição de 1967 e de sua Emenda número 1, artigo 107. A Constituição de 1988 dispôs em seu artigo 37, § 6º:

“Art. 37 -

.....
§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Impende verificar, desde logo, que a responsabilidade, acolhida pelo Texto Constitucional atual, é objetiva quanto ao Estado. E, também, objetiva no que tange àqueles que exercem funções estatais. É dizer: ocorrendo dano, prescinde-se do dolo ou culpa, bastando ficar provado o nexo de causalidade entre esse dano e a conduta estatal. Todavia, relativamente ao funcionário é subjetiva.

Entretanto, se é intuitiva a captação de ter optado o texto pela responsabilidade objetiva, estamos a pensar, sem dúvida, nos atos ilícitos ou lícitos, praticados por ação. Quanto à omissão, o problema, aparece um pouco diferente.

5. Responsabilidade do Estado por atos omissivos

No tocante aos atos ilícitos, decorrentes de omissão, devemos admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado, se houver prova de culpa ou dolo do funcionário. Esta é a posição dos Professores Celso Antônio Bandeira de Mello e do ilustre, querido e saudoso mestre, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁹.

⁹ *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciais*, S.P., 1988.

Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, **não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva.**

Assim é porque, para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado.

Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço.

Não há como provar a omissão do Estado, sem antes conferir se houve “*faute de service*”. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente.

5.1. Em conclusão: verificamos que o princípio da responsabilidade do Estado por atos ilícitos aparece como conseqüência lógica do princípio da legalidade. Sobremais disso, as prerrogativas especiais dadas à Administração impõem a responsabilidade objetiva do Estado.

De seu turno, a responsabilidade por atos lícitos decorre do princípio da igualdade, da divisão equânime das cargas públicas. E, sobremais disso, a responsabilidade por atos ilícitos não se confina aos atos comissivos, porém também se estende aos omissivos.

6. Excludentes da responsabilidade

Se no direito brasileiro a responsabilidade é objetiva, tal seja, basta o dano e o nexos causal, devemos assinalar situações não possibilitadoras de indenização. É dizer: excludentes da responsabilidade estatal.

Claro está que se a culpa for **exclusivamente** do lesado não responderá o Estado. Cautelas, entretanto, devem ser tomadas para que se não afaste a responsabilidade estatal quando seria devida.

Em outro falar: se o dano não ocorreria, caso a conduta da vítima não tivesse provocado o agravo, não se há de cogitar em responsabilização estatal.

Doutra parte, exclui-se também a responsabilidade estatal nas hipóteses de força maior. Se, houver, por acaso, tomando-se como exemplo, terremoto de graves proporções, absolutamente incontrolável e inevitável, não se poderá pretender obrigar o Estado a indenizar.

A força maior há de ser entendida dentro de seus limites próprios. Tais sejam, ocorrências **naturais, imprevistas e imprevisíveis que, ao ocorrerem, provocam danos.** Não se pode, entretanto, cogitar na existência de força maior quando, por exemplo, ocorram inundações na cidade previsíveis e que demandariam obras de infra-estrutura não realizadas.

Doutra parte, também não se poderia dizer ter ocorrido força maior se tombasse árvore sobre carro estacionado por ocasião de tempestade, se a árvore, por hipótese, estivesse sem exame de suas raízes por muito tempo. Ou, ainda, se já fora condenada por agrônomos. Somente a análise da hipótese concreta poderá resolver o problema.

Conseqüentemente inculpada no nosso Texto Constitucional a responsabilidade objetiva, **postulado do verdadeiro Estado de Direito**, no qual a Administração

age manietada, coartada, ao “influxo de uma finalidade cogente”, como nos diz Cirne Lima, cumpre, efetivamente, haja contrapartida dos agravos que devam ser suportados pelos administrados para implementação do interesse público. E, ademais e principalmente, não sejam suportadas ilicitudes em franca agressão ao ordenamento jurídico.

Derradeiramente, a respeito desse tópico, deve-se acrescentar que, à minguia de disposição constitucional expressa, **o princípio da legalidade e da igualdade**, como já acentuado, consubstanciado em todas as “Declarações de Direitos”, seria o suficiente a suportar a existência da responsabilidade por atos ilícitos, mesmo à minguia de regra expressa. E, quanto aos lícitos, bastaria como fundamentação **o princípio da igualdade**.

7. Responsabilidade pelos atos praticados pelo Legislativo e Judiciário

Os atos praticados pelo Legislativo e Judiciário, consoante nosso entender, também empenham responsabilidade estatal.

Na doutrina brasileira, devemos citar a magnífica monografia da Professora Maria Emília Mendes Alcântara¹⁰ como também a do professor Kazuo Watanabe¹¹ que a admitem francamente. Na doutrina estrangeira podemos trazer a contexto Ramón Real¹² e Soto Kloss¹³ que admitem a responsabilidade por atos praticados pelo Legislativo. Não obstante entendam de difícil caracterização a responsabilidade do Judiciário, a não ser nos casos expressamente assinalados nas legislações.

Note-se, ainda, a posição de Enterría e Ramón Fernandez no mesmo sentido, assinalando todavia a dificuldade¹⁴.

Quanto a nós, não vemos empecos para responsabilizar o Estado por atos praticados por suas funções, tais sejam a Judiciária e a Legislativa. Efetivamente encarna o Judiciário também a figura do agente público, de alguém que diz o Direito em normas concretas e por conta do Estado. Se assim é, dentro de certas comportas, que o regime jurídico da função postula, há de ser também responsabilizado na hipótese de lesão.

É evidente que se hão de colocar “standards” e critérios de razoabilidade para decisões judiciárias. Entretanto se houver decisões lesivas desconcertadas do Direito, certamente deverá o Estado responder, além da responsabilidade por erro judiciário penal, já consagrada pela jurisprudência.

Nosso posicionamento é, pois, no sentido de que o Estado responde e, sobretudo pela prestação jurisdicional retardada que acaba por configurar denegação de Justiça.

Doutra parte, por que não responderia também o Estado, por leis discriminatórias, que não guardam qualquer correspondência com as situações discriminadas? Por que não pelas leis inquinadas de desvio de poder manifesto?

10 WATANABE, Kazuo, *Responsabilidade por Atos Jurisdicionais*.

11 RAMÓN REAL, Alberto, *Responsabilidad del Estado*, pág. 81, Universidad del Norte Santo Tomás Aquino, 1982.

12 KLOSS, Soto, *Contencioso Administrativo y Responsabilidad del Estado*, “El Derecho Administrativo de Latinoamérica”, Colômbia, Bogotá, 1978.

13 ENTERRÍA, Garcia de e Fernandez, Thomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, v. 2, pág. 343/346.

14 COUTO E SILVA, Almiro, *Responsabilidade por Dano Decorrente do Planejamento Econômico*, RDP, n. 63, pág. 129, item 4.

Ainda no que concerne à legislação declarada inconstitucional, parece-nos, sem sombra de dúvida, deva o Estado responder, e, aliás, quanto a isso já há decisões jurisprudenciais.

Entendemos que a evolução para um verdadeiro Estado Democrático de Direito, encarregar-se-á, por certo, de resolver as distorções ainda existentes. Ainda, na “Constituição Dirigente” de Canotilho, sobretudo no capítulo referente à discricionariedade do Legislativo, fica bem claro que esta também é bastante limitada. O Legislativo tem suas peias e amarras hauridas da Constituição de seus princípios vetoriais. Portanto, os fundamentos do Estado democrático brasileiro têm de ser aferidos para se saber da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinados atos.

8. Responsabilidade por dano decorrente de planejamento

Tema apaixonante e tormentoso - fulcro de nossas preocupações neste estudo - concerne à responsabilidade estatal por ato decorrente do planejamento quer seja ele econômico ou urbano. **Este o ponto fulcral de nossa meditação.**

Versou com maestria o tema Almiro Couto e Silva¹⁵, intitulado seu trabalho “Responsabilidade por dano decorrente do planejamento” e defendendo-o em Canela, em 1981, no “III Congresso de Direito Administrativo”, e, posteriormente, publicando-o.

Em suas palavras:

“Fica assim claramente visto que, nos regimes de corte democrático, o primeiro problema jurídico que o planejamento projeta no plano lógico - o da sua admissibilidade em face da Constituição - é hoje, senão uma indagação de valor puramente histórico, pelo menos uma questão de simples medida. Efetivamente, não se discute mais que o planejamento seja possível dentro dos regimes democráticos. O que se pode discutir é se determinado plano, sob suspeita de violar direitos e garantias individuais, será ou não conciliável com a Constituição”.

Sua conclusão é no sentido de que o Estado não pode deixar de indenizar quando provoca dano ao administrado por descumprir planos a que se obrigara.

Claro é que não está o autor a se referir a qualquer espécie de planejamento. O autor pré-citado, o Professor Almiro Couto e Silva, refere-se a três tipos de planos, a saber: 1. planos indicativos, em que não há nota de obrigatoriedade; 2. planos incitativos ou estimulativos: a responsabilidade dependerá do que já tiver sido feito; 3. planos imperativos,¹⁶ como *verbi gratia* o Plano Cruzado adotado no Brasil, em 1986, ou o famigerado Plano Collor.

Tanto nos planos incitativos como nos imperativos pode haver responsabilidade estatal. E, também, nos meramente indicativos, cogentes para a pessoa pública, art. 174 da Constituição da República, que ora reproduzimos:

¹⁵ O autor, posteriormente, em outra palestra proferida, discriminou os tipos de planos que enumeramos.

¹⁶ GONZALES PERES, obra citada, pág. 31.

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Cabe, em brevíssimas palavras, referir o que sejam planos indicativos, incitativos ou imperativos.

Planos **indicativos** são aqueles em que o governo apenas assinala em alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento da iniciativa privada.

De outra parte, planos **incitativos** são aqueles em que o Governo não somente **sinaliza**, mas pretende também o **engajamento** da iniciativa privada para lograr seus fins. Nesses planos há não apenas a indicação como também, e, muitas vezes, promessas com várias medidas, quer por meio de incentivos, ou por qualquer outra forma para que a iniciativa privada colabore. Nessas hipóteses, contam os administrados que aos planos aderem com a confiança, a boa fé e a lealdade da administração. Portanto, se modificações houverem, certamente, em casos concretos existirão prejuízos.

Já os planos **imperativos** falam por si próprios, ou seja, a própria palavra, define-os. Imperativo é o que deve ser observado.

O problema será aferir, no caso concreto, a conduta estatal, a conduta do lesado para verificação se há de se colocar alguma excludente e o dano causado e, também, se o ato foi lícito ou ilícito. Todavia, mesmo lícito, dependendo das circunstâncias poderá haver responsabilidade estatal, conforme já averbamos no item 4 deste estudo.

Por seu turno, Jesús Gonzales Peres, em seu já citado “*El principio de la buena fe*”¹⁷, diz que o administrado tem o direito de confiar na Administração. Administração leal, portanto, é a que age com boa-fé¹⁸.

Em termos de Administração concertada, como dizem, Gordillo Laubadére, Vidal Perdomo¹⁹ tal seja a participação do administrado nos planos, é totalmente inviável excluir a responsabilidade do Estado por atos decorrentes de **modificação do planejamento**, sejam estes responsáveis (portanto lícitos), sejam irresponsáveis

17 No desempenho de nossa judicatura tivemos ocasião de decidir (decisão esta confirmada) em favor de administrado que concertara com o Governo Federal, mediante o que foi chamado de “Protocolo de intenções e Acordo Befiex”, determinado programa, auferindo, doutra parte, determinados incentivos. Implementada a obrigação estatuída, pretendeu, entretanto, o Ministro do Planejamento, modificar, mediante Portaria, a contrapartida do Governo, uma vez que o plano havia sido modificado:

“TRIBUTÁRIO. IPI. INCENTIVOS FISCAIS. BEFIEIX. DECRETOS-LEIS NÚMEROS 1.219, DE 15.5.72, ART. 16, E 491, DE 15 DE MAIO DE 1972, ART. 1º., PARÁGRAFO 1º. E 2º., PORTARIA Nº 89/81, DO SR. MINISTRO DA FAZENDA.

I - A sistemática de compensação de créditos relativos ao I.P.I., reconhecida a impetrante, através de ‘termo de garantia de manutenção de incentivos fiscais a programas especiais de exportação’, por prazo certo, não pode ser alterada, unilateralmente, pela administração, tanto mais através de simples Portaria, pois tal proceder 153,§ 3º., da Constituição.

II - “Sentença confirmada. Apelação desprovida.” (AMS Reg. nº 01.03391-SP, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, j. 10.12.84, v.u., 4ª T. da 1ª Região, DJ 21.2.85).

18 GORDILLO, Agustín, *Problemas del control de la Administración Pública en América Latina*, Cuadernos Civitas, 1981; LAUBADERE, “Contratos de la Administración Pública”, in *Contratos Públicos*, Universidad Nacional de Cuyo, 1986; VIDAL PERDOMO, *El Contrato de Obras Públicas*, Universidad Externado de Colombia, 1979.

19 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente do Planejamento*, trabalho sem publicação. Também parecer inédito do autor respondendo à consulta da Autolatina.

como acontece, muitas vezes, em países em que o grau de responsabilidade dos supremos governantes ainda deixa muito a desejar. E, ademais disso, em que o país, na verdade, passa a ser laboratório de experiências. É dizer, planos são elaborados sem a necessária previsão das conseqüências, tanto assim é que são modificados em brevíssimo prazo levando de roldão a iniciativa privada para graves conseqüências.

Ora, mesmo em governos com preocupação social, marcada como determina a Constituição Brasileira, não se poderia justificar mudanças descriteriosas a pretexto, à invocação do *interesse público*, chamada a contexto sem qualquer suporte.

Damos, também, como exemplo que deveria empenhar responsabilidade do Estado, a máxi-desvalorização do cruzeiro, ocorrida nos idos de 1979, no Brasil. Havia o Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico em vigor. O Governo, em jornais, televisões, reafirmava sua intenção de manter a mini-desvalorização, de conseguinte, de não proceder modificação na política adotada.

Entretanto, como também acontecia com freqüência, apesar de todos os desmentidos ocorreu a máxi-desvalorização levando, de roldão, várias firmas à ruína, uma vez que deviam em dólares, incentivadas também pelo governo. Poder-se-ia falar em irresponsabilidade diante de situações tais? Entendemos que não e, em nosso abono invocamos a lição autorizada de Celso Antônio Bandeira de Mello versando o mesmo assunto²⁰.

9. Modificação dos planos

As modificações de planos, também os econômicos, certamente podem e devem ocorrer, sobretudo em função de novos interesse públicos a concretizar. Todavia, é de se procurar assentar quais os limites de tais mudanças.

Em Canotilho, em trabalho de 1974, *Responsabilidade Decorrente de Atos Lícitos*, vamos encontrar a seguinte passagem:

“(…) Não discutiremos aqui se o plano é uma realidade jurídica autônoma ou se não passa de um conjunto de instrumentos diversos que não ganham qualquer qualificação jurídica especial pelo facto da sua reunião.

(…) Especialmente, importa enfrentar a questão de saber qual a tutela do particular afectado pela mudança de planos económicos à sombra dos quais tinha feito os seus prognósticos e criado situações económicas irreversíveis.” (pág. 203).

E, ainda, vai afirmar serem necessárias a proporcionalidade e utilidade da modificação. E, finalmente conclui:

“(…) Estas promessas podem ser medidas de direcção, originadoras de um grau de confiança e boa fé nos destinatários que os leve, ancorados na protecção administrativa, a arriscarem-se a negócios financeiramente ruinosos.

²⁰ Vejam-se, por todos, GOMES CANOTILHO, em seu *Direito Constitucional*, 6ª. edição revista, 1993, cap. III. Também FHORSTOFF, citado por Almiro Couto e Silva, *ob. cit.*, pág. 36, n. r. 25 e 26.

Parece-nos seguro ser de exigir à administração o exacto conhecimento das suas possibilidades a fim de evitar que, através de promessas não mantidas, leve os particulares a compromissos e a riscos que eles não dominam e que não correriam se não fossem as garantias dos entes públicos. Mas a demonstração da falta de cumprimento da promessa ou promessa será, talvez, elemento imprescindível ao desencadeamento do fenómeno indemnizatório.” (pág. 208).

A licitude ou ilicitude de tais modificações dependerá certamente da observância de determinados postulados essenciais. Aliás, quaisquer medidas restritivas da liberdade deverão estar fincadas na ausência de proibição constitucional e na necessidade de salvaguarda de outros valores substanciais do ordenamento jurídico.

Trata-se, então de saber se a decisão administrativa política teria observado outros direitos igualmente protegidos constitucionalmente e, sobretudo a não retroatividade a situações consumadas.²¹

10. O princípio da segurança jurídica, da confiança, da lealdade e da boa-fé

Os princípios da segurança jurídica, da lealdade e da boa fé são de primordial importância para verificação de ter a Administração permanecido dentro dos limites de sua competência discricionária ao tomar decisões administrativas de cunho político.

Deveras, a segurança jurídica e a certeza do direito são sobreprincípios de todo Estado que se pretenda democrático de direito. Fazem efetivamente parte da possibilidade de existência do “*due process*”.

Canotilho, em seu Direito Constitucional precitado, faz questão de dar especial ênfase ao requisito de não retroatividade de **lei restritiva**. Que se dirá, então de ato administrativo restritivo de direitos?

Lembremos que a não retroatividade é cláusula “pétreia” da Constituição. Ou, para os que preferirem nomenclatura diversa, a irretroatividade integra o cerne fixo da Constituição.

Investiguemos, pois, a necessidade de tais modificações serem razoáveis, motivadas e proporcionais.

10.1. Razoabilidade

A seguir, enfrentemos o princípio da **razoabilidade**, implícito na Constituição e de cabal importância, no que concerne à intervenção do Estado no domínio econômico.

Salienta o Prof. Récasens Siches²² a necessidade da razoabilidade no referente ao raciocínio jurídico. Consoante penso, não se pode conceber a função administrativa, o regime jurídico administrativo, sem se inserir o princípio da razoabilidade. É

21 RECASENS SICHES, Luis, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Cap. Tercero.

22 Sobre a necessidade de motivação do ato, consultem-se as seguintes obras: De la Vallina Velarde, *La Motivación del Acto Administrativo*, cap. VI; *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Caps. II e III, de GONZALEZ PEREZ, Jesus; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, pp. 75/77, como também LUCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., cap. IV, págs. 105-6.

por meio da razoabilidade das decisões tomadas, que se poderá contrastar atos administrativos e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo Direito.

Ver-se-á, mais adiante, que não é lícito ao administrador, quando tiver de valorar situações concretas, depois da interpretação, valorá-las a lume dos seus *standards* pessoais, a lume da sua ideologia, a lume do que acha ser bom, certo, adequado no momento, mas, deverá valorá-los a **lume de princípios gerais, a lume da razoabilidade**, do que, em direito civil, se denominam **valores do homem médio**.

Em síntese: razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, isto é, à relação de custos e benefícios.

10.2. *Proporcionalidade e congruência*

Ao lado da razoabilidade traz-se à colação, também, como princípio importantíssimo, o da **proporcionalidade**. Com efeito, resume-se o princípio da proporcionalidade em que as medidas tomadas pela Administração estejam na direta adequação das necessidades administrativas. Vale dizer: somente se sacrificam interesses individuais em função de interesses coletivos, de interesses primários, na medida da estrita necessidade, não se desbordando do que seja realmente indispensável para a implementação da necessidade pública.

Traduz o princípio da razoabilidade, pois, a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração.

10.3. *Motivação*

Traga-se a contexto o saudoso mestre Alberto Ramón Real, ao se referir à tese autoritária de que a Administração, em princípio, não necessitaria motivar seus atos.

Diz, o Professor:

“...O sentido progressista da extensão das garantias tende a sepultar esta tese tradicional, vestígio de autoritarismos, condenados pela História”.

Com relação à motivação, diríamos, que cumpre dois princípios. Cumpre o *due process of law* formal - porque está expressa no texto constitucional, art. 93, X, ou implícita por força do artigo 5º, XXXV, ou, ainda do mesmo artigo, inciso LV - e cumpre o *due process of law* substancial. Sem motivação não há possibilidade de aferir-se a justiça ou a injustiça de decisão, porque não saberemos se a decisão é boa ou má. Quais foram as razões dadas para tal decisão? As razões puramente subjetivas do administrador não deveriam contar muito, porque, na verdade, o administrador deve aplicar o direito no caso concreto, não à luz dos seus *standards* pessoais, mas à luz, sim, dos *standards* da comunidade, à luz do que é direito, aqui e agora, na comunidade, à luz do que é princípio, aqui e agora, na comunidade.

É a motivação fundamental no tocante aos princípios constitucionais da função administrativa, algo que se nos afigura da maior relevância, mormente em face da Constituição. Assinala-se, pois, a imprescindibilidade da motivação da atividade administrativa (embora muitos autores, é verdade que atualmente já ultrapassados, neguem-na, asseverando, equivocadamente, ser a motivação obrigatória, apenas e tão-somente, quando texto de lei expressamente previr).

Em outras palavras, as modificações repentinas de planos com prejuízo devem ter fase intermediária (Canotilho).

A motivação, como forma de controle da atividade administrativa, é de extrema importância. Lembro frase feliz de Bertham, citada por Michelle Taruffo: *“good decisions are such decisions for which good reasons can be given”*. Boas decisões são aquelas decisões para as quais boas razões podem ser dadas.

A motivação será, pois, a pedra de toque para o controle da discricionariedade dos atos políticos de planejamento.

11. Divisor entre atos controláveis e não controláveis pelo Judiciário

Estabeleceu-se no que tange ao controle, nítido divisor de águas entre os atos emanados dentro da competência vinculada, quando só caberia à Administração Pública a rigorosa subsunção dos atos chamados **discricionários**, em que a concreção da norma ficaria a critério de conveniência e oportunidade administrativas.

Ainda, seria a liberdade administrativa a mais abrangente possível, quando se tratasse de atos políticos ou de governo, categoria que se apartava atribuindo-se-lhe regime jurídico diverso.

Quanto aos atos políticos já os abordamos no item. 3.1. o que torna despicienda sua repetição.

Todavia, enfatizamos com Celso Antônio Bandeira de Mello: os atos políticos, como o planejamento, se ocasionarem danos não estão isentos de controle.

11.1. O controle possível dos atos políticos decorrente da própria evolução do controle dos atos administrativos com parcela de discricionariedade

Consoante entendemos, e, já afirmamos, **a discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critério de razoabilidade e afastado de seus próprios “standards” ou ideologias, portanto, dentro de critério da razoabilidade geral, dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.**

O intérprete, o aplicador, para concretizar a norma geral deverá primeiramente interpretá-la, depois terá de valorar qual a melhor maneira de atender a utilidade pública. **Tal valoração, entretanto, não é livre, no sentido de que possa o administrador, se assim o entender, preencher o conceito com seus critérios próprios.**

Examine-se a hipótese de intervenção do Estado no domínio econômico. A exata dimensão do conceito de complementariedade da atividade estatal (Constituição anterior) jamais foi questionada.

O art. 173, da Constituição da República, afirma que a atividade econômica cabe à iniciativa privada e que somente será permitida a intervenção estatal, quando necessária aos imperativos de **segurança nacional** ou de **relevante interesse coletivo**. O texto anterior referia-se ao caráter supletivo da atividade estatal.

Na vigência da antiga Constituição, o Estado criou as empresas que quis, e ninguém as questionou. Ninguém submeteu a questão ao crivo do Judiciário. Algumas delas, parece claro a qualquer um de nós, ao primeiro súbito de vista, jamais deveriam ter sido criadas. Outras, decorrido algum tempo, com a iniciativa privada suficiente, deveriam ter sido extintas ou ter passado ao domínio privado, o que se está a pretender agora com as privatizações.

É possível que se objete com a dificuldade de prova. Todavia, há outras provas difíceis, e que são aferidas pelo Judiciário. A suficiência ou insuficiência de determinada atividade é questão de prova pericial. Todavia, tal prova nunca foi pedida ao Judiciário, pelo menos não é de nosso conhecimento.

A jurisprudência brasileira, acompanhada pela doutrina tradicional, considerava que os atos discricionários não se submetiam a controle, no atinente a seu **mérito**. O caminho da evolução foi - sem dúvida - a afirmação de que, ao Judiciário caberia controlar toda a atividade administrativa desde que não invadisse o **mérito** das decisões discricionárias.

Em nossa judicatura vimos diversos exemplos de controle judicial, sobretudo pela motivação. No início, o antigo Tribunal Regional Federal de Recursos, admitia e até sumulou, a necessidade de motivação quando se tratasse de pauta de valor mínimo (Resoluções do Conselho de Política Aduaneira). Posteriormente ampliou reconhecendo que, em outras situações ainda que não prevista expressamente a motivação, diante de conceitos indeterminados, cumpria fundamentar as razões que levaram à adoção de determinados atos administrativos, muitas vezes veiculados por Resoluções (aliás, também atos administrativos).

A propósito, trago à colação acórdão de minha relatoria na REO no Mandado de Segurança nº 6856, Reg. nº 89.03.09050-0, j. 29.11.89, maioria de votos, publicado no Diário Oficial do Estado em 23 de abril de 1990, "*verbis*":

"TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. C.P.A. - Resolução - Majoração da alíquota de 15% para 30% do imposto de importação sobre filmes, com fundamento no art. 4º do Decreto-Lei nº 63/66 (motivos econômicos de ordem global).

- Razões econômicas de ordem global, constituem o pressuposto fático do ato administrativo. Entretanto, não basta sua menção. Necessária a indicação, ainda que resumida, das *situações econômicas de ordem global*. Vacuidade do termo. Precedentes jurisprudenciais do antigo Tribunal Federal de Recursos.

- As condutas administrativas devem ser motivadas para segurança e certeza do direito.

- Remessa oficial a que se nega provimento."

Portanto, verifica-se que em jogo está o problema da sindicabilidade ou não dos atos administrativos para estabelecimento do amplo controle, sobretudo de atos que comportariam, como se sói dizer, ampla discricionariedade quanto a seu mérito, assunto que trataremos no próximo tópico.

11.2. Sindicabilidade ou não do “mérito” do ato

Negava a jurisprudência também alicerçada na doutrina, como já nos referimos, a necessidade de motivação²³ dos atos discricionários. E isto porque, na competência discricionária administrativa de por e dispor, estaria entranhada a possibilidade de valoração sem contraste jurisdicional.

E por **mérito** do ato, compreendiam-se as razões de conveniência e oportunidade, que teriam fundamentado a decisão do administrador.

O saudoso Prof. Oswaldo A. Bandeira de Mello²⁴ divergia da afirmativa, dizendo, com muita propriedade, que não se furtariam os atos de governo do controle jurisdicional em face da norma insculpida no art. 5o., inciso XXXV do Texto constitucional, antigo artigo 153, parágrafo 4o., quando escrita a obra do autor.

Ademais, observou não prescindirem de motivação alguns atos também praticados dentro da competência discricionária²⁵.

Seabra Fagundes, o querido mestre de todos nós, em seu precioso “O Controle dos Atos Administrativos”²⁶, desde sua primeira edição, admitiu, às claras, que todos os atos administrativos eram subsumíveis ao controle jurisdicional, embora o **mérito** do ato não pudesse ser sindicado.

Aliás, diante da Lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 29/6/65), verifica-se, claramente, que a afirmação de impossibilidade de controle residia muito mais em arraigado preconceito, do que em decorrência de qualquer imposição normativa.

Dessume-se, pois, que o problema de se responsabilizar a Administração por danos decorrentes do planejamento - **e sobretudo das alterações do planejamento** - estão diretamente referidos à evolução penosa do controle da chamada discricionariedade administrativa. Tais limites, sem qualquer sombra de dúvidas, foram erigidos da mesma forma em que se admitia a desnecessidade da motivação, em resquícios autoritários que nada têm a ver com o **ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO** e com o **DUE PROCESS OF LAW** em seu mais genuíno sentido material.

Síntese conclusiva

Chegou a hora de traçarmos breve síntese conclusiva.

1. A motivação passa a ser, como já frisado e refrisado, princípio de cabal importância, pois não se pode dizer que a avaliação, feita pela Administração no que concerne ao planejamento ou a mudanças de planos, seja discricionária, com total margem de liberdade.

23 *Princípios Gerais ...*, cit., p. 417.

24 Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, *Princípios Gerais...*, cit., págs. 471/472.

25 Págs. 148 e ss.

26 Deveras, o art. 1º. da mencionada lei afirma: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de **atos lesivos** ao patrimônio da União, do Distrito Federal (...)” (grifamos).

1.1. É por meio da motivação que será possível verificar a **razoabilidade**, a **congruência lógica** entre ato emanado e seu motivo (pressuposto de fato), a **boa-fé** da Administração, etc.

E, somente por meio desse controle é que poderemos verificar quais os danos **certos, especiais e anormais** resultantes do planejamento caso estejamos diante de atos lícitos, isso porque se estivermos diante de atos ilícitos, bastará a relação de causalidade e a não imputação ao lesado de culpa ou, então, a não ocorrência de força maior (excludentes da responsabilidade).

2. A responsabilidade do Estado, princípio basilar do Estado verdadeiramente de direito, postula que o controle jurisdicional torne-se mais amplo a fim de se efetivarem as garantias constitucionais, consagradas na “Declaração de direitos individuais e coletivos”.

3. Estado responsável é o que prevê para prover, o que abriga às escâncaras a lealdade, a boa-fé e vela pela segurança jurídica.

4. O planejamento pode e deve ser modificado sem porém atritar-se com garantias fundamentais, com o atropelo dos valores fundamentais consagrados pela Constituição, sobretudo com a **dignidade da pessoa humana**, os **valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**.

**Publicado originalmente na Revista nº 5 jan./jun. 1997, p. 97.*

DA IMPOSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DAS ATIVIDADES DE TRÂNSITO A PARTICULARES

LUCIANO OLIVEIRA MATTOS DE SOUZA*

1 - Introdução. 2 - Código Brasileiro de Trânsito. 3 - Delegação de competências administrativas. 4 - Convênios Administrativos. 5 - Fiscalização do Ministério Público - Meios. 6 - Conclusão.

1 - Introdução

A sociedade reclamava, com apoio na mídia, a instituição de leis de trânsito mais severas, diante dos cada vez mais elevados números relativos a acidentes de trânsito, que ocasionavam mortes com quantitativos insustentáveis.

Necessitava-se, assim, de um disciplinamento mais consentâneo com a realidade, porque os veículos se tornaram mais potentes, outros equipamentos de segurança foram criados e ausentes estavam normas educadoras e orientadoras do trânsito, além de existirem penalidades leves, propiciando abusos incomensuráveis por parte dos motoristas.

2 - Código Brasileiro de Trânsito

Atendendo, assim, aos reclamos sociais, o Poder Legislativo aprovou e o Poder Executivo sancionou a Lei nº 9.503/97, que criou o novo Código Brasileiro de Trânsito.

A par das severas penalidades estipuladas, com multas elevadas, cassação da habilitação para dirigir e outras, além do escalonamento da gravidade por pontuação, instituiu o Sistema Nacional de Trânsito, composto por todas as Unidades da Federação, no artigo 7º, da seguinte forma:

- I - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), coordenador e órgão máximo normativo e consultivo do sistema;
- II - Conselhos Estaduais de Trânsito (CETTRAN) e Conselho de Trânsito do Distrito Federal (CONTRANDIFE), órgãos normativos, consultivos e coordenadores;
- III - Órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios;
- IV - Órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- V - Polícia Rodoviária Federal;
- VI - Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal; e
- VII - Juntas Administrativas de Recursos de Infrações - JARI.

* Promotor de Justiça na Comarca de Cabo Frio - RJ.

Conforme se verifica do texto acima, vários são os órgãos componentes do Sistema Nacional de Trânsito, alguns com atribuição para atuação na base territorial de outro, na forma do sistema federativo brasileiro, nos expressos termos da Lei Maior.

A recenticidade desta lei vem propiciando críticas, questionamentos e formulações, como qualquer texto legislativo inovador, ainda que anteriormente já existissem normas disciplinadoras das atividades do trânsito.

Segundo os artigos 8º a 24, o Código enumera as competências administrativas dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Trânsito, que compõem, em sua expressiva maioria ou quase totalidade, um feixe de competências que se inserem na exteriorização do conhecido e denominado Poder de Polícia da Administração.

O glosador **Antonio A. Queiroz Telles** comenta:

“De fato, ‘a legitimidade do poder de polícia, em matéria de regulamentação de tráfego, decorre da necessidade de atender aos interesses da coletividade, ligados à segurança do público, à sua tranqüilidade, sossego e facilidades de transporte de toda natureza. Neste terreno, muito amplo é o poder de polícia.” (citando **Themístocles Brandão Cavalcanti**).

(...)

“Mesmo atendidos os requisitos referentes à habilitação e ao exame médico do condutor, às normas de segurança do veículo, a polícia do trânsito terrestre fiscaliza, nas ruas e rodovias, a obediência a outras exigências, como por exemplo, a velocidade, os sinais, a intensidade das luzes, o estacionamento, a ultrapassagem, o uso do cinto de segurança, a mão de direção, a prudência, nos termos da legislação pertinente” (Introdução ao *Direito Administrativo*, Ed. RT, 1ª ed., pág. 273/274).

A organização, coordenação e fiscalização das atividades relacionadas ao trânsito, em todas as esferas e órgãos componentes do Sistema, traduzem explicitamente o poder de polícia estatal, que, segundo a Profª. **Maria Sylvia Di Pietro** é “a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.” (*Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 3ª. ed., pág. 88).

Com ele, especificamente neste caso, pretende o Estado, quer com a edição da lei, quer com a fixação das competências para seus órgãos, a restrição às atividades das pessoas, das garantias e direitos individuais, em detrimento do interesse coletivo, fim primário da própria existência do Estado.

Em que pese limitar direitos individuais, como o da liberdade de locomoção, de ir e vir da melhor forma que aprouver, o exercício do poder de polícia se torna legítimo, porque impõe normas de restrição para benefícios desses mesmos direitos, mas sob a ótica coletiva, de toda a sociedade, de forma que possam ser exercidos harmonicamente por todos.

3 - Delegação de competências administrativas

Logo após disciplinar as competências, a lei cogita da norma contida no art. 25, que, *data venia*, vem ensejando, principalmente no seio da Administração Pública, equivocada inteligência.

“Art. 25. Os órgãos e entidades executivos do Sistema Nacional de Trânsito poderão celebrar convênios delegando as atividades previstas neste Código, com vistas à maior eficiência e à segurança para os usuários da via.

§ único. Os órgãos e entidades de trânsito poderão prestar serviços de capacitação técnica, assessoria e monitoramento das atividades relativas ao trânsito durante prazo a ser estabelecido entre as partes, com ressarcimento dos custos apropriados.”

Em mera leitura do artigo, poder-se-ia chegar à falsa ilação de que as referidas competências são delegáveis a qualquer pessoa, desde que possibilitem maior eficiência e segurança no trânsito, inclusive terceirizando as respectivas atribuições.

No entanto, esta não é a melhor interpretação a ser dada à norma em comento, *permissa venia*.

O Código possui inúmeras normas de conduta, que impedem um entendimento isolado, devendo ser utilizada a metodologia de interpretação sistemática, de forma que seus dispositivos possam ser interpretados em conjunto.

Ao mencionar a expressão delegação, não quis o legislador possibilitar a terceirização das atividades do trânsito, delegando a particulares, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, o exercício do poder de polícia que é inerente ao Estado.

O § 4º do art. 280 somente permite a lavratura do auto de infração por servidor civil, celetista ou estatutário. Por outro lado, o art. 19, VII, admite, *verbi gratia*, a delegação para outros órgãos integrantes do sistema.

Então, qualquer atividade que se traduza em típico exercício do poder de polícia, inclusive as chamadas sanções de polícia, que são decorrência do mesmo, não admite delegação a particulares.

É bom distinguir-se, desde já, o poder de polícia propriamente dito e as sanções do poder de polícia, ambos presentes no elenco de competências dos entes componentes do Sistema Nacional de Trânsito.

As sanções de polícia são medidas punitivas que acompanham o poder de polícia, indispensáveis a sua eficiência, em virtude da natureza coercitiva deste, sem as quais não teria sentido a sua existência, porque não se conseguiria o fim público almejado. Assim ensina **Álvaro Lazzarini**, em *Estudos de Direito Administrativo*, Ed. RT, 1ª ed., pág. 197.

Portanto, sendo parcela direta do exercício das autonomias dos entes federativos, integrante da ordem pública, diretamente interferidor nos direitos fundamentais do indivíduo e tendo como fundamentos-base o interesse público e a supremacia deste sobre o do particular, não pode ser delegado a terceiros, estranhos à autonomia dotada pela Constituição Federal.

Citando uma vez mais **Álvaro Lazzarini**: “O Poder de Polícia é um conjunto de atribuições da Administração Pública, **indelegáveis aos particulares**, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades.” (idem, pág. 203, grifo do subscritor desta).

O poder de polícia, por sua extensão e amplitude, bem como pelos seus atributos – auto-executoriedade, coercibilidade e discricionariedade – não pode estar nas mãos de pessoas não integrantes da Administração Pública, com interesses diversos, ao menos em tese, porque não pactuados com os elevados interesses públicos que o legitimam.

Bem por isso possui limites e acarreta responsabilidades civis, administrativas e penais a quem dele abusar.

Nesses limites, dentre outros, encontram-se: “Como todo o ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo em relação aos motivos ou ao objeto:...” (Di Pietro, Idem, pág. 92).

Depreende-se, portanto, que, ao mencionar a lei a possibilidade de delegação, somente se refere àquela ocorrida entre os próprios integrantes do sistema ou a outros órgãos administrativos que, mesmo que dele não façam parte, possam exercer o poder de polícia; é o caso, por exemplo, em que, escolhido o órgão executivo de trânsito municipal como sendo a Secretaria de Transportes, esta delegue a atividade de fiscalização no trânsito ao Departamento de Guarda Municipal.

Admite-se, todavia, conforme moderna doutrina, a delegação a entidades componentes da administração indireta, desde que tenham personalidade jurídica de direito público e criadas para tal fim.

4 - Convênios administrativos

Os convênios administrativos permitidos pelo mencionado art. 25, via de consequência, somente podem ser celebrados, no que tange ao exercício do poder de polícia, entre entidades públicas, integrantes ou não do sistema, conforme apontado alhures.

Em lição doutrinária, salienta-se a do Prof. **José dos Santos Carvalho Filho**:

“Como bem consigna a clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES, convênio e contrato não se confundem, embora tenham em comum a existência de vínculo jurídico fundado na manifestação de vontade dos participantes.

“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Neste tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro procurado por celebrar contratos. De fato, num contrato de obra o interesse da Administração é a realização da obra, e o do particular o recebimento do preço. Num convênio de assistência a menores, porém, esse objetivo tanto é do interesse da Administração como também do particular. Por isso, pode-se dizer que as vontades não se compõem, mas se adicionam.” (Manual de Direito Administrativo, Ed. Freitas Bastos, 1ª ed., pág. 146).

E, nas próprias palavras de Hely, vai mais além:

“ ... no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários); uma, que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço, etc.); outra, que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio, a posição jurídica dos signatários é uma só e idêntica para todos, podendo haver, apenas, diversificação na cooperação de cada um, segundo as suas possibilidades para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.” (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Ed. RT, 11^a. ed., págs. 337/338).

Ora, ainda que se admitisse a possibilidade de delegação do poder de polícia a particulares, a própria natureza do convênio desfigura qualquer possibilidade nesse sentido, pois o particular tem objetivo diverso do que a própria eficiência e segurança no trânsito, ainda que mediatamente assim o pretenda.

O particular visará o pagamento da contraprestação pelo exercício da atividade fiscalizadora.

A própria utilização do termo convênio reforça mais ainda a impossibilidade do exercício das atividades de polícia no trânsito por particulares.

E ainda nas atividades em que se admita tal delegação, como por exemplo a de elaboração e colocação de placas de sinalização, jamais se poderá permitir, sem a competente licitação, a celebração de qualquer ajuste visando à prestação de tais serviços, sob o argumento de ser o instrumento adequado o convênio, sendo inexigível o procedimento, porque a Lei nº 8.666/93, assim o exige – art. 116, como também por não possuir essa natureza, e sim de verdadeiro contrato.

Exige-se o competente procedimento licitatório para qualquer ajuste celebrado pela Administração Pública. Essa é a regra consagrada constitucionalmente pela norma insculpida no art. 37, inciso XXI. Portanto, as exceções devem ser interpretadas restritivamente, nos expressos termos da lei, mais precisamente pelo Estatuto da Licitação.

Obviamente, entre as entidades públicas e as entidades integrantes do sistema, desnecessária a licitação para os fins de convênio, onde se delega competência para o exercício do poder de polícia no trânsito.

5 - Fiscalização do Ministério Público - Meios

Como defensor da ordem jurídica e do interesse social, o Ministério Público tem importante tarefa na defesa dos direitos e garantias individuais, que restará vulnerado, com o exercício ilegítimo do poder de polícia, devendo, por conseguinte, manejar medidas cautelares ou ações civis públicas para a proteção desses direitos, de natureza difusa ou coletiva, na forma dos artigos 127 e 129 da Constituição Federal e da Lei nº 7.347/85.

Aliás, é essa mesma a função principal do Ministério Público: proteção do interesse social.

No momento em que são olvidados os direitos fundamentais dos indivíduos e os princípios constitucionais, pode e deve o Parquet buscar a proteção judicial deles, na medida em que tenham dimensão social.

Verificando o Promotor de Justiça que as atividades de fiscalização e coordenação do trânsito estão sendo desenvolvidas por particulares, destituídos de competência, tornando-as ilegais e até mesmo arbitrárias, uma vez que a discricionariedade tem que estar acompanhada dos limites da lei, surge então o fundamento constitucional justificador de sua atuação, de excepcional relevância.

6 - Conclusão

- 1) O poder de polícia no trânsito é indelegável a particulares;
- 2) Os convênios administrativos de delegação somente são cabíveis entre órgãos ou entidades integrantes do Sistema Nacional de Trânsito ou com pessoas jurídicas de direito público, onde se admita o exercício dessa atividade;
- 3) O Ministério Público pode e deve fiscalizar a forma e os instrumentos de delegação, e esta em si, utilizando-se das medidas cautelares e ações civis públicas ou de outros meios processuais postos a sua disposição.

**Publicado originalmente na Revista nº 7 jan./jun. 1998, p. 189.*

DESAPROPRIAÇÃO

LUIZ FABIÃO GUASQUE*

1. Introdução

O Estado, para realizar sua tarefa de atender à utilidade da maioria, pratica atos em que submete o interesse particular a este fim. Em todas essas manifestações da vontade estatal, esta submissão se dá pelo poder jurídico que tem de submeter todos os seus súditos a esta vontade.

Entretanto, este poder jurídico do Estado não é incircunscrito. Sofre as limitações ao direito dos cidadãos, pois que poder ilimitado é sinônimo de arbítrio, inconcebível em um Estado de Direito.

Quando expressa esta postura de sujeição do interesse particular ao público, dizemos que pratica atos de império. E quando a avaliação dos interesses em confronto, o público e o privado, são equivalentes, os atos do Estado são denominados de gestão.

Portanto, a expropriação de um bem móvel ou imóvel do particular para o patrimônio público deve obedecer a certas restrições impostas pela Constituição da República e leis ordinárias.

Ao estabelecer os direitos e garantias fundamentais, a lei maior assegura o direito de propriedade, no inc. XXII do art. 5º, e estabelece que a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social só se dará mediante justa e prévia indenização em dinheiro (inc. XXIV). As exceções são previstas a nível constitucional, como não poderia deixar de ser, pois que limitações a nível de lei ordinária confrontariam com o assegurado na lei magna, redundando em inconstitucionalidade. São elas as dos arts. 184 e 182, parágrafo 4º, II, e 243, todos da Constituição da República.

Preceitua o art. 5º, inc. XXIV:

“a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, **mediante justa e prévia indenização em dinheiro**, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”

A primeira consequência do preceito é a de que qualquer intervenção do Estado na propriedade privada com o intuito de expropriá-la terá de ser precedida de justa e prévia indenização em dinheiro, afora as exceções que veremos adiante, mas, a regra, é: o pagamento prévio em dinheiro.

Tal preocupação do Constituinte não é infundada. O comum nos casos de desapropriação é o Estado, após obter a posse do bem, protelar o pagamento da indenização de todas as formas, usando o Poder Judiciário, moroso em suas decisões, como meio ao locupletamento e passando o dever do pagamento à administração subsequente.

* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Desta forma, não nos parece que vigore mais o preceito do art. 15 do Dec.-Lei 3365/41, que possibilitava ao expropriante, mediante alegação de urgência, depositar o preço estimado conforme o parágrafo 1º, letras “a”, “b”, “c” e “d”.

Reforça esse entendimento a disposição final contida na Constituição, que exclui a necessidade da justa e prévia indenização em dinheiro apenas nos casos ressalvados na própria lei maior.

E não poderia ser de outra forma, pois o direito de propriedade está inserido no Título II, como direito e garantia fundamental da pessoa, essência do regime democrático, que, ao estabelecer a segurança jurídica, foi expresso em seus fundamentos com os princípios da legalidade (inc. II); do devido processo legal (inc. LIV); o do contraditório e o da ampla defesa (inc. LV).

2. O controle jurisdicional do ato expropriatório

No art. 37 à administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é determinada a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Assegura, assim, o controle dos motivos do ato administrativo pelo Judiciário, que analisará a veracidade ou não do que argüiu o Poder Público para proceder à intervenção expropriante na propriedade privada. Se inexistentes os motivos alegados, o ato deverá ser declarado nulo por desvio de finalidade da administração na gestão do interesse público.

Aperfeiçoa, desta maneira, o controle dos poderes do Estado, realizando a chamada doutrina dos freios e contrapesos expressa no art. 2º da Constituição da República.

Afora a possibilidade de desapropriação pelo Poder Público *stricto sensu*, também existem autarquias, pessoas jurídicas de direito público, integrantes da administração indireta, detentoras de poder expropriante, como, por exemplo, o DNER, conforme o Dec.-Lei 512/69.

3. Discussão sobre o preço e meios de defesa

Mas, é bom que se diga, que na relação jurídico-processual entre o Estado e o expropriado, só lhe é possível discutir vício do processo judicial ou impugnação do preço (art. 20 do Dec.-lei 3365/41). Na hipótese de ilegalidade do ato expropriatório, ou por preterição de forma ou ausência de motivos, que como vimos não desobriga a administração à sua observância, a parte poderá usar ou de ação declaratória para buscar a declaração de nulidade do ato administrativo, ou pedir segurança (inc. LXIX), ou buscar qualquer outra ação de controle da atividade administrativa como o são as ações popular e civil pública (inc. LXXIII).

Essa preocupação com a iniquidade quanto à justa e prévia indenização em dinheiro, como revelamos acima, é constatada pelas várias súmulas dos diversos tribunais que buscam combater as injustiças cometidas pelo Poder Público, que não devem ter mais espaço em um regime democrático que pretende uma sociedade livre, justa e igualitária (art. 3º, inc. I).

São elas:

Supremo Tribunal Federal

“561 – Em desapropriação, é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez.

618 – Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano.

164 – No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência.”

Extinto Tribunal Federal de Recursos

“74 – Os juros compensatórios, na desapropriação, incidem a partir da imissão na posse e são calculados, até a data do laudo, sobre o valor simples da indenização e, desde então, sobre referido valor corrigido monetariamente.

110 – Os juros compensatórios, na desapropriação, são calculados à taxa de 12% (doze por cento) ao ano.

75 – Na desapropriação, a correção monetária prevista no parágrafo 2º do art. 26 do Decreto-Lei nº 3365, de 1941, incide a partir da data do laudo de avaliação, observando-se a Lei nº 5.670, de 1971.

136 – A correção monetária, na desapropriação, deve ser calculada com base na variação nominal das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN).

70 – Os juros moratórios, na desapropriação, fluem a partir do trânsito em julgado da sentença que fixa a indenização.”

Superior Tribunal de Justiça

“12 – Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios.”

4. Extensão do direito de propriedade em nível constitucional

O direito de propriedade, como tratado pelo Código Civil no art. 524, expressa as faculdades de usar, gozar e dispor de seus bens, bem como o poder de reavê-los de quem quer que os possua injustamente. É o chamado direito por excelência, pois encerra mais faculdades do que qualquer outra relação jurídica.

Mas, esse direito sofre limitações nas relações de direito privado, como as impostas pelo direito de vizinhança (art. 554 e segs. do Código Civil), e também as determinadas pelas posturas municipais ou regulamentos administrativos (art. 572 *in fine* do Código Civil).

Entretanto, essas várias relações jurídicas que se formam com o direito de propriedade, aí não se esgotam. É evidente, que tal direito deve se coadunar ao sistema jurídico estabelecido com a Constituição da República, que, ao determinar um regime de liberdade, se preocupa em construir uma sociedade livre e igualitária (art. 3º e incisos). Em vista disso, o sagrado direito de propriedade se submete a atender a sua função social (inc. XXIII do art. 5º), o que vem reafirmado quando a lei magna trata dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, inc. III); quando fala da política urbana (art. 180, parágrafo 2º). E como não poderia deixar de ser, quando trata da política agrícola e fundiária e da reforma agrária no art. 184.

Como já dissemos, a regra nas desapropriações urbanas é de que se proceda mediante prévia e justa indenização em dinheiro (art. 182 par. 3º). Mas, há outras formas de intervenção, assemelhadas à desapropriação, que buscam atender a função social da propriedade, antes de chegar-se ao ato expropriatório.

Estão elas previstas no art. 182, par. 4º e incisos que determina:

“É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, **sob pena**, sucessivamente, de:

I – parcelamento e edificação compulsórios;

II- imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;”

Como se procederá essa exigência de parcelamento e edificação compulsórios, ainda não sabemos, pois não foi promulgada lei que o estabeleça.

O imposto progressivo tem natureza de sanção, e deverá ser este o seu fato gerador, o que o difere do previsto no art. 156 par. 1º, que, preocupado com a finalidade da função social da propriedade, possibilita a progressividade à lei municipal.

No inciso III, aparece a primeira exceção à regra da desapropriação, com a possibilidade do pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

A hipótese, como as demais, tem evidente sentido de sanção, como indica claramente o **caput** do parágrafo 4º.

Também outra forma de penalização com a desapropriação é a prevista no art. 184, que comete à União o poder de desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

As limitações a esse poder expropriatório estão previstas no art. 185, que impede a desapropriação da pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra, bem como a propriedade produtiva (incs. I e II).

Mas, que é afinal a função social da propriedade?

Embora reserve, um campo de complementação à lei ordinária, a própria carta política assenta requisitos no art. 186 que determina:

“A **função social** é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

A única exceção de previsão de confisco é a do art. 243, para a hipótese de culturas ilegais de plantas consideradas psicotrópicas, que serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, **sem qualquer indenização ao proprietário** e sem prejuízo de outras sanções previstas na Lei 8.257, de 26.11.1991.

Acrescenta ainda, em seu parágrafo único, que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins **será confiscado** e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

5. Desapropriação e domínio público

Como já dissemos, o direito de propriedade sofre limitações administrativas de uso pelas posturas Municipais ou regulamentos administrativos. Hipótese diametralmente oposta é a de contratos de cessão de uso entre o Poder Público e o particular para a utilização, gratuita ou onerosa de bens de domínio público.

Nesses casos, o particular não tem direito a indenização, pois usa o que é de domínio do Estado.

Nesse sentido a Súmula 479 do T.F.R.

“As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscentáveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização.”

Já na hipótese de limitação administrativa, esta natureza lhe retira o caráter indenizatório, conforme a Súmula 142 também, do extinto T.F.R.

“A limitação administrativa *non aedificandi* imposta aos terrenos marginais das estradas de rodagens, em zona rural, não afeta o domínio do proprietário, nem obriga a qualquer indenização.”

6. Os casos de desapropriação discriminados pela lei ordinária

O Decreto-Lei 3365/41 (lei geral de desapropriações) dispõe sobre o que considera casos de desapropriação por utilidade pública no seu art. 5º letras de “a” a “p”.

As hipóteses de interesse social estão determinadas no art. 2º, incisos I a VIII, e parágrafos 1º e 2º da Lei 4132/62.

O estatuto da terra, Lei 4504/64, no seu art. 18, elenca outras situações.

A imissão na posse *initio litis* de prédio urbano residencial vem prevista no Dec.-Lei 1075/70, devendo adequá-lo a regra da justa e prévia indenização em dinheiro como referimos.

7. Direito de extensão

O direito de extensão é a faculdade concedida ao expropriado de, uma vez determinada a área objeto da desapropriação, e havendo hipótese de remanescente da propriedade que perca consideravelmente o valor ou mesmo se torne imprestável ao uso, poder o mesmo requerer ao Poder Público que estenda a área sobre esses limites, de forma a que não se comprometa a finalidade da indenização justa. É ele previsto no Decreto Federal nº 4956/1903 no seu art. 12, e para fins de reforma agrária no art. 19, parágrafo 1º, da Lei 4504/64.

8. Desapropriação por zona

É a que se destina a abranger área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente em consequência da realização do serviço. É necessário que a declaração de utilidade pública a compreenda, mencionando quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda (art. 4º do Dec.-Lei 3365/41).

9. Os legitimados a desapropriar

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, além de outras pessoas jurídicas como as autarquias, como dissemos, podem desapropriar, sendo que, seguindo uma hierarquia vertical de competências, o parágrafo 2º do art. 2º possibilita a União desapropriar bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como aos Estados os dos Municípios. Qualquer das hipóteses necessita de autorização legislativa.

Também o Legislativo pode tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo ao Executivo efetivá-la (art. 8º, todos da lei geral de desapropriações, Dec.-Lei 3365/41).

Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa constante de lei ou contrato (art. 3º).

a) *Exceção*

O parágrafo 3º do art. 2º, que se aplica em regra a concessionárias de serviços públicos, veda a desapropriação pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine a sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República.

Nesse sentido a Súmula 157: **“É necessária prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados, de empresas de energia elétrica.”**

b) *Declaração por decreto*

O art. 6º determina que a declaração de utilidade pública se faça por decreto.

10. Caducidade

A desapropriação deve efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente dentro de 5 anos, contados da data da assinatura do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração (art. 10).

O prazo é menor para a hipótese de desapropriação por interesse social, o que o art. 3º da Lei 4132/63 fixa em dois anos.

Uma vez declarada a utilidade pública para a desapropriação do imóvel, ainda é mantido o direito de propriedade com as faculdades jurídicas a ele inerentes, nos termos do art. 524 do Código Civil, conforme a Súmula 23 do Supremo Tribunal Federal que estabelece:

“Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para a desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada.”

11. Competência jurisdicional

A competência, em regra, é determinada pelo art. 95 do Código de Processo Civil que a determina pelo foro da situação da coisa, *forum rei sitae*, pois que versa sobre direito de propriedade.

Entretanto, a competência poderá ser deslocada para a justiça federal, quando a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, conforme disposto no art. 109 inc. I da Constituição da República.

Nesses termos a Súmula 62 do extinto Tribunal Federal de Recursos:

“Compete à Justiça Federal processar e julgar ação de desapropriação promovida por concessionária de energia elétrica, se a União intervém como assistente.”

12. Auto-executoriedade do ato expropriatório

Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração (art. 7º).

13. O espaço discricionário do ato expropriatório

É evidente que o ato administrativo que expropria um bem se submete aos princípios gerais que regem a administração pública. Os preceitos do art. 37 da C.R., no que se relaciona com a legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, devem ser respeitados. Entretanto, como sabemos, o mérito do ato administrativo, ou seja, o juízo sobre a conveniência e oportunidade da prática do ato refogem ao exame do judiciário, vez que respeitaria o art. 2º da lei maior que prega a independência e harmonia dos poderes.

Mas, a existência ou não dos motivos que ensejariam o possível desvio de finalidade administrativa deve ser sopesado no exame do ato pelo judiciário. Nesse sentido, podemos citar o trabalho de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo”, em RDP 90/57.

O princípio da motivação é consequência do da moralidade.

Há julgado do S.T.F., no sentido de que não há interesse social na desapropriação para revenda (RDA 170/139).

14. Direitos de terceiros

No valor da indenização, não se incluirão direitos de terceiros contra o expropriado (art. 26). RTJ 110/1292 – locatário não tem direito se o contrato é por tempo indeterminado.

A consequência é lógica. O ato de declaração de utilidade pública, como o indica a própria lei, tem natureza declaratória, e seus efeitos, como não poderia deixar de ser, são *ex tunc*, ou seja, retroagem até a data da aquisição originária pelo atual proprietário no momento da intervenção estatal.

15. Incidência tributária

Por este motivo é que o Supremo Tribunal Federal já entendeu que não incide imposto de renda na desapropriação porque é aquisição originária.

O Código Civil reconhece e regula diversos modos de adquirir. Uns aplicam-se, exclusivamente, aos móveis, como a ocupação; outros, exclusivamente, aos imóveis, como a transcrição do título; **uns são originários, como a acessão natural, outros derivados, como a tradição** (Clóvis Beviláqua – *Comentários ao Código Civil*, vol. III, pág. 60).

16. Honorários (art. 27 parágrafo 1º)

Súmula 617 do S.T.F.

“A base de cálculo dos honorários de advogado em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização corrigidas ambas monetariamente.”

141 do T.F.R.

“Nas ações de desapropriação, computam-se, no cálculo da verba advocatícia, as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidas.”

17. Duplo grau de jurisdição (art. 28 parágrafo único)

Súmula 218 do T.F.R.

“A sentença proferida em ação expropriatória a qual se tenha atribuído valor igual ou inferior a 50 ORTNs, não está sujeita ao duplo grau obrigatório, nem enseja recurso de apelação.”

18. Nulidade do processo de desapropriação

O art. 35 estabelece que uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação julgada procedente resolver-se-á em perdas e danos. Isto só ocorre após a transmissão.

É importante frisar que a interpretação do artigo, por constituir exceção, deve ser feita em sentido estrito, referindo-se tão-somente à nulidade no processo. Não incidirá na hipótese de ilegalidade da desapropriação por inexistência de motivos ou desvio de poder.

19. Retrocessão

A retrocessão, ou seja, o retorno do bem ao patrimônio do particular é previsto no art. 1150 do Código Civil e só para a hipótese ali contemplada.

A retrocessão é sempre direito real e pode se dar mesmo depois da transcrição (RDA 167/249-TFR-Rel. Pádua Ribeiro).

Herdeiro também pode pedir (RDA *idem*)

20. Disposições Gerais

Art. 31. Ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado (ver arts. 738, 762, V; 808; 1676; 732 e 762; 1558, II; 1559, todos do Código Civil).

21. Intervenção do Ministério Público

Embora haja julgados do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o Ministério Público não intervém na desapropriação (S.T.F. RTJ 93/226), o que deve ocorrer somente no precatório, entendemos que tal posicionamento está superado.

O *Parquet* foi colocado em nível constitucional como o defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art.127 caput da Constituição da República). É evidente que tal missão lhe ampliou sobremaneira o campo de atuação, pois que o regime democrático se funda no respeito a todos os Direitos e Garantias Fundamentais expressos no Título II da carta política.

Ali estão garantidos o direito de propriedade e a justa e prévia indenização (art. 5º incs. XXII e XXIV). Desta forma, o Ministério Público está legitimado não só a fiscalizá-los, mas até mesmo a defendê-los na hipótese de o Estado vir a desrespeitá-los.

Já no sentido de que a relação Estado-proprietário é de natureza pública, e por isso indisponível quanto ao justo preço, a Súmula 118 do extinto T.F.R.:

“Na ação expropriatória, a revelia do expropriado não implica em aceitação do valor da oferta e, por isso, não autoriza a dispensa da avaliação.”

**Publicado originalmente na Revista nº 5 jan./jun. 1997, p. 118.*

ZONA DE LUMINOSIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

ROGÉRIO PACHECO ALVES*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Princípio Republicano e a sua Correlação com o Princípio Democrático; 3. Luminosidade Patrimonial dos Agentes Públicos; 4. Luminosidade Processual e Direito à Informação; 5. Conclusão.

1. Introdução

A vida em sociedade impõe ao indivíduo uma série de limitações – algumas não razoáveis – o que decorre da constante interação em busca da satisfação das crescentes necessidades. Neste contato com o grupamento, no entanto, todo homem tem o direito de alhear do conhecimento da coletividade aspectos que, por serem muito caros à sua história pessoal ou familiar, constituem elementos essenciais ao desenvolvimento de sua personalidade¹. Tal *direito de reserva*, como facilmente se verifica, vê-se gradativamente aviltado pelas facilidades que decorrem da informatização e da velocidade dos meios de comunicação, bastando referir a crescente preocupação que a indevida utilização de *bancos de dados* vem suscitando entre os juristas, bem assim os limites que se devem impor às comunicações via *Internet*, só para citar dois exemplos. Tudo isso tendo como pano de fundo a denominada “globalização”, fator de constante aniquilamento da individualidade e das identidades histórico-culturais.

Em vista de tal realidade, os ordenamentos jurídicos preocupam-se, cada vez mais, com o resguardo da intimidade (aqui tomada em sentido amplo), “a necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna”². E em nosso sistema constitucional, como não poderia deixar de ser, vamos encontrar relevantes regras a respeito do assunto³, dentre as quais ganha destaque a contida no art. 5º, X, segundo a qual “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A proteção constitucional é ampla e, historicamente, filia-se ao que se convencionou denominar de “primeira geração” dos Direitos do Homem, a geração dos direitos civis, pilares do liberalismo incrementados, em especial, pelas três grandes revoluções (Inglesa, Americana e Francesa). São direitos individuais por excelência, contrapostos ao Estado, e que se fundam na liberdade como valor. Conforme corretamente percebido por GUY HAARSCHER,

* Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense e Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Co-autor do livro *Improbidade Administrativa* e autor do livro *As Prerrogativas da Administração Pública nas Ações Coletivas*, ambos publicados pela Editora Lumen Juris.

1 “A vida pessoal e familiar necessita de uma esfera de segredo para desabrochar e se desenvolver sendo, portanto, o segredo, uma condição de sua liberdade. Daí ser necessária a proteção desta esfera secreta dos atentados dirigidos à liberdade” (Elimar Szaniawski, *Direitos da Personalidade e sua Tutela*, p. 120).

2 Paulo José da Costa Jr., *O Direito de Estar Só – Tutela Penal da Intimidade*, p. 12. Referido jurista apresenta importantes dados históricos, extraídos das mais autorizadas fontes, a respeito das primeiras iniciativas processuais em busca do resguardo da intimidade, verificadas nos Estados Unidos da América (1902) e na França (1858).

3 Art. 5º, XI, XII, LX etc.

“... os direitos do homem da primeira geração caracterizam-se por um traço comum: são liberdades reivindicadas contra ou face ao Estado; com efeito, como se trata de preservar para o indivíduo um espaço de liberdade agora especificado, pode-se dizer que, num sentido essencial (...) se pede ao Estado que limite o seu poder, que ‘fique à porta’ do círculo reservado à autonomia do indivíduo. Em resumo, essas liberdades são aquilo a que os Anglo-saxões chamam ‘freedom from’; elas implicam uma emancipação da (from) dominação estatal (o arbítrio do Príncipe, o intervencionismo no domínio das liberdades de circulação, de consciência, etc)”⁴.

Há, então, uma nota característica fundamental a tais “direitos liberais”, que é a sua oponibilidade ao Estado (são direitos geralmente exercidos “contra o Estado”), o maior violador de direitos de que já se teve notícia, em todos os tempos e mesmo contemporaneamente.

Como articular, contudo, a questão da preservação da intimidade e da privacidade dos *agentes públicos*, ou seja, daqueles que detêm justamente o poder de gestão da coisa comum, daqueles que “encarnam” o exercício do Poder estatal? Seria justificável, quanto a eles, defender a existência de um *direito de reserva* na mesma medida em que se defende a existência de tal direito em favor do “homem comum”? São os exercentes do Poder político, histórica e juridicamente, os destinatários por excelência da proteção constitucional?

O presente trabalho, respondendo negativamente as perguntas acima formuladas, pretende argumentar que a proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem dos agentes públicos vai sofrer importantes restrições em razão do Princípio Republicano e do Princípio Democrático. Mais especificamente, o presente texto analisará a possibilidade de flexibilização do “sigilo patrimonial” dos agentes públicos e a ampla publicidade dos processos judiciais em que figurem como réus em razão da gestão da *res publica*.

2. O Princípio Republicano e a sua Correlação com o Princípio Democrático

O Princípio Republicano está previsto expressamente no art. 1º da Constituição Federal, cujo parágrafo único indica o povo como o titular soberano do exercício do Poder. Por conta disso, o conceito de República está associado às ideias de “governo de muitos”, de “governo das multidões” e, fundamentalmente, à concepção de que há uma *coisa pública* que não se confunde, em sua gestão, com o privado. Essa última idéia, a da diferenciação entre o público e o privado, é bastante cara a um País como o Brasil, marcado pela histórica confusão, desde os tempos da colonização, entre o que é de todos e o que é próprio de cada um. Daí a importância da recente proibição do nepotismo⁵, prática arraigada na Administração Pública desde tempos imemoriais.

É por demais difundida a lição de GERALDO ATALIBA no sentido de que a eletividade, a provisoriedade do exercício do poder e a possibilidade de responsabilização de seus exercentes são as características fundamentais da República: “República é o regime político

4 A *Filosofia dos Direitos do Homem*, p. 47.

5 **Súmula Vinculante nº 13 do STF**: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a constituição federal”.

em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente. São, assim, características da república a eletividade, a periodicidade e a responsabilidade. A eletividade é o instrumento da representação⁶. Justamente nessa linha é que se pode afirmar que a República possui alguns atributos mínimos, os quais, na feliz síntese de ADRIANO PILATTI, consistem na afirmação radical de uma concepção igualitária de bem público (cujo titular é o povo), na rigorosa distinção entre o patrimônio público e o patrimônio privado, na eletividade e periodicidade dos mandatos e na possibilidade de responsabilização político-jurídica de todos os agentes públicos⁷.

A presença do Princípio Republicano na Constituição de 1988 pode ser amplamente demonstrada. Além do já referido art. 1º, tal princípio está presente, por exemplo, nos arts. 5º, LXXIII (ação popular como instrumento de controle da Administração), 129, III (ação civil pública como instrumento de tutela dos direitos transindividuais, inclusive do patrimônio público e da moralidade administrativa), 74, § 2º (ampla possibilidade de provocação da ação fiscalizatória do Tribunal de Contas da União), 37 (Princípios reitores da Administração Pública, com destaque para a exigência de concurso público e de procedimentos licitatórios), 70, parágrafo único (dever de prestação de contas da utilização de recursos públicos), 27, 28, 29, 32, 45, 46 e 77 (critérios de escolha dos exercentes do Poder), 52, I e II, 55 e 85 (possibilidade de responsabilização política dos mandatários). Dentre as normas postas em evidência, merece destaque o § 4º do art. 37 (“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”), que inaugura um novo modelo de responsabilização no sistema de Direito sancionatório brasileiro.

Na filosofia política, o Princípio Republicano vai encontrar suas origens mais remotas na concepção grega de Cidade-Estado, fortemente presente nos pensamentos de PLATÃO e de ARISTÓTELES, e, mais recentemente, nas concepções contratualistas que buscam justificar a existência do Estado. Do contratualismo extrai-se a idéia de que, se por um lado o Poder do Leviatã é exercido mediante a legítima outorga de uma parcela das liberdades individuais, por outro o exercício desse poder contratualizado tem uma clara finalidade, que é a de garantir a paz social e a Justiça. É precisa, a esse respeito, a observação de HAARSCHER na linha de que

“... a autoridade só é instaurada na base de um contrato com cláusulas precisas; esta convenção surge (...) como estritamente bilateral, o mesmo é dizer que ela implica, por vontade das partes, direitos e obrigações rigorosamente correlativos, complementares. Por outro lado, os indivíduos (...) obrigam-se a obedecer à autoridade política, mas adquirem ipso facto o direito de proteção da sua vida, da sua liberdade, da sua propriedade (...). O mesmo é dizer que, por outro lado, o novo poder instituído obriga-se a só agir no quadro previsto pelo contrato (...), e que adquire o direito de ser obedecido (...)”⁸.

Além disso, há, noutra perspectiva, uma liame indissociável entre o Princípio Republicano e o Estado Democrático de Direito, que, por suas características, constitui o solo mais adequado para o pleno desenvolvimento dos atributos republicanos e potencializa a possibilidade de amplo controle social dos atos de Poder.

6 Geraldo Ataliba, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, “Representatividade e Democracia”, in *Direito Eleitoral*, p. 41.

7 “O Princípio Republicano na Constituição de 1988”, in *Os Princípios da Constituição de 1988*, pp. 130-131.

8 Guy Haarscher, *A Filosofia dos Direitos do Homem*, ob. cit., p. 23.

Vê-se, então, que a disposição de gerir os bens coletivos submete os agentes públicos, em especial aqueles eleitos pelo voto direto, a um regime jurídico (de direito público) peculiar. Um regime jurídico, a bem de ver, bastante restritivo na perspectiva do agente, que a ele adere *voluntariamente* com o propósito de bem servir a sociedade. Daí todas as limitações constitucionalmente previstas ao exercício do Poder; daí, também, todas as prerrogativas finalisticamente instituídas aos comissários do povo (por exemplo, a livre manifestação de idéias e votos dos parlamentares).

3. *Luminosidade Patrimonial dos Agentes Públicos*

Evidentemente, os agentes públicos, porque portadores de uma dignidade intrínseca, gozam da garantia constitucional de proteção à intimidade, à vida privada, à honra etc, afirmativa que, por sua obviedade, dispensa maiores digressões.

Não gozam, contudo, do mesmo nível de proteção que o “homem comum”, ou seja, aquele que não dispõe do poder de gerência da coisa pública. E não gozam do mesmo nível de proteção justamente por disporem, por *ato voluntário*, do poder de gerência da coisa pública (Princípio Republicano) e porque a outorga de poderes ao Príncipe trás consigo a possibilidade ampla do acompanhamento de seus passos pela sociedade (Princípio Democrático).

Mesmo afirmando não se tratar de um direito absoluto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que o sigilo bancário, em regra, somente pode ser afastado através de ordem judicial. Às Comissões Parlamentares de Inquérito vem sendo reconhecida a possibilidade de acesso direto, desde que fundamentadamente. Quanto ao Ministério Público, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 215.301-CE, por exemplo, considerou a 2ª Turma do STF que

“... por se tratar de um direito que tem status constitucional, a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo. O Ministério Público, por mais importante que sejam as suas funções, não tem a obrigação de ser imparcial”⁹.

No Superior Tribunal de Justiça a matéria vem recebendo o mesmo tratamento.

A restrição jurisprudencial imposta ao Ministério Público não se justifica em razão do que claramente estabelecem os arts. 129, III e VI da CF, 26, § 2º, da Lei nº 8.625/93, e 8º, § 2º, da LC nº 75/93¹⁰. Em se tratando, especificamente, do acesso a informações bancárias (e fiscais) de agentes públicos, a restrição igualmente não se justifica em virtude dos Princípios Republicano e Democrático.

Merece registro, não obstante, o entendimento firmado pelo Plenário do STF por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729-4/DF, quando, apreciando writ impetrado pelo Banco do Brasil contra ato do Ministério Público Federal, que requisitara àquela instituição os dados de movimentação financeira de determinados correntistas, *“... o Tribunal entendeu ser inoponível, na espécie, a exceção de sigilo bancário pela instituição financeira tendo em vista a origem pública de parte do dinheiro envolvido nas questionadas operações – origem, essa, revelada pela diligência*

⁹ Informativo do STF nº 145.

¹⁰ Sobre o tema, mais amplamente, o nosso livro *Improbidade Administrativa*, em co-autoria com Emerson Garcia. pp. 554 e ss.

para cuja realização fora suspenso o julgamento na sessão de 30/08/95 – e o **princípio da publicidade inscrito no art. 37, caput, da CF**”. Cuidava a hipótese de empréstimo, supostamente irregular, concedido pelo Banco do Brasil ao setor sucroalcooleiro. A ementa do acórdão foi publicada no Informativo nº 246, estando assim redigida:

“Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para o efeito do art. 8º, da LC nº 75/93. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público – art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido”¹¹.

Da leitura dos votos proferidos no MS nº 21.729-4 percebe-se claramente a inversão de perspectiva: publicidade ao invés de sigilo, luminosidade ao invés de penumbra.

O precedente, como se pode intuir, tem extrema importância no campo da improbidade administrativa, no qual, no mais das vezes, tem-se o envolvimento de verbas públicas. Mazzilli amplia a aplicação de referido julgado a “... empresa pública em cujo capital social haja participação de dinheiro público (v.g., as sociedades de economia mista, empresas públicas ou fundações públicas)”¹². Segundo pensamos, o referido precedente do STF também se aplica às chamadas “Organizações Sociais”, disciplinadas pela Lei nº 9.637/98, às “Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público”, disciplinadas pela Lei nº 9.790/99, e a qualquer entidade privada que receba verbas públicas (fundações, associações civis, etc.). Como se sabe, tais instituições, não raro, recebem recursos públicos para a consecução de suas finalidades (desenvolvimento do ensino, pesquisa, saúde, meio ambiente, etc.), estando sujeitas, por isso, à incidência da Lei nº 8.429/92.

A distinção feita pelo STF, segundo nos parece, deve também alcançar o debate a respeito dos sigilos bancário e fiscal de agentes públicos. O precedente se aplica, por exemplo, a *cartões corporativos* utilizados pelo agente por força do exercício da função, pouco importando que tenham sido indevidamente pagas despesas pessoais do titular do cartão. A alegação de privacidade, aqui, não tem qualquer sentido, devendo prevalecer o Princípio da Publicidade e o interesse público na revelação das despesas.

¹¹ Em sentido semelhante (quebra de sigilo de conta bancária titularizada pelo Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul), o decido pelo Superior Tribunal de Justiça no RMS nº 20.350, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJ 08.03.07. 12 *O Inquérito Civil*, p. 187.

Para além do exemplo dado (cartões corporativos), deve-se avançar, por identidade de razões, no sentido de aplicar o precedente do STF às investigações por evolução patrimonial incompatível do agente público, hipótese que caracteriza o ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, VII, da LIA.

A esse respeito há, inclusive, uma peculiaridade, consistente na regra do art. 13 da Lei nº 8.429/92, que condiciona a posse e o exercício de cargo, emprego, função pública, ou mandato à entrega, pelo agente, de sua declaração de bens (também a de seus filhos, cônjuge, companheira (o) e outras pessoas que vivam sob a sua dependência econômica), prevendo o § 2º a obrigatoriedade de sua atualização anual “e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função”¹³. A regra é justificável e está em plena harmonia com os Princípios Republicano e Democrático, pois, conforme anotado elegantemente por Rui Barbosa, “O governo da Nação tem por suprema esta norma: para a Nação não há segredos, na sua administração não se toleram escaninhos, no procedimento dos seus servidores não cabe mistério”¹⁴.

Ao criar a obrigatoriedade de entrega da declaração de bens e valores, instituiu o legislador importante mecanismo de controle administrativo, cujo escopo é o de, monitorando a evolução do patrimônio pessoal e familiar do agente, prevenir a ocorrência da improbidade, especialmente a hipótese prevista no art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92.

Por se tratar de documento fornecido pelo agente ao respectivo “serviço de pessoal”, tem-se como indubitosa a possibilidade de requisição de tais informes pelo Ministério Público, órgão republicano constitucionalmente vocacionado à tutela do patrimônio público (art. 129, III), aplicando-se, integralmente, as regras contidas nos arts. 26 da Lei nº 8.625/93 e 7º e 8º da Lei Complementar nº 75/93, já aqui referidas. Do mesmo modo, também os Tribunais de Contas poderão ter acesso a tais documentos.

É importante ressaltar que a matéria também se viu disciplinada, de forma até mais ampla, pela Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993¹⁵, cujo art. 1º torna obrigatória “a apresentação de declaração de bens, com a indicação das fontes de renda”, no momento da posse ou na entrada em exercício de cargo, emprego, função pública ou mandato¹⁶. Referida lei, que deve ser adotada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios como norma geral de direito financeiro (art. 7º), prevê, inclusive, que compete ao Tribunal de Contas publicar, periodicamente, no Diário Oficial da União, por extrato, dados e elementos constantes da declaração (art. 1º, § 2º, IV), fornecendo certidões e informações requeridas por qualquer cidadão, para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, na forma da lei (art. 1º, § 2º, VI). Também cabe ao Tribunal de Contas exercer o controle da legalidade e legitimidade dos bens e valores declarados pelo agente (art. 1º, § 2º, II), representando ao “Poder competente” sobre irregularidades ou abusos apurados (art. 1º, § 2º, III). Cremos que tal representação é obrigatória e deve ter como destinatário também o Ministério Público, legitimado ao ajuizamento

13 “Entende-se até que, como constava de propostas legislativas já referidas, a obrigatoriedade de apresentação da declaração deve estender-se por algum certo período após a cessação da investidura, de modo a tornar mais rígido o controle, impedindo a utilização de simulações feitas durante a atividade” (Wallace Paiva Martins Júnior, *Probidade Administrativa*, p. 147).

14 Apud João Féder, *O Estado e a Sobrevida da Corrupção*, p. 75.

15 Regulamentada pelo Decreto nº 978/93.

16 Diferentemente do art. 13 da Lei de Improbidade, a Lei nº 8.730/93 não exige a declinação do patrimônio das pessoas que vivam sob a dependência econômica do agente, o que, no entanto, é de rigor em razão da ratio que informa a sua existência (cf. Marcelo Figueiredo, *Probidade Administrativa*, p. 80).

da ação de improbidade (art. 17 da Lei nº 8.429/92). A declaração de bens dos agentes públicos, desta forma, é acessível não só aos Tribunais de Contas e Ministérios Públicos como também a qualquer cidadão, “para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa”. Registre-se, no entanto, que ao Tribunal de Contas e à Fazenda Pública impõe-se o dever de sigilo sobre informações de natureza fiscal e de riqueza de “terceiros” (art. 5º, parágrafo único), ou seja, de pessoas que não exerçam qualquer função pública ou que não estejam, de qualquer forma, obrigadas a prestar contas quanto ao uso de verbas públicas. O mesmo dever alcançará o Ministério Público.

O art. 3º da lei referida, a seu turno, estabelece que a não apresentação da declaração a que se refere o artigo 1º, por ocasião da posse, implicará a não realização daquele ato, ou a sua nulidade, se celebrado sem esse requisito essencial, prevendo a ocorrência de crime de responsabilidade quando se tratar de omissão por parte do Presidente da República e seu Vice, Ministros de Estado “e demais autoridades previstas em lei especial” ou, fora de tais hipóteses, a ocorrência de infração político-administrativa, crime funcional ou falta grave disciplinar, passível de perda do mandato, demissão do cargo, exoneração do emprego ou destituição da função, além da inabilitação, até cinco anos, para o exercício de novo mandato e de qualquer cargo, emprego ou função pública, observada a legislação específica. A bem de ver, a omissão por parte do agente público em entregar a sua declaração de bens e valores caracteriza hipótese de improbidade (art. 11 da Lei nº 8.429/92), o que viabiliza a aplicação das sanções previstas no art. 12, a partir de parâmetros de razoabilidade, via ação civil de improbidade¹⁷.

É relevante perceber que as regras estabelecidas no art. 13 da Lei nº 8.429/92 e na Lei nº 8.730/93 guardam compatibilidade com o que prevê o art. III, 4, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada no Brasil por intermédio do Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002, de acordo com o qual os Estados Partes devem instituir “sistemas para a declaração das receitas, ativos e passivos por parte das pessoas que desempenhem funções públicas em determinados cargos estabelecidos em lei e, quando for o caso, para a divulgação dessas declarações”¹⁸. Como já se afirmou, estão também em harmonia com os Princípios Republicano e Democrático, sendo de constitucionalidade inquestionada.

Por fim, tem-se que de acordo com o art. 198, § 1º, do Código Tributário Nacional, com a redação dada pela Lei Complementar nº 104/01, os dados e informações em poder do Fisco podem ser disponibilizados não só ao atendimento de requisição judicial como também ao atendimento de solicitações de “autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa” (inciso II), preceito que, por evidente, torna disponíveis à pessoa jurídica de direito público lesada e ao Ministério Público tais informações patrimoniais. Há, também aqui, uma importante regra que potencializa a fiscalização da evolução patrimonial de agentes públicos e, em última análise, os Princípios Republicano e Democrático.

¹⁷ As penalidades de demissão do cargo, exoneração do emprego ou destituição da função, porque previstas especificamente na Lei nº 8.730/93 e também no art. 13, § 3º, da Lei nº 8.429/92, podem ser aplicadas administrativamente, observados o devido processo legal e o princípio da razoabilidade. Cremos, no entanto, que a “inabilitação, até cinco anos, para o exercício de novo mandato e de qualquer cargo, emprego ou função pública” somente poderá ser determinada por sentença, aplicando-se a normativa da Lei de Improbidade, salvo quanto ao prazo de inabilitação, já fixado pela lei especial (cinco anos).

¹⁸ Em semelhante sentido, os arts. 8º, nº 5, e 52, nº 1 e 6, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

4. Luminosidade Processual e Direito à Informação

Outra questão da maior relevância diz respeito à publicidade dos processos judiciais em que agentes públicos figurem como réus por atos de gerência da coisa pública. Também aqui a luminosidade deve ser ampla.

O Princípio da Publicidade dos atos processuais é, nos dias atuais, expressamente previsto no texto constitucional, cujos arts. 5º, LX e 93, IX, o estabelecem como regra, nos seguintes termos:

“LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”¹⁹.

Especificamente sobre o direito à informação, dispõe o texto constitucional que:

“XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

No Código de Processo Civil, o Princípio da Publicidade processual é disciplinado pelo art. 155, segundo o qual:

“Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I - em que o exigir o interesse público;

II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite”.

A publicidade é uma importantíssima condição de validade do processo (devido processo legal) cujo escopo é o de garantir, sob o pano de fundo do Estado Democrático de Direito, a plena possibilidade de controle, pelas partes e pela sociedade, dos atos praticados pelo Poder Judiciário.

Dos dispositivos acima transcritos percebe-se que tanto a preservação do interesse público (ou do interesse social) quanto a preservação da intimidade permitem a decretação do sigilo, que, de acordo com o texto constitucional, será sempre excepcional.

¹⁹ Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. A redação anterior era a seguinte: *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.*

É importante notar, contudo, que com a nova redação dada pela EC nº 45 ao art. 93, IX, a *preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo somente será garantida quando não houver prejuízo ao “interesse público à informação”*. Com a nova redação reafirma-se, assim, que a publicidade processual é a regra, sendo então necessário identificar em que hipóteses o sigilo decretado como garantia da intimidade não prejudicará o “interesse público à informação”.

De pronto é possível apontar, exemplificativamente, que os casos relativos a casamento, filiação, separação, divórcio, alimentos e guarda de menores, contemplados pelo art. 155, II, do CPC, permitem a decretação de sigilo como forma de garantia da intimidade uma vez que, aqui, não há, pelo menos em tese, prejuízo ao “interesse público à informação”. Cuidam-se de aspectos relacionados à esfera mais indevassável do indivíduo e que mais de perto tocam a sua dignidade. O mesmo se dará relativamente a causas em que sejam discutidos aspectos relacionados, por exemplo, às preferências sexuais e a comportamentos familiares das partes.

Parece-nos que o texto do art. 93, IX, está em plena harmonia com o art. 5º, LX, contemplando, ambos, o sigilo como forma de garantia à intimidade, desde que, não obstante, a preservação desta última esfera não cause prejuízo ao interesse público à informação. Noutro giro, muito embora a intimidade seja garantida constitucionalmente em termos genéricos (art. 5º, X), em se tratando do processo, fornido num ambiente de publicidade, tal intimidade somente prevalecerá quando não houver prejuízo à informação, a cujo respeito o próprio texto constitucional aponta a existência de interesse público. Em suma, parece-nos que há entre a preservação à intimidade e o interesse público à informação uma clara supremacia deste último, supremacia definida pelo próprio texto constitucional quando se tratar *especificamente* de relações processuais. Não se cuida de afirmar, aprioristicamente, a idéia de uma “supremacia do interesse público sobre o interesse privado”²⁰ mas apenas de enxergar, a partir da nova redação dada ao art. 93, IX, uma clara preferência do texto constitucional ao “interesse público à informação” em detrimento do direito à intimidade. Também não se trata de afirmar, de outro lado, a existência de uma supremacia *a priori* do direito à informação sobre o direito à privacidade, em qualquer hipótese. A supremacia existirá, repita-se, em se tratando de relações processuais, tendo o texto constitucional, já ele próprio, ponderado os direitos em jogo, com clara opção pela publicidade.

Tal conclusão se vê confirmada pelo art. 14, § 11 da CF, que contempla a única hipótese expressa, e não excepcionada, de sigilo processual²¹.

No mais das vezes haverá compatibilidade entre os direitos à “intimidade” e à “informação” uma vez que, no ordinário dos casos, não existirá, simplesmente, “interesse público à informação” a ser prestigiado. Isso se dará, em regra, nas situações indicadas no inciso II do art. 155 do CPC.

Da conjugação do regramento constitucional previsto nos arts. 5º, LX, e 93, IX, pensamos ser possível visualizar três hipóteses diversas, a saber:

Hipótese 1: não há intimidade a ser preservada nem tampouco interesse público à informação. Nessa hipótese aplica-se, sem maior dificuldade, o Princípio da Publicidade, que é a regra e corolário do devido processo legal. Isso ocorrerá, por exemplo, numa singela ação de despejo entre locador e locatário;

20 Sobre a discussão a respeito da suposta existência de um “princípio de supremacia do interesse público sobre o privado”, permitimo-nos indicar o nosso *As Prerrogativas da Administração Pública nas Ações Coletivas*, publicado pela editora Lumen Juris, parecendo-nos, em suma, inexistir uma supremacia *a priori* do interesse público sobre o privado.

21 “§ 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé”.

Hipótese 2: há intimidade a ser resguardada e não há interesse público à informação. Nessa hipótese o processo será sigiloso. Isso ocorrerá, exemplificativamente, numa ação de alimentos ou numa ação de divórcio litigioso. Mesmo nesse caso, contudo, pode-se admitir a publicidade processual, ainda que parcial. Imagine-se, por exemplo, que num processo de divórcio o agente público pretenda efetuar a partilha fraudulenta de seu patrimônio incompatível.

Hipótese 3: há, em tese, implicações com o direito à intimidade mas a preservação de tal direito importará em prejuízo ao interesse público à informação. Nesse caso aplica-se o princípio da publicidade. Isso ocorrerá, por exemplo, nas ações populares, nas ações de improbidade administrativa e nas ações penais deflagradas contra agentes públicos.

A terceira hipótese, a dos processos envolvendo agentes públicos que figurem como réus por atos praticados na gestão da coisa pública, merece reflexão mais detida.

Como se sabe, o resguardo da intimidade e da imagem de personalidades públicas, em especial de agentes públicos, é tema bastante instigante e polêmico. Com efeito, como já asseverado, se por um lado não se pode, pura e simplesmente, afirmar a não-incidência das cláusulas constitucionais de proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem com relação a tais pessoas (art. 5º, X, CF), por outro, a *voluntariedade* de sua exposição pública e, em se tratando de agentes administrativos ou políticos, o *interesse social* em fiscalizar o trato da coisa pública, que vai encontrar nos Princípios Democrático e Republicano (e no seu correlato Princípio da Publicidade) uma de suas mais importantes ferramentas, conferem ao problema contornos bastante peculiares. De fato, os agentes públicos não devem receber o mesmo tratamento do homem comum, figura historicamente mais frágil no embate político entre o Estado e o indivíduo. Mostra-se precisa, no ponto, a visão de Cármen Lúcia Antunes Rocha, hoje Ministra do STF:

“Pela concepção constitucionalmente abrigada contemporaneamente, a privacidade não tem conteúdo único para todos e nem pode ser considerada como um bloco conceitual indistinto em suas expressões. (...). Assim, aquele que se oferece à eleição pelo povo a um cargo público não pode decidir que quer exercer um cargo público, pago com dinheiro público, para o exercício de funções públicas e manter a privacidade do mesmo modo de alguém que se mantém nos limites de uma atividade privada, em espaço particular, com recursos particulares e que não se dá à mostra nem participa de atividades ou desempenha funções que atinjam, direta e imediatamente, o interesse público. Público o cargo, públicos os recursos com os quais se vive, pública a finalidade buscada com determinada atividade desenvolvida, é impossível que se pretenda manter o mesmo círculo limitado de privacidade que um cidadão despojado de tais deveres poderia vir a escolher”²².

Dá-se o ingresso, pela assunção do cargo público, naquilo que o então Ministro Sepúlveda Pertence chamou, por empréstimo da doutrina italiana, de *zona di illuminabilità*, o que expõe o homem público a uma maior visibilidade de sua vida e de sua personalidade e à valoração crítica do público, em especial dos seus adversários.

Além disso, ao participarem do sistema administrativo, tais agentes aderem voluntariamente ao regime jurídico próprio do setor público, marcado pela publicidade. Nessa linha a decisão proferida pela Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos autos do Agravo de Instrumento nº 2006.002.15663:

²² “Direito à Privacidade e os Sigilos Fiscal e Bancário”, p. 17.

“Agravo de Instrumento. Decisão proferida em ação civil pública ajuizada para apurar possíveis atos de improbidade administrativa do agravante, quando do exercício do mandato de apreensão de Teresópolis. Indeferimento de desentranhamento de documentos que demonstram o patrimônio público do agravante. Decisão estribada na Lei 8.429/92, eis que o patrimônio do agravante deixou de ser unicamente do seu interesse privado, quando ingressou na vida pública. Na hipótese dos autos o interesse público exige publicidade dos atos processuais. Desprovidimento do recurso” (Rel. Jds. Desembargador Paulo Sérgio Prestes, um., j. 24.01.07).

De nossa parte, pensamos que desde que preservado o âmbito *inter privato* do agente público (peculiaridades concernentes, sobretudo, à sua vida familiar e às suas opções religiosas, filosóficas, ideológicas ou sexuais) e que se busque, concretamente, resguardar um direito fundamental ou um bem constitucionalmente protegido, como se dá com o direito à probidade administrativa e à preservação do patrimônio público (arts. 23, I, e 37, § 4º da CF), tais direitos subjetivos da personalidade devem ceder, aplicando-se, aqui, o Princípio da Razoabilidade ou Ponderação de Interesses, que pressupõe, sempre, uma análise casuística, concreta.

Em se tratando de relações processuais, repita-se, tal ponderação já foi feita pela Constituição Federal, em clara opção pelo interesse público à informação. A demonstrar tal “flexibilização” relativamente aos agentes públicos bastaria referir que a legislação penal, embora puna severamente os ataques à honra, objetiva ou subjetiva, de qualquer pessoa, admite a chamada “exceção da verdade” relativamente a fatos caluniosos ou difamatórios imputados a agentes públicos (art. 138, § 3º, e 139, parágrafo único, do Código Penal; art. 20, § 2º, e art. 21, § 1º, *a*, da Lei de Imprensa). No âmbito da Lei de Improbidade, exemplo eloqüente pode ser extraído de seu art. 13, que, conforme aqui já anotado, condiciona a posse e o exercício de cargo, função e emprego público ou mandato eletivo à apresentação de declaração de bens e valores por parte do agente (no mesmo sentido, de forma até mais ampla, a Lei nº 8.730/93).

Não se ignora que a colisão entre o direito à privacidade, em sentido amplo, e a liberdade de informação, ambos resguardados pela Constituição Brasileira²³, constitui um dos pontos mais comuns e delicados de atrito entre os Direitos Fundamentais. Na Espanha, como nos informa EDILSON PEREIRA DE FARIAS²⁴, a Lei Orgânica 1/1982 considera legítima a informação “Quando exista um interesse histórico, científico ou cultural relevante que predomine sobre a intromissão” (art. 8.1) e a “captação, reprodução ou publicação por qualquer meio da imagem de pessoas que exerçam um cargo público ou uma profissão de notoriedade ou projeção pública” (art. 8.2, a). Referido autor também noticia que tanto a Suprema Corte Americana como os Tribunais Superiores Alemão, Italiano e Espanhol adotam a regra da *preferred position* da liberdade de expressão e informação em detrimento dos direitos da personalidade, “... em razão da valoração dessa liberdade [de informação] como condição indispensável para o funcionamento de uma sociedade aberta”²⁵. Como critérios de ponderação adotados por tais Tribunais, têm-se os seguintes: a) o público deve ser separado do privado, tendo em conta que a liberdade de informação se volta a uma função social relevante (formação da opinião pública, controle do poder público e suscitação do debate público); b) deve o comunicador adotar uma atitude diligente em busca

23 Art. 5º, IV, V, IX, X, XI, XII, XIV; art. 220.

24 Colisão de Direitos – A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação, pp. 173-174.

25 Ob. cit., pp. 175-183.

da verdade, produzindo uma notícia correta e honesta (dever de comprovação da notícia); c) a notícia deve voltar-se à formação da opinião pública e não ao interesse privado do noticiante ou de terceiros²⁶.

Abordando a problemática da liberdade de expressão relativa a condutas de agentes públicos, inclusive a possibilidade de responsabilização dos meios de comunicação pela divulgação de fatos a eles relacionados, o Professor Jónatas Machado, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pontua algumas questões que devem ser por nós levadas em conta.

Por primeiro, assevera referido jurista que as referências a questões como práticas, hábitos, orientações e preferências sexuais “... são *prima facie* proibidas pelo direito à reserva de intimidade quando estejam em causa figuras públicas”, o mesmo se dando quando se trate de referências ao estado de saúde²⁷. Mesmo aqui, contudo, poderá ser possível verificar a presença de interesse público na divulgação de tais aspectos “... quando condutas que integram *prima facie* a esfera íntima têm repercussões na actividade e nas instituições públicas, quando são relevantes para a avaliação pública do seu carácter pessoal, da sua capacidade para o exercício de cargos públicos ou do seu valor pessoal enquanto figura pública, ou ainda quando contribuem para um juízo mais completo e justo dos protagonistas do processo político”²⁸. Pode-se imaginar uma hipótese em que se verifique a existência de vínculos amorosos, não-revelados, entre o agente público e, por exemplo, o participante de uma licitação de elevado valor.

Para além do campo da “intimidade da vida privada” do agente público, acentua JÓNATAS MACHADO que “A denúncia pública da prepotência, do preconceito, da corrupção, do clientelismo, da incompetência e das demais patologias do sistema político é praticamente impossível sem que daí resultem danos colaterais em matéria de bom nome e reputação”²⁹, o que se justifica pela necessidade de criação de uma esfera de discurso público aberta e pluralista e também em razão do valor das liberdades da comunicação para a autodeterminação democrática da comunidade e controle público das instituições³⁰.

A publicidade dos processos relativos aos atos praticados pelo agente na gestão da coisa pública e a plena possibilidade de acompanhamento de sua marcha e das discussões neles travadas contribui para o debate aberto das questões de interesse público e vai encontrar fundamento nos arts. 5º, XIV, XXXIII, LX e 93, X, da CF. A tais regras deve-se acrescentar o art. 37, *caput* e § 4º, da CF, que agasalham, dentre outros, os Princípios da Publicidade, Moralidade e Eficiência da Administração Pública e apontam a probidade administrativa como bem constitucionalmente tutelado, bem como o art. 1º da Constituição Federal, que consagra o sistema republicano e o Estado Democrático de Direito. Merece também menção o art. 13, 1, d, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pelo Brasil, segundo o qual devem os Estados, como forma de garantir a participação da sociedade no combate à corrupção, “Respeitar, promover e proteger a liberdade de buscar, receber, publicar e difundir informação relativa à corrupção”, ressalvado o respeito a direitos e à reputação de “terceiros” e a salvaguarda da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas.

26 Ob. cit., pp. 175-183.

27 *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, p. 812.

28 Ob. cit., p. 814, apontando o autor ser essa a orientação da jurisprudência francesa.

29 Ob. cit., p. 805.

30 *Idem*.

Mostra-se, por conta disso, absolutamente pertinente a jurisprudência que assevera que “... a Constituição de 1988 instituiu uma ordem democrática fundada no valor da publicidade (*öffentlichkeit*), substrato axiológico de toda a atividade do Poder Público. No Estado Democrático de Direito, a publicidade é a regra; o sigilo, a exceção, que apenas se faz presente, como impõe a própria Constituição, quando seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII) e quando não prejudique o interesse público à informação (art. 93, IX)”³¹.

Pode-se afirmar, inclusive, que quanto maior a responsabilidade política do agente público maiores deverão ser as garantias de publicidade dos atos processuais relativos à sua conduta na gestão da coisa pública. Não há que se admitir, por conta disso, qualquer tipo de responsabilização, civil ou criminal, do órgão de imprensa responsável pela publicação nem tampouco do agente público que tenha permitido o acesso ao seu conteúdo. Comentando o art. 184 do Código Penal português, que agrava as sanções por crimes contra a honra cometidos contra membros de órgãos de soberania e outros órgãos constitucionais, Jónatas Machado advoga a idéia de que tal agravação somente pode incidir “... nos casos em que as linhas amplas e generosas de demarcação da livre discussão e crítica tenham sido ultrapassadas de forma manifestamente abusiva e desproporcional, designadamente quando se esteja perante imputações difamatórias, injuriosas e caluniosas à margem de qualquer discussão séria de assuntos de interesse público”. De qualquer modo, o autor levanta algumas dúvidas mesmo a esta ressalva em razão de seu potencial efeito inibidor do debate público, e ressalta, corretamente, que “... para a defesa dos titulares dos cargos públicos não pode ser avançada uma qualquer concepção de honra pessoal de procedência quase medieval ou pré-moderna, assente numa compreensão hierarquizada e estamental da sociedade e na distinção qualitativa entre governantes (nobreza e clero) e governados, a partir da qual se pretenda colocar os primeiros num plano de relativa impermeabilidade à discussão pública”³².

Mesmo nos casos em que a imputação se fundamente em dados bancários e fiscais, parece-nos possível a incidência do Princípio da Publicidade processual, até porque, como já referido, nosso sistema jurídico flexibiliza, em termos bastante amplos, o sigilo de tais informações quando se tratar de agentes públicos (art. 13 da LIA; Lei 8.730/93; art. 198, § 1º, II, do CTN; art. III, nº 4, da Convenção Interamericana contra Corrupção; art. 8º, nº 5, e 52, nº 1 e 6, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção). Não há motivos, queremos crer, para a decretação de sigilo relativamente aos elementos que dão lastro à imputação, quaisquer que sejam, salvo quando possível verificar, de plano, o caráter teratológico e injusto da demanda, ou seja, a manifesta litigância de má-fé do autor. Em sendo esse o caso, inexistirá “interesse público à informação”, devendo prevalecer, por isso, o direito à intimidade como forma de coibição do abuso.

O Supremo Tribunal Federal, num importantíssimo precedente, teve por possível, embora excepcionalmente, a divulgação de dados sigilosos obtidos por Comissões Parlamentares de Inquéritos. Após asseverar a possibilidade de acesso direto pelas referidas Comissões a dados sigilosos e também o dever de sigilo que se transmite às elas a partir do recebimento de tais dados, a Corte deixou claro que

“Havendo justa causa – e achando-se configurada a necessidade de revelar os dados sigilosos, seja no relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito (como razão justificadora da adoção de medidas a serem implementadas pelo Poder Público), seja para efeito das comunicações destinadas ao Ministério Público ou a outros órgãos do Poder Público, para os fins a que se refere o art. 58, § 3º, da Constituição, seja, ainda, por razões imperiosas ditadas pelo interesse social – a

31 Inquérito nº 2314/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, Informativo STF nº 434. 32 Ob. cit., p. 816.

*divulgação do segredo, precisamente porque legitimada pelos fins que a motivaram, não configurará situação de ilicitude, muito embora traduza providência de absoluto grau de excepcionalidade*³³.

Esse entendimento foi reafirmado, recentemente, em decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, segundo quem,

*“(...) o dever imposto à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI das ‘Ambulâncias’ restringe-se ao resguardo do conteúdo dos documentos, não devendo representar qualquer empecilho aos trabalhos investigatórios reputados necessários pela própria comissão para o alcance de suas finalidades institucionais. A comissão não estará impedida, por exemplo, de realizar convocações de parlamentares por ela investigados para prestar depoimentos ou de utilizar os dados obtidos dos documentos sigilosos para eventuais questionamentos, observações, comentários, perguntas e acareações. Assim, se é certo, por um lado, que as CPI’s devem zelar pela confidencialidade dos documentos aos quais teve acesso – seja através do trabalho de cooperação e troca institucional de informações com os demais Poderes, seja pela quebra dos sigilos bancário e fiscal dos investigados –, por outro lado também devem ser assegurados às comissões os poderes que lhes foram constitucionalmente atribuídos para utilizar os dados obtidos como instrumento de realização de seus trabalhos investigatórios, os quais muitas vezes exigem a divulgação, ainda que relativa, de seu conteúdo sigiloso, como ocorre normalmente com a elaboração dos relatórios parciais e conclusivos das investigações legislativas, assim como em comunicações ao Ministério Público ou a outros órgãos do Poder Público*³⁴.

É possível dar um passo à frente: Se as Comissões Parlamentares de Inquérito, como quer o texto constitucional expressamente (art. 58, § 3º)³⁵, praticam atos equiparados a atos de jurisdição, a publicidade de seus atos e decisões, mesmo quanto a dados originariamente sigilosos, deve ser a regra – e não exceção, como vem entendendo o STF –, nos precisos termos do art. 93, IX, da CF. Não é destituído de importância lembrar que a exigência de fundamentação das decisões das CPI’s nas hipóteses de quebra de sigilo bancário e fiscal advém da aplicação do art. 93, IX, da CF³⁶, que, a um só tempo, impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais e estabelece a publicidade como regra, com a prevalência do interesse público à informação. Dito de modo mais objetivo, pensamos que o art. 93, IX, da CF deve ser aplicado às CPI’s em sua integralidade (necessidade de fundamentação e publicidade). Possíveis abusos podem e devem ser controlados pelo Poder Judiciário, mas não por intermédio da imposição de sigilo.

Sendo assim, reafirmamos que mesmo que a imputação contra o agente público seja fundada em dados originariamente sigilosos nada impedirá a sua publicidade.

Não se deve perder de vista, por outro lado, a necessidade de garantir-se ao agente público a plena possibilidade de participação do debate público em torno de sua conduta, com igualdade de armas, não só no processo como também fora dele, para onde, no final das contas, a publicidade se projeta. Isso, em termos pragmáticos, exige o respeito ao direito de esclarecimento dos fatos e de resposta, que o Poder Judiciário deve também resguardar mas por mecanismos diversos que não o sigilo.

33 MS nº 23.452-1/RJ, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, un., j. 16.09.99. No mesmo sentido: MS nº 25.717-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 16.12.05, DJ 01.02.06.

34 Inquérito nº 2314/MT, Inf. STF nº 434.

35 “§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

36 MS nº 23.452-1/RJ, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, un., j. 16.09.99.

Além disso, a informação de tais processos deve ser feita de modo a neutralizar atitudes oportunistas que busquem os holofotes da mídia em detrimento do esclarecimento da verdade. Assim, quando, por exemplo, proposta a ação de improbidade pelo Ministério Público, a publicação, sempre que possível, deve omitir a menção aos nomes de promotores e procuradores, apontando apenas o órgão de execução da instituição responsável pelo caso. A luminosidade, aqui, costuma ser maléfica.

Também não se deve descurar dos malefícios trazidos, em algumas hipóteses, pela incessante e massiva divulgação de determinados fatos sobre a própria liberdade de julgar do Poder Judiciário: “*El interés fundamental a una Justicia independiente e sin presiones, puede verse perturbado por un exceso de información que dé lugar a ‘un proceso paralelo’ en la prensa, o la ‘condena previa del acusado’ presentado ante el público como culpable antes de ser declarado tal*”³⁷. O que deve ser evitado sob pena de violação da própria ratio da liberdade de informação, que é a de, sem macular o exercício soberano e livre das funções estatais, pilar do Estado de Direito, permitir o desenvolvimento das práticas democráticas de convivência social.

5. Conclusão

Na espetacular crônica “*Vai Falar o Óbvio Ululante*”, NÉLSON RODRIGUES, com toda a sua genialidade e humor, nos fala sobre a importância da promoção, da consagração do óbvio, geralmente relegado à obscuridade e à insignificância³⁸.

O óbvio, nesse texto, consistiu em resgatar a importância dos Princípios Republicano e Democrático e a sua correlação com a luminosidade que deve incidir sobre a gerência do público e sobre os gestores do público. Também, e principalmente, em lembrar as razões de existência do Estado e da própria investidura no exercício de funções públicas, ambas indissociáveis do ideal de bem servir à sociedade. Enfim, em afirmar a Democracia em seu sentido forte e não como uma figura esfumada e em permanente crise de legitimação.

Sem assim é, deve ser irrestrita, ao menos em regra, a possibilidade de acompanhamento da evolução patrimonial dos gestores públicos, caminho mais eficaz de prevenção à corrupção. Tal possibilidade já se encontra prevista na legislação brasileira e em convenções internacionais ratificadas por nosso País mas precisa ser incrementada, inclusive por intermédio de uma postura mais arrojada de nossos Tribunais.

Da mesma forma, os processos judiciais em que os agentes públicos figurem como réus em razão da gerência da *res publica* devem se revestir da mais ampla publicidade, conforme quer o texto constitucional, permitindo, assim, a formação de um verdadeiro espaço público de discussão e controle social.

Em suma, luminosidade ao invés de penumbra.

37 Candido Conde-Pumpido Ferreira, *apud* Edilson Pereira de Farias, ob. cit., p. 176.

38 “*Vai Falar o Óbvio Ululante*”, in *Fla-Flu ... e as Multidões Despertam*. Oscar Maron Filho e Renato Ferreira (organizadores). Rio de Janeiro: Edição Europa, 1987, pp. 109-110.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Rogério Pacheco. *As Prerrogativas da Administração Pública nas Ações Coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. & GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA Júnior, Paulo José da. *O Direito de Estar Só – Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: RT, 1995.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos – A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 2000.

FÉDER, João. *O Estado e a Sobrevida da Corrupção*. Curitiba: Tribunal de Contas do Estado do Paraná, 1994.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HAARSCHER, Guy. *A Filosofia dos Direitos do Homem*. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARTINS Júnior, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*, São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Representatividade e Democracia”, in *Direito Eleitoral*. Carlos Mário da Silva Velloso e Cármen Lúcia Antunes Rocha (coordenadores). Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

PILLATTI, Adriano. “O Princípio Republicano na Constituição de 1988”, in *Os Princípios da Constituição de 1988*. Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Direito à Privacidade e os Sigilos Fiscal e Bancário”, in *Revista Interesse Público* nº 20, 2003.

RODRIGUES, Nélon. “Vai Falar o Óbvio Ululante”, in *Fla-Flu ... e as Multidões Despertam* (crônicas reunidas de Nélon Rodrigues e Mário Filho). Oscar Maron Filho e Renato Ferreira (organizadores). Rio de Janeiro: Edição Europa, 1987.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: RT, 1993.

*Publicado originalmente na Revista nº 38 out./dez. 2010, p. 91.

NINGUÉM PODE FAZER JUSTIÇA POR SI MESMO: O PRINCÍPIO E SEUS LIMITES NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO ¹

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA*

I - INTRODUÇÃO

1. Situam-se entre as fontes do Direito Brasileiro a *lei* e os *princípios gerais de direito* (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942).

A primeira é a norma escrita, formal ou materialmente considerada; os segundos são, no conceito clássico, “os princípios fundamentais da legislação positiva, que não se encontram expressos, mas que constituem pressupostos lógicos necessários das normas legislativas.”²

2. A máxima *ninguém pode fazer justiça por si mesmo* é, no Direito Privado e no Direito Penal Brasileiros, um princípio geral de direito, encontrando-se, outrossim, sob certos aspectos, sancionada pela lei, a qual, porém, no particular, admite, expressamente, algumas exceções.

No campo do Direito Público, o problema tem de ser considerado, de forma especial, pela própria natureza deste ramo jurídico e pela presença do Estado como sujeito soberano nas relações por êle disciplinadas.

Daí, a importância do tema a ser focalizado, no presente trabalho, isto é, o aforismo em causa, considerado do ponto de vista do Direito Administrativo, onde tal matéria abrange, na realidade, o conjunto das prerrogativas estatais, nas relações jurídico-administrativas.

II - HISTÓRICO

3. O princípio segundo o qual *a ninguém é lícito fazer justiça por si mesmo* teve sua origem nas relações entre particulares.

É evidente que, mesmo neste campo, a respectiva doutrina só se aprimorou, nos tempos modernos, quando se tornou mais fácil a realização da justiça e deixou de imperar a lei do mais forte.

Mas, já no Direito Romano, eram condenados alguns casos do arbitrário *ius sibi dicere*.

Com Marco Aurélio, aliás, passou a ser forma de *vis privata* “*id quod deberi sibi potest, non per iudicem reposcere*”.

O juriconsulto Paulo doutrinava que “*non est singulis concedendum quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumulti faciendi*”.

* Ex-Membro do Ministério Público do Rio de Janeiro. Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
1 Relatório apresentado às “Jornadas” de 1966, da Associação Henri Capitant, realizadas de 24 a 28 de novembro, em Lyon, Grenoble e Aix-en-Provence.

2 OSCAR TENÓRIO, in *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2.ª ed., 1955, Editor Borsoi, pág. 134.

A punição era feita com as penas da *lex Julia de vi privata*, dizendo respeito, especialmente, ao apossamento violento pelo credor, da coisa devida (D. 48.7.7.), ou a obtenção de garantia através de objeto tomado, violentamente, ao devedor, ou sua mulher (C. 9.2.5). A pena era a da perda do direito ou crédito ("*eumque sibi ius in eam rem dixisse, crediti non habebit*").

Inicialmente circunscrito à órbita do *ilícito civil*, com o passar dos séculos, veio a ser, também, *ilícito penal*, embora a pretensão seja de origem privada, do que é exemplo o art. 345 do Código Penal Brasileiro vigente, que incrimina como *exercício arbitrário das próprias razões* (*nomen juris* também usado pelo Código Italiano) o fato de alguém "fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite".

Como acentuam os penalistas, a pretensão – que tem de corresponder a um direito de que o agente é, em verdade, titular, ou supõe sê-lo, e tem de possibilitar a invocação da intervenção judicial – pode dizer respeito a qualquer direito (civil – de família, real, obrigacional, sucessório –, comercial etc.).

Aliás, nota-se, desde logo, que o princípio feito norma permite as exceções legalmente admitidas.

Estas exceções são, no *Direito Privado Brasileiro*, os atos praticados em legítima defesa; no exercício regular de um direito reconhecido; a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente; o desfôrço imediato pessoal do possuidor turbado ou esbulhado, para manter-se ou restituir-se; a ação do proprietário do terreno invadido, cortando, até o plano vertical divisório, as raízes e os ramos de árvores que ultrapassarem a extrema do prédio; o direito de retenção, o penhor legal e a *exceptio non adimpleti contractus*, nos contratos bilaterais (cf. arts. 160, I e II, 1.519 e 1.520; 502, 558, 1.279, 760, 772, 802, 939, 1.130, 1.131, 1.339, 1.199, 1.414, 303, 307, 516, 1.315 e 1.092, todos do Código Civil).

São pois, casos taxativamente previstos em lei as hipóteses de autodefesa no *Direito Privado Brasileiro*, em que o próprio sujeito do interesse juridicamente protegido obtém, por sua atuação pessoal, o respeito à lei por quem a violou ou ameaçava violá-la.

No mais, a resolução dos conflitos de interesses entre particulares – salvo a hipótese da *autocomposição*, em que o titular do interesse e o violador da norma manifestam, reciprocamente, sua vontade, num acôrdo, o que, todavia, não pode ocorrer, nos casos de direitos indisponíveis – está entregue ao próprio Estado, que exerce a função de aplicação do Direito, para plena restauração da ordem jurídica, através da atividade jurisdicional.

É verdade que, nas sociedades privadas, existe um *Direito Disciplinar Interno*, que elas estabelecem e aplicam, mas este se baseia em uma manifestação inicial de vontade do associado, de submeter-se às estipulações e sanções.³

4. No campo do *Direito Penal*,⁴ a evolução se deu igualmente, partindo da *vingança privada*, violenta, arbitrária, desproporcionada e impessoalizada, a princípio, e que evoluiu, aos poucos, para a personalização da responsabilidade, para o equilíbrio entre a ofensa e a repressão (pena de talião), e no sentido da composição pecuniária, como expediente da justiça punitiva (é o caso do *Wergeld* germânico).

3 Outrossim, está sempre sujeito a contróle jurisdicional.

4 Cf. n.º 28 *infra*.

Surgiu, então, a intervenção do Poder Público, já, nesta época, fortalecido, na distribuição da Justiça Penal. Mas esta interferência caracterizou-se, por séculos, por ter sido verdadeira *vingança pública* e não, *Justiça Pública*. Predominava o sistema inquisitivo – que era uma forma de autotutela do direito punitivo estatal – e a crueldade das penas, segundo os princípios que prevaleciam no absolutismo.

Só com o passar dos séculos, surgiu o sistema acusatório do Processo Penal e o período científico do Direito Penal.

Ainda hoje se admitem, porém, também no Direito Penal, certas formas de autodefesa: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito (arts. 19 a 21 do C. Penal).

5. É evidente que, no *Estado de Polícia*, antes do advento do *Estado de Direito*, não havendo para o Poder Público sujeição às normas jurídicas por ele editadas, porque prevalecia sempre a vontade do Príncipe; inexistindo, pois, direitos públicos subjetivos a este oponíveis; e sendo a função jurisdicional exercida pelo Soberano, pessoalmente ou por delegação, é lógico que o Estado, nas suas relações com seus súditos, fazia “justiça” por si mesmo: decidia, livremente, de acordo com a vontade e os interesses do Governante.

Assim, quando o Estado pretendia do administrado alguma prestação, obrigava-o, diretamente, *manu militari*, sem precisar recorrer a qualquer juiz e mesmo sem qualquer lei anterior que o autorizasse a isto; se era o jurisdicionado que tinha alguma pretensão contra o Estado, esta não podia ser jurídica, mas baseada, apenas, nas boas graças ou na piedade do Príncipe.

É claro que o Estado de Direito, fruto da Revolução Anglo-franco-norte-americana, não brotou *ex abrupto*. Daí, já nos momentos finais do Estado Absolutista, terem existido certas instâncias competentes para dirimir questões entre Poder Público e particular. Destarte, na França, por exemplo, ainda no Antigo Regime, havia autoridades que exerciam, embora limitadamente, o contencioso administrativo, dentre as quais sobressaíram os *intendants*: estes, aliás, mantiveram renhida disputa com os Parlamentos, que exerciam a função jurisdicional, naquele Regime.

Mas, mesmo depois da Revolução Francesa, predominou, inicialmente, na França, o chamado *sistema da administração – juiz*, ou do *ministro-juiz*, pois que o administrado que se considerava vítima de alguma ilegalidade praticada pela Administração tinha de a esta mesma dirigir-se.

Fundamental, no particular, é o artigo 13, da grande lei de organização judiciária de 16/24 de agosto de 1790, ainda hoje em vigor e base jurídica da competência do contencioso administrativo francês. Este artigo assim dispõe:

“As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas; os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, de nenhum modo que seja, as operações dos organismos administrativos”.

A lei de 16 do *fructidor* do ano III reiterou esta orientação, ao estatuir:

“Os juízes não podem usurpar as funções administrativas, nem chamar perante si os administradores, em razão de suas funções. Proibições reiteradas são feitas aos tribunais de conhecer dos atos da administração de qualquer espécie que sejam”.

Tais regras, como salientam os estudiosos do assunto, eram unilaterais, porquanto os administradores julgavam.

Foi somente com a criação dos *conselhos de prefeitura*, pela lei de 28 do *pluvioso* do Ano VIII, que se iniciou a verdadeira formação do Contencioso Administrativo Francês, aperfeiçoado, paulatinamente, pela instituição de outras jurisdições administrativas, principalmente do *Conselho de Estado*. Este tornou-se, com o tempo, fundamental no controle da legalidade da Administração Pública e no desenvolvimento do próprio Direito Administrativo, o que se deu, notadamente, a partir de 1872.

6. Assim, verificamos que o Direito Administrativo nasceu, exatamente, quando a Administração Pública deixou de ser seu próprio juiz.

Em verdade, como disse GUIDO ZANOBINI (*in Corso de Diritto Amministrativo*, 1.º vol. pág. 41, 8.ª ed., 1958, Milão), a citada lei de 28 do *pluvioso* do Ano VIII é a certidão de batismo deste ramo do Direito Público, pois que deu feição jurídica à administração francesa.

O Direito Administrativo só pôde surgir com a legalização da atividade administrativa, que sempre existiu, regulada, no entanto, como vimos, por normas que variavam ao sôpro das conveniências políticas ou dos interesses e desejos pessoais do Soberano.

Com o advento deste novo ramo do Direito Público, dentro de uma unidade de tratamento, de objeto e método, a lei passou a incidir sobre particulares e autoridades públicas: a Administração Pública passou a agir dentro das limitações e vinculações estabelecidas pelo Legislador e sob a vigilância e o controle das autoridades jurisdicionais.

Com efeito, através do assim chamado *controle jurisdicional*, tais autoridades julgam se os atos praticados pelo órgão do Poder Público subordinaram-se àqueles princípios básicos do Estado de Direito: a sujeição das autoridades estatais à lei que o próprio Estado criou e o respeito por este dos direitos públicos subjetivos que lhe são oponíveis pelos cidadãos.

Este *controle jurisdicional* tem lugar quando as autoridades dotadas do poder de jurisdição são chamadas a resolver situações contenciosas entre a Administração e o indivíduo, solucionando conflitos, que passaram a litígios ou pleitos judiciais.

7. Básica é, nesta matéria, a discriminação dos diversos sistemas de organização jurisdicional encontrados no Direito Positivo dos vários Estados.

Tal discriminação leva em consideração os diferentes ramos da ciência jurídica submetidos a julgamento pelos tribunais, quais sejam a matéria cível, comercial, penal, administrativa e outras com suas possíveis subdivisões.

Encontramos, em primeiro lugar, países cada vez mais raros, em que os juízes e tribunais não são diferenciados, isto é, têm competência para julgar não importa que matéria. Tal sistema só é possível onde a massa de assuntos contenciosos seja pequena.

Em outros Estados, e este é o caso do Brasil, dos Estados Unidos, da Inglaterra, os juízes e tribunais são diferenciados (juízes e câmaras cíveis, criminais e da Fazenda Pública, justiça trabalhista, militar, eleitoral etc.), mas há *unidade no sistema jurisdicional*, que é assegurada, inclusive, pelo controle supremo da jurisprudência de todos estes tribunais por uma Corte Superior comum (no Brasil, p. ex., o Supremo Tribunal).⁵

Finalmente, vamos encontrar não só na França, mas também na Itália, p. ex., a assim denominada *dualidade de jurisdição*, com a existência de uma *Justiça*

5 O Poder Judiciário uno conhece neste sistema das questões contenciosas nas quais o Estado é parte.

Administrativa autônoma. Há, assim, na França, duas jurisdições separadas, com uma Corte Suprema cada uma, absolutamente independentes, paralelas.

Destarte, existe na França, ao lado dos *juízes e tribunais judiciários, a justiça administrativa.*

Na prática há, é certo, muitos sistemas jurisdicionais que se apresentam, em verdade, como mistos. É o caso dos países de *unidade de jurisdição*, nos quais com relação a certas matérias particulares, jurisdições administrativas plenamente independentes foram instituídas, fenômeno, aliás, que se vai tornando cada vez mais comum, como síntese da tese e da antítese.

Nesta ordem de idéias, devemos distinguir, em verdade, na expressão contencioso administrativo, de uso corrente, um sentido lato e um sentido estrito.

No primeiro, é a contenda ou controvérsia em matéria administrativa. De acordo com o segundo, é uma forma de especialização, dentro da atividade jurisdicional do Estado: é o conjunto de órgãos criados para realizar esta prestação jurisdicional. Em seu sentido lato, é a atividade no sentido material; o sentido estrito é um conceito orgânico, considerando os órgãos que exercem esta jurisdição administrativa.

8. *A Justiça Administrativa*, nos países onde existe, caracteriza-se por sua autonomia orgânica, separada e independente que é da *Justiça Judiciária* e da *Administração Ativa*.

Na evolução histórica do *contencioso administrativo*, foi sentida a necessidade de não ser a Administração ao mesmo tempo, parte e juiz. Daí, a outorga paulatina da mais ampla autonomia da Justiça Administrativa frente àquela.

Tal autonomia manifesta-se, sobretudo, na *independência* ou *separação* no tocante à *composição do pessoal* de cada um desses organismos, no *estatuto deste pessoal*, e na *especialização* na função jurisdicional da Justiça Administrativa.

9. No Brasil, no período do Império, o sistema da *dualidade de jurisdição* foi objeto de modesta tentativa, principalmente no tocante a questões fiscais, e através do Conselho de Estado (arts. 137 a 144 da Constituição de 25 de março de 1824; abolido pelo art. 32 do Ato Adicional de 1834; restabelecido, sob nova disciplina, pela lei n.º 234, de 23-11-1841), o qual, a par de ser órgão político auxiliar do Poder Moderador, tinha, do ponto de vista administrativo, atribuições consultivas, que o aproximaram do Conselho de Estado francês, na época da *justiça reservada*, sem caracteres marcantes e decisivos de verdadeira justiça administrativa. De qualquer forma, a República suprimiu-o, de modo definitivo, e nenhuma dúvida há de que, desde então, se tenha implantado em nosso país, o sistema de *unidade de jurisdição*.

Em verdade, é o que se pode verificar das Constituições de 24 de fevereiro de 1891 (emendada em 1926), de 16 de julho de 1934, de 10 de novembro de 1937, de 18 de setembro de 1946 e de 24 de janeiro de 1967, que consagraram a existência de três Poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A União e os Estados têm os três Poderes: os Municípios têm, apenas, o Executivo e o Legislativo.

São eles independentes e harmônicos,⁶ sendo-lhes vedado delegar atribuições, e o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, em ambos os casos, ressalvadas as exceções constitucionalmente previstas (art. 5.º e seu parágrafo único, da Const. de 67): assim, o juiz pode ser professor, cargo do Poder Executivo (cf. arts. 97, I, da Const. vigente).

⁶ A Const. de 34 (art. 3.º) empregava o termo “coordenados”.

III – A ADMINISTRAÇÃO PODE JULGAR EM CAUSA PRÓPRIA, NO DIREITO BRASILEIRO VIGENTE?

10. No campo do Direito Constitucional Brasileiro vigente, existe, igualmente, relacionada com a questão em pauta, outra norma, básica, já contida no *art. 141, § 4.º, da Constituição Federal de 1946*, e reproduzida na atual de 1967, em seu artigo. 150, § 4.º, *ipsis verbis*:

“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

As Constituições anteriores já citadas, quais sejam a Imperial de 1824, e as Republicanas de 1891, e de 1934, eram omissas, embora com relação às duas últimas fôsse o princípio inerente à sua própria sistemática; e a de 10 de novembro de 1937, pelo contrário, nem expressa, nem implicitamente, adotava o mesmo princípio, deixando sem proteção judicial certos direitos individuais, ou facultando à legislação ordinária fazê-lo.

A norma da Constituição vigente é a consagração do princípio do *juiz natural*, que, no particular, nos interessa na medida em que *significa que tôda a função de julgar, na ordem jurídica brasileira, foi atribuída com exclusividade aos órgãos judiciários constitucionalmente previstos*.

Assim, “ninguém pode ser subtraído de seu juiz constitucional”. Autoridade competente para julgar é o órgão judiciário que a própria Constituição prevê.

Tôda a jurisdição, ou seja, todo o poder de julgar, está reservado ao Poder Judiciário, não havendo qualquer resíduo de tal atribuição de que possam ser beneficiários os outros Podêres, Órgãos ou departamentos do Govêrno.

O monopólio quase absoluto do Poder Judiciário Brasileiro só comporta exceções restritas e taxativas, expressamente previstas nas Constituições, mas que, tampouco, turvam a posição nítida de nosso sistema jurisdicional. Podemos citar o julgamento dos crimes de responsabilidade pelo Congresso, Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores, certas atribuições do Tribunal de Contas.

11. *O princípio da ubiqüidade da justiça*, no dizer de PONTES DE MIRANDA, contido no art. 141, § 4.º, da Constituição Federal Brasileira tem, por consequência, impedir a criação, pela lei ordinária, de instâncias administrativas ou parlamentares, cujas decisões, proferidas no respectivo processo administrativo ou inquérito parlamentar, uma vez preclusas, excluíssem o conhecimento da questão pelo Poder Judiciário.

Impede, também, a criação do *Contencioso Administrativo*, porquanto impõe o sistema de *unidade da jurisdição*, segundo o qual o Poder Judiciário conhece tôdas as questões contenciosas, inclusive aquelas nas quais o Estado é parte, conforme foi acentuado acima.

O fato, como já salientamos, de haver, no Poder Judiciário Federal e nos Estaduais, Varas, Câmaras, e até Tribunais especializados, em matéria de interesse por perdas jurídicas de Direito Público, como as Varas da Fazenda Pública, e o Tribunal Federal de Recursos, não afetam a classificação do sistema jurisdicional brasileiro. Com efeito, todos, e até mesmo as justiças especializadas (como a militar, a eleitoral e a do trabalho) pertencem ao Poder Judiciário comum, a uma só unidade de jurisdição, não apenas porque a Constituição Federal e as Estaduais assim o dizem, como também porque estão tôdas encimadas por tribunais comuns de cúpula.

12. Como já foi indicado, existem, no Sistema Jurídico Brasileiro, o Poder Judiciário Federal e os Podêres Judiciários Estaduais (cf. art. 107 a 139 da Const. de 1967).⁷

O Poder Judiciário Federal compõe-se do *Supremo Tribunal Federal*, órgão máximo em nosso sistema judiciário e intérprete supremo da Constituição e das leis; do *Tribunal Federal de Recursos e dos juízes federais* – o primeiro com hierarquia imediatamente inferior ao Supremo Tribunal, e os segundos regidos pela recente Lei federal n.º 5.010, de 30 de maio de 1966 – que têm competência para as causas de interesse da União, constituindo com relação à maior parte de suas atribuições, Tribunal e juízes quase especializados no contencioso administrativo federal, mas dentro do Poder Judiciário comum, segundo o sistema de unidade de jurisdição; e de *Justiças especializadas* (não de exceção), que são os Tribunais e juízes militares, eleitorais, do Trabalho, que, dentro de suas competências expressas na Constituição e leis ordinárias, controlam algumas espécies de atos administrativos.

Os Podêres Judiciários Estaduais compõem-se de *Juízes de primeira instância* (alguns, muitas vezes, especializados em causas de interesse do Estado e Municípios, como os da Fazenda Pública) e do *Tribunal de Justiça*, podendo a lei estadual de organização judiciária criar *Tribunais de Alçada* Intermediários.

13. O controle jurisdicional da legalidade da Administração Pública, no Direito Brasileiro, opera-se quer através dos remédios processuais comuns (ações ordinárias, especiais, medidas preventivas etc.), se bem que com certas adaptações, e privilégios em favor da Fazenda Pública (quanto a prazos, vedação a penhora, recursos de ofício etc.), quer através de remédios específicos para a fiscalização dos atos das autoridades públicas, como o *habeas-corpus* – que protege a liberdade de locomoção – e o *mandado de segurança* – que protege outros direitos líquidos e certos (cf. art. 150, §§ 20 e 21 da Constituição Federal; arts. 647 e segs. do C. Processo Penal; Lei n.º 1.533, de 31-12-1951; Lei 4.166, de 4-12-1962; Lei 4.348, de 26-6-1964; Lei 5.021, de 9-6-1966).

Como forma de controle jurisdicional da atividade administrativa, temos, também, as hipóteses em que a própria Administração Pública tem de recorrer, como autora, ao Poder Judiciário, para efetivar seus direitos, o que nos interessa, sobretudo, no presente trabalho, e será estudado, de modo aprofundado, oportunamente, na letra *b* do título IV.

13a. Há, no Direito Brasileiro em vigor, algumas hipóteses, embora raras, de imunidade da ação administrativa ao controle jurisdicional, como é o caso da *prisão militar*, para a qual não cabe *habeas-corpus* (art. 141, § 30, da Const. Fed.). Por força do art. 173 da Const. de 67, estão excluídos da apreciação judicial alguns atos revolucionários.

14. Mas a Administração Pública Brasileira também decide, em causa própria, quando, na *instância administrativa*, inicia, movimenta e julga os *processos administrativos*.

Ocorre, porém, que, em função do princípio acima indicado, a coisa *judgada administrativa* não impede o recurso do prejudicado à via judicial.

Aliás, inexistente, até mesmo, a obrigatoriedade da provocação prévia da instância administrativa, não vigendo, em geral, o princípio chamado da *exaustão da instância administrativa*, ao contrário do que ocorre em outros sistemas jurídicos.

⁷ No Distrito Federal, a Justiça, de competência local, como Poder, autônomo também, organizada à semelhança dos Estados, é, no entanto, constituída de juízes pagos pelos cofres federais.

No Brasil, quando se trata de administrado não pertencente aos quadros da Administração, a desnecessidade da referida exaustão é princípio assente, cabendo lembrar, porém, a exceção no tocante ao mandado de segurança, abaixo considerada.

É claro que a regra do art. 150, § 4.º, da Const. Federal já examinada não impede que a legislação ordinária venha a adotar, para os particulares em geral, ou em outros casos específicos, o princípio da obrigatoriedade da exaustão.

Na prática, o recurso preliminar às vias administrativas é, em geral, usado pelos interessados, salvo quando se trata de casos de urgência em que caibam ações judiciais específicas contra o abuso do poder administrativo, como às hipóteses de uso dos já referidos *habeas-corpus* e do *mandado de segurança*, com a ressalva abaixo.

Em verdade, quanto a êste, cumpre considerar que não será o mesmo admitido, se do ato impugnado couber recurso administrativo, com efeito suspensivo, independente de caução. É esta uma hipótese, pois, limitada, é verdade, ao âmbito de incidência do mandado de segurança, em que há a obrigatoriedade de recurso prévio à instância administrativa. É claro que o interessado poderá preferir a via ordinária e, neste caso, não estará sujeito à exigência em tela.

No que se refere aos servidores públicos o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Decreto-lei n.º 1.713, de 28-10-1939), em seu art. 223, estabelecia a obrigatoriedade de esgotamento dos recursos da esfera administrativa, o que o atual (Lei n.º 1.711, de 28-10-1952) não faz.⁸

15. As instâncias, os tribunais administrativos são órgãos da Administração Pública e não têm, pois, poderes jurisdicionais.

“Na administração”, como salienta JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, Forense, 1.ª ed., 1958, pág. 279), “a lei é aplicada em função dos interesses do próprio poder administrativo. E, se há litígio entre a administração e o particular, aquela atua no exercício de autodefesa de seus interesses, e não como órgão que se coloque fora e acima do litígio”.

Mesmo quando a administração pública estabelece procedimentos análogos aos jurisdicionais, “faltam caracteres formais da jurisdição, como a independência do órgão julgador e a força da *res judicata* do pronunciamento final”.

16. Por outro lado, é princípio, absolutamente pacífico, na doutrina e jurisprudência brasileiras, o da possibilidade de *revisão dos atos administrativos*, tornando mesmo para a própria Administração Pública restritos os limites de coisa julgada administrativa.

Por motivos de *mérito*⁹ (respeitados, neste caso, os direitos adquiridos e as situações jurídicas definitivamente consolidadas), a Administração Pública pode *revogar* atos legítimos; por motivos de legalidade, pode *anular* os atos viciados que tiver praticado.

8 Julgamos, ao contrário de HELLY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 1964, Ed. Rev. dos Tribunais, pág. 225), que a matéria não é de Direito Processual, da competência da União, mas administrativa, podendo ser estabelecida pelo legislador local, no respectivo Estado (cf. DARCY BESSONE, *Poder de Polícia*, in *Revista dos Tribunais*, págs. 49 e segs.; CAIO TÁCITO, *O controle judicial e a exaustão, da instância administrativa*, na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 41, pág. 256).

9 O *mérito* é a medida do *poder discricionário*, que, por seu turno, constitui a faculdade outorgada à Administração, para, através da apreciação dos motivos, escolher o *objeto* e a *forma* do ato administrativo, exceto se já estabelecidos em lei.

Compreende os aspectos de conveniência e oportunidade da atuação administrativa.

Neste campo, a Administração tem o julgamento incontestável destes critérios, não sendo suas decisões, no particular, passíveis de controle por outro Poder.

A propósito da *anulação*, pela própria Administração Pública, de seus atos ilegais, devemos mencionar a classificação de atos administrativos, segundo a invalidez.

Na França, os autores apresentam a seguinte tricotomia: *atos inexistentes, nulos e anuláveis*.

Os primeiros são os eivados de vícios evidentes e incontestáveis. Daí, poder ser a inexistência declarada pelos juízes judiciais, sendo esta a vantagem da teoria, em país no qual existe o Contencioso Administrativo, pois evita que se tenha de submeter ao mesmo esta preliminar. Por isto, sustentam autores brasileiros a impertinência de sua aplicação, no Brasil, país de unidade jurisdicional.

A inexistência nada mais seria do que um grau extremo de nulidade, seguindo, por isto, o regime desta, abaixo exposto.

Acentuam estes administrativistas brasileiros que seria esdrúxulo e perigoso existir uma classe de atos administrativos para os quais não vigorasse a presunção de legitimidade e, conseqüentemente, não fôssem de respeito obrigatório pelos administrados, que julgariam de sua invalidez, e, assim, estariam fazendo justiça por si mesmos.

Os *atos nulos* são os contaminados por vícios referentes aos cinco elementos essenciais do ato administrativo, vícios estes que são os seguintes: a incompetência, o vício de forma, a ilicitude do objeto (os três compõem a *ilegalidade extrínseca*), a existência de fato ou de direito dos motivos e o desvio de poder ou de finalidade (*ilegalidade intrínseca*).

Como se costuma assinalar, a rigor, em Direito Público, tôdas as nulidades são absolutas, pois que a Administração Pública não pode omitir-se, diante de uma ilegalidade, devendo anular o ato.

A categoria da *anulabilidade*, em Direito Administrativo, tem, destarte, um sentido próprio, diverso da do Direito Privado. Refere-se a atos sanáveis, embora viciados, por força de circunstâncias excepcionais, que correspondem à aplicação de *teorias do erro comum e do funcionário de fato*: atende-se melhor ao interesse público, mantendo-se o ato, do que anulando-o.

Em certo momento, doutrina e jurisprudência, imbuídas ainda, da orientação civilista, entenderam diferentemente a *nulidade* e a *anulabilidade*, sustentando e decidindo que, com relação à primeira, a Administração Pública podia agir por si mesma, enquanto, na segunda hipótese, teria de recorrer ao Judiciário. Evoluíram, porém, e em todos os casos, a Administração pode e deve, por si mesma, anular atos ou considerá-los convalidados.

Finalmente, há os *atos simplesmente irregulares*, com senões de ordem formal, que a Administração deve corrigir, para ajustá-los à plena licitude jurídica.

Assim, podemos ver que este poder da Administração, de rever seus próprios atos, é uma importante manifestação de autotutela de seus interesses e de preservação da legalidade, da moralidade e da eficiência administrativas. Notadamente, quando se trata de *anulação* de atos ilegais, é um modo, dos mais expressivos, pela qual a Administração Pública faz justiça por si mesma, sem precisar recorrer a outro Poder.

17. No Brasil, dentro do fenômeno que se verifica, em todo o mundo, é enorme o número e a variedade de instâncias administrativas, abrangido o contencioso fiscal.

Outrossim, como é verificável, até mesmo em países nos quais é tradicional a defesa dos direitos e garantias individuais, como a Inglaterra e os Estados Unidos, desenvolvem-se, inclusive, as instâncias administrativas com poderes *quase-judiciais*, isto é, cujas decisões, sob certos aspectos, mormente o técnico (pelo fato de a atividade administrativa tornar-se sempre mais complexa e especializada), têm um caráter definitivo e obrigatório, mesmo para o Poder Judiciário.

Êste fato não subverte, contudo, o sistema jurisdicional brasileiro, pois que tais órgãos e organismos continuam com a natureza administrativa, sem poderes jurisdicionais pròpriamente ditos.

Cabe citar, a propósito, os exemplos abaixo.

Em primeiro lugar, podemos indicar o *Tribunal Marítimo*, sôbre o qual dispõe a Lei n.º 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, alterada pela de n.º 3.543, de 11 de fevereiro de 1959, pela Lei n.º 5.056, de 29 de junho de 1966 e pelo Decreto-lei n.º 25, de 1/11/66.

Aquela lei, em seu art. 1.º, define o referido Tribunal, da seguinte forma:

“O Tribunal Marítimo, com jurisdição em todo o território nacional, órgão autônomo auxiliar do Poder Judiciário, vinculado ao Ministério da Marinha no que se refere ao provimento de pessoal militar e de recursos orçamentários para pessoal e material destinados ao seu funcionamento, tem como atribuições julgar os acidentes e fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre e as questões relacionadas com tal atividade, especifica das nesta Lei”.

A peculiaridade do sistema, que dá importância fundamental às decisões dêste órgão e limita o poder de revisão judicial, está contemplada nos arts. 18 e 19.

“As decisões do Tribunal Marítimo, nas matérias de sua competência, têm valor probatório e se presumem certas, sendo suscetíveis de reexame pelo Poder Judiciário, sòmente nos casos previstos na alínea *a* do inciso III do art. 101 da Constituição (isto é, quando a decisão fôr contrária a dispositivo da Constituição, letra de tratado ou lei federal)”.

“Sempre que se discutir em juízo uma questão decorrente de matéria da competência do Tribunal Marítimo, cuja parte técnica ou técnico-administrativa couber nas suas atribuições, deverá ser juntada aos autos a sua decisão definitiva”.

Como pode ser verificado, não é, todavia, ferido o sistema judicial brasileiro, da unidade jurisdicional.

Alguns outros exemplos mais, como os das Turmas de Julgamento e da Comissão Executiva do Instituto do Açúcar e do Alcool, o do Conselho de Recursos da Propriedade Industrial, e outros órgãos que emitem decisões definitivas, não alteram, igualmente, como assinalamos, a classificação do sistema jurisdicional brasileiro, pois tais órgãos não pertencem a uma Justiça Administrativa: continuam sendo organismos administrativos, sem poderes jurisdicionais pròpriamente ditos.

18. Cumpre-nos focalizar, nesta ordem de idéias, como se tem orientado o Direito Brasileiro no tocante ao problema da possibilidade de o Estado submeter-se ao *juízo arbitral*.

O compromisso (arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil) é o ato jurídico pelo qual as partes, em vez de recorrerem ao Poder Judiciário, escolhem juízes árbitros, para decidirem suas questões.

O *compromisso* é, muitas vezes, precedido da chamada *cláusula compromissória*, isto é, a constituição da obrigação de celebrar o *compromisso*.

Alguns juristas negam qualquer eficácia à *cláusula compromissória*. Outros consideram-na obrigação de fazer, que, sem os requisitos do compromisso, não leva à constituição do juízo arbitral, dando lugar a sua transgressão, porém, à responsabilidade civil por perdas e danos.

O *juízo arbitral* decorre do *compromisso* e é regulado pela lei processual (arts. 1.031 a 1.046 do Código de Processo Civil). É uma forma de privatização da justiça. Tradicionalmente, tem sido destinado a solucionar questões de ordem privada. No tocante às questões de Estado, é excluído, expressamente, da cobrança de dívidas fiscais (art. 59 do Decreto-lei nº. 960, de 17 de dezembro de 1938).

O problema surge no que se refere aos demais litígios em matéria administrativa.

Através dos tempos, tem-se dividido a opinião dos juriconsultos brasileiros, uns favoráveis, outros contrários à admissão do compromisso, nesta esfera.

Citemos, aqui, a douta opinião de CARLOS MEDEIROS DA SILVA (parecer, como Consultor-Geral da República, na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 31, págs. 489 e segs.), que conclui no sentido de que, não sendo suficientes para firmar compromisso os poderes para contratar e transigir, e envolvendo aquêle alienação da competência para decidir na esfera administrativa e subtração da controvérsia ao conhecimento do Poder Judiciário pela forma comum, somente é possível à autoridade administrativa celebrar *cláusula compromissória* ou *pacto de compromisso* com apoio em lei especial de autorização.

Esta posição não é, porém, tranqüila, e, recentemente, assim decidiu o Tribunal Federal de Recursos (publ. no *D. da Just. da União*, de 1-6-65, fls. 1.250):

“Juízo arbitral. Na tradição do nosso Direito, o instituto do juízo arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir à autonomia contratual do Estado, que, como tãda pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio, pela via de pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público por insuscetíveis de transação.

Natureza consensual do pacto de compromisso. O pacto de compromisso, sendo de natureza puramente consensual, não constitui fôro privilegiado nem tribunal de exceção, ainda que regido por lei específica.”

Parece-nos ser esta, com efeito, a melhor posição, pois a capacidade para firmar *compromisso* é a de *contratar* (art. 1.037 do Código Civil). Outrossim, ao *compromisso* se aplica, na medida do possível, o disposto acêrca da *transação* (*ib.*, arts. 1.048; e 1.025 e 1.036). Ora, a autoridade administrativa (não, seus representantes judiciais) tem competência para *contratar* e *transigir*.

Além disto, a menção expressa, já por nós vista, quanto ao executivo fiscal, parece indicar, *a contrario sensu*, a possibilidade do compromisso, em outras hipóteses.

Assim, parece-nos possível que a autoridade administrativa, não agindo *ius imperii*, firme *cláusulas compromissórias e pactos de compromisso*, sem autorização legislativa, nos moldes do acórdão acima transcrito.

IV - A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FAZ JUSTIÇA POR SI MESMA

19. Além das hipóteses vistas no título anterior, cumpre salientar as a seguir focalizadas.

a) *A auto-executoriedade dos atos administrativos unilaterais.*

20. Devemos considerar que, em regra geral, um particular não pode, mercê, unicamente, de sua vontade, alterar o patrimônio jurídico de outrem, sem o consentimento dêste (cf. JEAN RIVERO, *in Droit Administratif*, Dalloz, 1962, pg. 85).

Ora, a Administração Pública pode, legitimamente, fazê-la, sendo-lhe facultado estabelecer, unilateralmente, para seus jurisdicionados direitos e obrigações, sempre, evidentemente, dentro dos limites da legalidade.

Ainda mais: se os administrados desobedecerem a êstes atos, a Administração Pública, na maioria dos casos, pode tornar efetivo seu direito, sem precisar recorrer ao Poder Judiciário.

O ato administrativo unilateral é, pois, aquele produto de uma só vontade. Através dêle, a Administração Pública pode modificar, por sua única vontade, situações jurídicas, sem o consentimento dos atingidos pelo ato.

Várias são as espécies de atos administrativos unilaterais, tais como os *gerais* (normativos e ordinatórios) e *especiais* (negociais, enunciativos e punitivos).

Êstes atos, salvo os *enunciativos*, têm o atributo da *imperatividade* ou *obrigatoriedade*, isto é, a qualidade da coercibilidade, quanto a seu cumprimento ou execução, impondo seu fiel atendimento.

Ora, se isto não ocorre, o inadimplente sujeita-se à execução forçada pela própria Administração, se se tratar de *atos executórios* ou *auto-executáveis*, ou pelo Judiciário - a que terá de recorrer aquela -, quando estiverem em pauta atos *não-executórios*.

Neste último caso, o procedimento da Administração é semelhante ao do particular que, lesado em seu direito desrespeitado por terceiro, tem de recorrer ao Judiciário, para tornar aquele efetivo.

A *auto-executoriedade* constitui uma das características fundamentais da maior parte dos atos administrativos unilaterais imperativos.¹⁰

É a chamada *execução forçada na via administrativa*, que consiste em uma *via jurídica* especial, própria do ato administrativo, fazendo a Administração prescindir da *declaratio juris* pelo Poder Judiciário.

A *executoriedade*, e, daí, sua importância para êste estudo, é manifestação do poder de *autotutela* da Administração Pública, pelo qual esta tem a possibilidade de realizar, coativamente, o provimento, no caso de oposição do sujeito passivo.

10 FLÁVIO BAUER NOVELLI (*Eficácia do Ato Administrativo*, *in Rev. de Dir. Adm.*, vol. 61, pág. 36) defende a tese de que "a executoriedade é, antes de tudo, um poder que a lei atribui a certas autoridades administrativas, e não precisamente um predicado dos atos dessas mesmas, autoridades".

21. A *execução forçada por via administrativa* pode ser precedida de autorização legal expressa (cf. SEABRA FAGUNDES, in *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 1957, Forense, págs. 248 e 249; FLÁVIO BAUER NOVELLI, in *Eficácia do Ato Administrativo*, in *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 61, págs. 38 a 40) ou implícita (MACHADO GUIMARÃES, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1942, págs. 214 e segs.). Outrossim, as hipóteses em que há necessidade de recorrer ao Judiciário, como veremos adiante, sempre vêm previstas em lei.

Assim, considerando-se o poder discricionário da Administração Pública, que faculta à mesma certas opções, quando sua atividade não estiver vinculada por lei; tendo-se em vista que a Administração age, segundo um regime de *liberdade vigiada*, podendo fazer tudo aquilo que não esteja proibido em lei, ou por esta previsto de forma diversa; parece-nos, sempre que não esteja legalmente estabelecido o recurso ao Judiciário, poder a Administração recorrer à *execução forçada*, mormente quando fôr indeclinável e premente a obtenção do resultado.

Como acentua o douto MACHADO GUIMARÃES (*ob. cit.*), “desde que o conteúdo do ato administrativo consista em uma obrigação de fazer ou de não fazer, pode, em regra, o próprio órgão administrativo promover a respectiva execução direta, sem necessidade do acerto prévio da obrigação, de acôrdo com as normas do processo civil”.

22. O processo executório efetiva-se, principalmente, por intermédio de *meios diretos*.¹¹

Os meios diretos de coerção administrativa visam a obter a própria prestação exigida do administrado, ou, se isto fôr impossível, outra equivalente. Isto pode efetivar-se de três maneiras: realização da prestação devida pelo obrigado ou por terceiro; conversão de uma prestação em outra; apreensão de coisa.

Como exemplos concretos, podemos citar: a prestação forçada do serviço militar; internamento coativo em leprocômio; vacinação forçada; dispersão violenta de reunião proibida; efetivação da obra de saneamento em prédio particular, por agentes da Administração, quando o proprietário se negue a fazê-lo; a obrigação muda de natureza, pois êste passa a ser devedor do valor gasto para a feitura da obra (cf. § 5.º, do art. 4.º do Decreto-lei 8.938, de 26 de janeiro de 1946); apreensão de substâncias tóxicas ou de mercadorias contrabandeadas.

Além dos *meios diretos* acima enumerados existem os *meios indiretos*, que são processos de coerção relativa que têm por finalidade forçar, por vias oblíquas, o devedor à obediência.

É claro que a *execução forçada* administrativa pròpriamente dita é a que se realiza através dos *meios diretos*, que visam a obter o mesmo resultado prático que se teria obtido, se o devedor tivesse cumprido, voluntariamente, a obrigação, ou, pelo menos, resultado equivalente. Já as *medidas de coerção indireta*, aplicáveis diretamente pela própria Administração, e, portanto, executórias, salvo as de ordem pecuniária, como as multas, conforme veremos, mais adiante, visam, pròpriamente, a reforçar a execução forçada e a punir as infrações consistentes no descumprimento de ato administrativo unilateral imperativo.

Como hipótese de meios indiretos mais freqüentes temos: conversão de obrigação de fazer ou não-fazer em obrigação de dar, sujeitando o patrimônio do

11 Cf. SEABRA F FAGUNDES em sua obra já citada, *O Contrôlo dos Atos Administrativos, pelo Poder Judiciário*, fls. 242 e segs. - Consulte-se, também, FLÁVIO BAUER NOVELLI, *ob. cit.*, págs. 39 e 40.

obrigado aos interesses do Estado, como é o caso da multa; perda de certos direitos e privilégios, em geral utilizada na transgressão das obrigações de fazer; proibição do exercício de certos direitos, enquanto não satisfeita a obrigação.

O citado SEABRA FAGUNDES, à pág. 253, alude a uma hipótese interessante, excepcional no Direito Brasileiro. Com efeito, não é comum a Administração suscitar o controle *a posteriori*, ou seja, depois de obtida, por si mesma, a prestação desejada. Há, entretanto, hipótese em que isto se torna obrigatório por lei. É o caso previsto no Decreto-lei n.º 891, de 25 de novembro de 1938; art. 29, § 4.º, lei de fiscalização de entorpecentes, pela qual a Administração Pública pode internar o toxicômano em estabelecimento próprio, mas a título provisório, pois tem o dever de intentar o processo judicial competente, para tornar definitiva a internação. Justificam-se, em verdade, a *executoriedade*, pela urgência da medida, e o controle judicial, já que está em jogo a liberdade individual.

Outra peculiaridade (pág. 245) é a relativa a certas hipóteses especialíssimas em que, por motivos de urgência, por exemplo, a execução forçada por via administrativa é possível, ainda que inexistindo oposição do interessado. É o caso da necessidade de demolição urgente de uma parede, com o fim de evitar a propagação de um incêndio, sem que os agentes da Administração tenham ouvido o proprietário.

23. A *executoriedade dos atos administrativos* tem fundamental importância, no exercício do *poder de polícia administrativo*, isto é, na faculdade que tem a Administração Pública de disciplinar e limitar, em prol do interesse público adequado, os direitos e liberdades individuais (cf. CAIO TÁCITO, *O Poder de Polícia e seus limites*, in *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 27, págs. 1 e seqs.).

Age o Poder Público, neste campo, através de atos administrativos unilaterais imperativos que, desobedecidos, ensejam àquele a efetivação *manu militari* de seu respeito. Assim, para impedir a realização de comício proibido pela autoridade competente, os agentes da Administração Pública podem chegar ao uso da força física, em caso de resistência.

Como assinala o douto CAIO TÁCITO (loc. cit., pág. 11), “as decisões de polícia são, por natureza, executórias. A Administração tem a faculdade de recorrer a meios coercitivos para compelir ao cumprimento de suas determinações. A coação administrativa, desde que exercida moderadamente e dentro dos quadros legais, é meio essencial à realização do poder de polícia”.¹²

Também na área da *intervenção econômica do Estado*, que é manifestação atual do poder de polícia, os conceitos acima indicados são de suma importância. Destarte, pode a Administração Pública Federal lançar mão de expedientes administrativos executórios, tais como fixação de preços, requisições, intervenções etc.¹³

A Constituição Federal faculta, em seu art. 157, §§ 8 e 9, a intervenção da União na economia, e o seu monopólio de determinada indústria ou atividade através de lei especial, tendo por base motivos de segurança nacional ou a organização de setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, e apresentando por limites os direitos fundamentais assegurados na Constituição. Cabe citar, a propósito, a Lei Delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962, que dispõe sobre a intervenção para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo; a Lei Delegada n.º 5, da mesma data, que organizou

12 Veja-se, adiante, a exceção quanto à dissolução compulsória de sociedades. (Ver n. 31.)

13 Veja-se, adiante, quanto a repressão ao abuso do poder econômico, a exceção localizada no n. 32.

a Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB), que é o órgão autárquico competente para a aplicação daquela; e Decreto-lei n.º 2, de 14 de Janeiro de 1966, que autorizou a requisição de bens ou serviços essenciais ao abastecimento da população.

24. Os poderes de polícia ficam extremamente aumentados, durante o *estado de sítio*, (decretável por grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção e guerra) em que cresce, também, por conseguinte, a faculdade de a Administração Pública fazer justiça por si mesma, através de atos *unilaterais imperativos executórios excepcionais* (cf. arts. 152 e 156 da Cons. Federal) .

O art. 152, § 2.º, estabelece quais as medidas coercitivas que podem ser tomadas, durante o estado de sítio e que são as seguintes: obrigação de residência em localidade determinada; detenção em edifícios não destinados a réus de crimes comuns; censura de correspondência da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas, a suspensão da liberdade de reunião e associação; a busca e apreensão em domicílio; uso de ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias de serviços públicos; suspensão do exercício do cargo, função ou emprêgo nas mesmas entidades.

O § 3.º do mesmo artigo estabelece que, a fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Podêres, a prática das instituições, quando gravemente ameaçada por fatores de subversão ou corrupção, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá tomar outras medidas estabelecidas em lei.

O art. 156 apenas estabelece que a inobservância de qualquer das prescrições constitucionais relativas ao estado de sítio tornará ilegal a coação e permitirá aos pacientes recorrer ao Poder Judiciário.

Cumpra assinalar, assim, que o estatuído por este artigo, a *contrario sensu*, evidencia a executoriedade dos atos administrativos praticados em função do período excepcional.

b) *As exceções à auto-executoriedade.*

25. Mas há, previstas em lei, hipóteses em que a Administração Pública não tem a seu favor a prerrogativa da *executoriedade*, tendo de, como qualquer particular, recorrer ao Judiciário, para tornar efetivos seus direitos.¹⁴

São, pois, casos de controle de atividade administrativa pelas autoridades jurisdicionais.¹⁵

No Direito Brasileiro, estas hipóteses são as que a seguir enumeraremos.

26. De início, temos o caso da *desapropriação*. Em verdade, a Administração Pública pode declarar um bem particular de necessidade ou utilidade pública, ou do interesse social.

Mas, se não chegar a um acordo amigável com o proprietário do bem, não poderá obrigá-lo a aceitar o preço de avaliação estabelecido pelo Poder Público, nem efetivar, por seus próprios meios, a transferência do domínio: terá de ir a Juízo

¹⁴ É evidente que, ao contrário do particular, a Administração Pública pode exercer a atividade constitutiva prévia, que lhe dá o título que a habilita a ingressar em Juízo.

¹⁵ Dizer que tais atos não-executórios são dotados de *executoriedade imprópria* – distinguindo-os dos *executórios* – possuidores da *executoriedade própria* – (cf. MOACYR AMARAL SANTOS, in *As ações cominatórias no Direito Brasileiro* – págs. 266 e segs.) é, data venia, um equívoco técnico: em verdade, como bem acentua NOVELLI (loc. cit., pág. 37), a *executoriedade imprópria* nada tem a ver com a executoriedade administrativa, que “se realiza mediante um procedimento executivo da Administração”.

propor a competente ação de desapropriação, em que se fixe a prévia indenização constitucionalmente indispensável (cf. arts. 150, § 22; 157, §§ 1 a 6, da Const. de 67; Decreto-lei 3.365, de 21-6-1941, com suas modificações posteriores introduzidas pelos Decretos-leis 4.152, de 6-3-1942; 9.811, de 9-9-1946; e pela Lei 2.786, de 21-5-1956; Lei 4.132, de 10-9-1962; Lei n.º 4.504, de 30-11-1904).

É, aliás, perfeitamente justificável esta exceção, já que está em jôgo o direito de propriedade, um dos fundamentais dentre os constitucionalmente assegurados.

A propósito, discute-se muito, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, diante do quadro constitucional e legal vigente, sôbre qual o momento em que se opera a transferência de propriedade do bem do patrimônio do expropriado para o domínio público: uns opinam pela ocorrência da transladação, quando a desapropriação é decretada; outros sustentam que a transmissão da propriedade se torna efetiva, com o pagamento da indenização; alguns, ainda, defendem a doutrina da imissão na posse; finalmente, há os que são pela doutrina do registro, isto é, a transcrição da sentença no Registro de Imóveis é que produziria a transferência dominical.

Estamos com EBERT CHAMOUN (*Perda e Aquisição da Propriedade do Bem Expropriado, in Rev. de Dir. Adm., vol. 76, págs. 476 e segs.*), que, tendo em vista a exigência constitucional da prévia indenização, diz que “o momento em que o expropriado perde o domínio e o adquire o expropriante, não pode ser senão aquele em que, subentendida a regular declaração da utilidade ou necessidade pública, ou do interesse social, a indenização é satisfeita por acôrdo ou, por processo judicial, tendo sido, definitivamente fixada por sentença passada em julgado, é paga ao expropriado, ou consignada à sua disposição” (pág. 480).

É inevitável, porém, muitas vêzes, na prática, a transgressão, por parte da Administração Pública, dos princípios que regem o instituto da desapropriação. Daí a ocupação, de fato, por esta, de bem de particular, *animo domini*, sem o preenchimento dos requisitos acima indicados.

Ocorre, então, a chamada *desapropriação indireta*, ato ilícito da Administração, esbulho da propriedade particular, tanto assim que os juros de mora sôbre a indenização estabelecida, posteriormente, pelo Judiciário, em ação contra aquela proposta pelo esbulhado correm a partir da data da ocupação indevida, salvo se a perícia tiver atribuído valor atual ao imóvel, quando serão aqueles contados a partir desta (cf. *Súmula* n.º 345 do Supremo Tribunal Federal).

Convém, todavia, distinguir duas outras situações, em que a atuação da Administração Pública é legítima.

Em primeiro lugar, cumpre assinalar que, desde a declaração de utilidade pública, as autoridades administrativas estão autorizadas a penetrar nos respectivos prédios, inclusive *manu militari*. Tal direito é limitado ao trânsito indispensável a atos de avaliação, estudos topográficos, etc.

Outrossim, há a possibilidade de *imissão de posse provisória*, que só se efetiva, legitimamente, porém, após o pagamento de depósito, sendo, além disto, determinada pelo juiz, que opera, no particular, um contrôlo direto.

É indispensável assinalar, por outro lado, a diferença entre a *desapropriação* e outro instituto, próximo, mas diverso, que é o *uso*¹⁶, pelo Poder Público, da propriedade particular.

¹⁶ A Const. de 46 (art. 141, § 16) aludia a *requisição*.

Também prevista na Constituição Federal, no mesmo parágrafo 22 do art. 150, o uso implica, apenas, transferência temporária da utilização de coisa particular (salvo, evidentemente, se esta fôr consumível), e não, como na desapropriação, translação do domínio.

Não exige indenização prévia, o que se explica, pelos próprios motivos que a justificam. Diz o citado dispositivo constitucional:

“Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior”.

É, pois, ao contrário da desapropriação, expediente eminentemente executório.

Finalmente, cumpre considerar as *servidões administrativas ou públicas*, que são ônus reais impostos pela Administração à propriedade particular. Podem ser instituídas por decreto, mas carecem, para sua efetivação, da obediência ao procedimento das desapropriações, por força do disposto no art. 40 do já citado Decreto-lei 3.365, de 1941. Se se tratar de servidão pública de aqueduto, ou para a realização de obras hidráulicas, transmissão e distribuição de energia elétrica, há processo especial (arts. 117 a 138 e 151 a 154 do Código de Águas – Decr. 24.643, de 19-7-1934, e Decr. 35.851, de 16-7-1954).

27. A Administração Pública também tem de recorrer ao Judiciário, na hipótese da *cobrança de sua dívida ativa*.

Através do ato administrativo próprio, que é o *lançamento*, a Administração Pública apura a procedência do crédito do Estado e a pessoa que lhe é devedora, e procede à respectiva escrituração a débito desta e a crédito do correspondente título ou rubrica do orçamento do exercício em decurso (cf. art. 142 do Regulamento do Código de Contabilidade Pública da União, art. 53, da Lei 4.320, de 17-3-1964).

Mas, se o contribuinte-devedor não pagar, a Fazenda Pública terá de propor a *ação executiva fiscal*, disciplinada pelo Decreto-lei n.º 960, de 17 de novembro de 1938, com alterações posteriores, como as do Decreto-lei 1.052, de 17-1-1939. Esclarece a segunda parte do *caput* do art. 1.º do citado diploma legal que “por dívida ativa entende-se, para êsse efeito, a proveniente de impostos, taxas, contribuições e multas de qualquer natureza, foros, laudêmios e alugueres; alcances e reposições”.¹⁷

De qualquer modo, há privilégio a favor da Administração Pública, quanto à presunção de liquidez e certeza concedida às suas dívidas ativas; desde que consistentes em quantias fixas e determinadas, e inscritas, regularmente, no livro próprio da repartição fiscal. Assim, a Administração faz prova de seus créditos, em seu próprio favor, através de ato unilateral.

É interessante assinalar, porém, que o privilégio da presunção de veracidade dos assentamentos e certidões administrativas, até prova em contrário, favorece o Poder Público, em qualquer ação.

28. Outra exceção ao princípio da *executoriedade* é a relativa à *aplicação das penas criminais*, exceção das mais importantes, pois referente à liberdade individual, direito fundamental assegurado pela ordem jurídica.

¹⁷ As dívidas provenientes do contrato serão cobradas, pela mesma forma, quando assim fôr convencionado.

O Estado é o titular do direito de punir.¹⁸ O *jus puniendi* estatal não é arbitrário, mas sujeito às normas e princípios jurídicos. É êle manifestação do *jus imperii*, constituindo um dos *direitos públicos subjetivos*.

Praticado um ilícito penal, nasce para o Poder Público o *direito de punir*, de aplicar a sanção competente ao violador do preceito respectivo.

*Esta atividade penal, que é administrativa, por excelência, não é auto-executável, não mais havendo autodefesa, na esfera da atividade penal do Estado.*¹⁹ Assim, a pena só se aplica através do processo, que é um dos meios de se comporem os conflitos de interesses.

Diante do ilícito criminal, a pena não pode ser imediata e automaticamente imposta pela Administração Pública: esta só tem competência para tomar certas medidas cautelares e preventivas, previstas em lei, no uso das atribuições de *polícia judiciária*, repressiva, que tem por finalidade precípua a apuração da ocorrência de ilícitos penais e sua respectiva autoria. Entre estas medidas, temos a prisão em flagrante, a busca e apreensão etc., sempre dentro dos limites constitucionais e legais (cf. art. 150, § 1.º da Const. Fed., sôbre a inviolabilidade do lar).²⁰

Daí, para a aplicação da pena, a necessidade da propositura da *ação penal*, através do órgão administrativo especializado, o *Ministério Público*. Forma-se, em Juízo, o *triângulo processual*: juiz, autor e réu.

É o *procedimento acusatório*, em que o juiz não tem qualquer função persecutória, ao contrário do que ocorria no sistema *inquisitivo*, no qual o juiz representava o interesse punitivo do Estado, sob a forma da autodefesa.

No Direito Brasileiro, há uma hipótese interessante: nas contravenções (delitos de menor importância, meio-térmo entre o ilícito administrativo e o penal), a autoridade policial administrativa e o próprio juiz podem agir *de ofício*, dando início, através de portaria ou auto de prisão em flagrante, perante si mesmos, à ação penal (arts. 17 da Lei de Contravenções Penais e 531 do Código de Processo Penal):²¹ esta, todavia, posteriormente, passa pelo crivo do contraditório, aliás, garantia constitucionalmente assegurada (art. 141, § 25, última parte; cf., ainda, §§ 25, l.ª parte, 26, 27, 28, 29, 30, 31 e 32, todos da Constituição Federal de 46; art. 150, § 16, última parte; §§ 12 e 14, todos da Carta de 67).

Dissemos acima que a autoridade administrativa *pode* e por vêzes, *deve, ex officio*, tomar certas medidas preventivas e cautelares. Se se tratar de *prisão* ou *detenção*, esta terá de ser imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não fôr legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora, havendo, ainda, a possibilidade do uso do *habeas-corpus* (§§ 12 e 20, do mesmo art. 150 da Const. Federal).

Aliás, a recente Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965, regulou o *direito de representação* e o *processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade*, entre as quais está a falta de comunicação acima indicada.

18 Nos crimes de ação privada, há, tão somente, um fenômeno de substituição processual.

19 Cf. n.º 4 *supra*.

20 Há, aliás, no Direito Brasileiro, em matéria de inquérito policial-militar (que abrange, atualmente, crimes militares, contra a segurança nacional, de economia popular), uma faculdade administrativa importante, do ponto de vista da liberdade individual: é a atribuída pelo art. 156 do Código da Justiça Militar a autoridades administrativas para ordenar a detenção ou prisão do indiciado, durante as investigações policiais, por determinado prazo.

21 Êste tipo de ação penal foi estendido, recentemente, aos crimes de homicídio culposo e lesões corporais culposas, por força da Lei 4.611, de 2 de abril de 1965, que teve por fim, principalmente, abrange os *delitos de automóvel*.

Dada a importância desse diploma legal, no que tange à atividade administrativa e aos direitos individuais, vamos reproduzir alguns de seus principais artigos, a saber:

“Art. 3.º - Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

- a) à liberdade de locomoção;
- b) à inviolabilidade do domicílio;
- c) ao sigilo da correspondência;
- d) à liberdade de consciência e de crença;
- e) ao livre exercício do culto religioso;
- f) à liberdade de associação;
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
- h) ao direito de reunião;
- i) à incolumidade física do indivíduo.”

“Art. 4.º - Constitui também abuso de autoridade:

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
- d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
- f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei quer quanto à espécie, quer quanto ao seu valor;
- g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;
- h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal.”

29. Outra exceção ao privilégio da *executoriedade* é o da *ação de nulidade de patente de invenção e de marca de indústria e de comércio*, matéria essencialmente administrativa federal, mas que requer a propositura da competente ação, em certos casos, pela própria Administração, através dos Procuradores da República, ou pelo interessado (arts. 332 a 335 do Código de Processo Civil; cf. o Código de Propriedade Industrial, Decreto-lei, 7.903, de 27-8-1945).

Em matéria de propriedade literária, científica e artística, é de se citar, também, o fato de que a *União ou o Estado podem obrigar o titular daquele direito a reeditar a obra, sob pena de desapropriação*. É caso de cabimento de *ação cominatória* (art. 302, X do Código de Processo Civil).

30. No campo do Direito Administrativo Disciplinar, outra exceção se abre à *executoriedade*.

Já vimos que, no Direito Brasileiro, *os atos administrativos unilaterais punitivos* são imperativos e, em geral, *executórios*. Focalizamos a exceção, quando se trata de *multa* contra administrado.

Quando se trata, porém, do *Direito Disciplinar*, isto é, do exercício do *poder disciplinar*, correlato com o *poder hierárquico*, e que é a faculdade conferida ao administrador público, para reprimir as infrações funcionais de seus subordinados, no âmbito interno da Administração, a *executoriedade* dos respectivos atos punitivos é quase absoluta.

Com efeito, a Administração apura as faltas disciplinares de seus servidores, através do chamado *processo administrativo disciplinar* (ou *inquérito administrativo*), ou mesmo, conforme a menor gravidade, de *meios sumários* (espécies do gênero *processo administrativo*), entendendo a jurisprudência ser sempre necessária a audiência do indicado (exigência que, por vezes, a lei estende para a *ampla defesa*, dentro do fenômeno de jurisdicionalização do procedimento disciplinar). Uma vez feita a apuração, a Administração, *manu militari*, aplica as sanções que ela própria impôs: assim, ela mesma *repreende* o servidor, rompe o vínculo que o liga, no caso de demissão etc., sem precisar recorrer ao Judiciário. Até mesmo, no caso de *multa*, a própria Administração faz o desconto do vencimento que paga ao servidor, dentro dos limites legais.

Inclusive na hipótese de *responsabilidade civil do servidor*, por procedimento doloso ou culposos que implique prejuízo da Fazenda Pública, a indenização poderá ser liquidada, igualmente, sob a modalidade de desconto (cf. arts. 205 e seu parágrafo único, e 196 e segs. da Lei Federal 1.711, de 28 de outubro de 1952, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União).

Mas, em se tratando de dano causado a terceiro, para que o funcionário responda perante ela, a Fazenda Pública terá de propor *ação regressiva* contra o mesmo, depois de transitar em julgado a decisão de última instância que houver condenado a Fazenda a indenizar o terceiro prejudicado (cf. art. 105 e seu parágrafo único da Const. Fed. e art. 187, § 2.º da Lei 1.711, já citada).

Outrossim, com relação a uma espécie de funcionários, os *vitalícios* (segundo o art. 98 da Const. Federal, somente o são os magistrados e os Ministros do Tribunal de Contas), a própria Constituição Federal impõe, na hipótese de demissão, a necessidade da propositura de ação judiciária, pois, só por sentença, podem os funcionários vitalícios perder o cargo (art. 103, I).

Em matéria disciplinar, a Administração Pública também tem que recorrer ao Judiciário para impor a servidor seu as sanções de *seqüestro* e *perdimento de bens*, nos casos de *enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função* (art. 150, § 11, *in fine*, da Constituição Federal e Leis ns. 3.164, de 1.º de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958).

31. Outra exceção, em matéria de *auto-executoriedade dos atos administrativos*, é a prevista no § 28 do art. 150 da Constituição Federal, e que diz respeito ao *poder de polícia*.

O citado dispositivo garante, como um dos direitos individuais, a *liberdade de associação*.

No caso de *ilicitude dos fins* de uma associação, com abuso desta liberdade, a Administração Pública não poderá agir *manu militari*. Com efeito, estatui a segunda parte da citada norma que “nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de sentença judicial”. Assim, a Administração terá que, também neste caso, recorrer ao Judiciário, através da ação competente.

No nível da legislação ordinária, regulam a matéria o Decreto-lei n.º 9.085, de 25-3-1946 e art. 670 do Código de Processo Civil.

O art. 6.º daquele Decreto-lei estabelece que o Governo Federal pode suspender, por prazo não-excedente de seis meses, as, sociedades ou associações que houverem adquirido personalidade jurídica, mediante falsa declaração de seus fins, ou que, depois de registradas, passarem a exercer atividades ilícitas, ou contrárias, nocivas ou perigosas ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes.

Acrescenta o parágrafo único do mesmo artigo que, neste caso, os representantes judiciais da União (Ministério Público Federal) deverão propor, no Juízo privativo desta, a *ação judicial de dissolução*.

O art. 670 do Código de Processo Civil já acrescenta que “a sociedade civil com personalidade jurídica, que promover atividade ilícita ou imoral, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público”.

32. Uma outra questão a ser estudada, nesta ordem, de idéias acêrca das exceções ao princípio da executoriedade, no Direito Brasileiro, é a hipótese do art. 302, XI, do Código de Processo Civil, que estabelece:

“Art. 302 – A ação cominatória compete:

.....

XI – à União, ao Estado ou ao Município, para pedir:

- a) – a suspensão ou demolição de obra que contravenha a lei, regulamento ou postura;
- b) – a obstrução de vales ou escavações, a destruição de plantações, a interdição de prédios e, em geral, a cessação do uso nocivo da propriedade, quando o exija a saúde, a segurança ou outro interesse público.

Neste caso, a doutrina e a jurisprudência que nos parecem mais acertadas opinam no sentido de que este dispositivo processual apenas faculta à Administração pública a propositura da ação cominatória, sem o caráter de obrigatoriedade, pois, inclusive, pela própria natureza dos atos enumerados, a atividade administrativa estaria seriamente comprometida e dificultada, se o recurso ao Judiciário fôsse obrigatório, em tais casos.²²

²² Aliás, seria impossível, dentro do sistema jurídico federativo brasileiro, que a lei federal ordinária (sem matriz constitucional, pois) estabelecesse normas administrativas para Estados e Municípios. Nos casos anteriores, só nas hipóteses de desapropriação e ação penal, a exceção à executoriedade abrange Estados e Municípios

Aliás, este direito de opção outorgado à Administração Pública não é o único, no Direito Brasileiro. Podem ser citados, a propósito, os arts. 58 e 59 do *Código de Águas* (Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934), a saber:

“Art. 58 – A administração pública respectiva, por sua própria força e autoridade, poderá repor incontinenti no seu antigo estado as águas públicas, bem como o seu leito e margens, ocupados por particulares, ou mesmo pelos estados ou municípios:

a) quando essa ocupação resultar da violação de qualquer lei, regulamento ou ato da administração;

b) quando exigir o interesse público, mesmo que seja legal, a ocupação, mediante indenização, se esta não tiver sido expressamente excluída por lei.

Parágrafo único – Essa faculdade cabe à União, ainda no caso do art. 40, n.º II, sempre que a ocupação redundar em prejuízo da navegação que sirva, efetivamente, ao comércio.”

“Art. 59 – Se julgar conveniente recorrer ao juízo, a administração pode fazê-lo tanto no juízo petitório como no juízo possessório”.

32. A Lei 4.137, de 10-9-1962, que, com base no 148 da Constituição Federal, regula a *repressão ao abuso do poder econômico*, também estabelece exceção à autotutela administrativa.

Com efeito, apurado, através do competente processo administrativo, algum abuso do poder econômico, se os indicados “não cumprirem as determinações do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão encarregado da execução da lei em tela), no prazo fixado, *êste promoverá a execução judicial da decisão*, requerendo a intervenção de uma, algumas ou tôdas as empresas” envolvidas nas irregularidades (art. 47).

Outrossim, no tocante à multa, sua execução, obedecerá ao rito processual das ações executivas por dívidas fiscais.

33. Devemos considerar, finalmente, ainda que perfunctòriamente, que, por força de dispositivo constitucional, *ou*, mesmo, da legislação ordinária, quer no âmbito federal, quer nas áreas locais – e com o objetivo de, em tais casos, ser a atividade administrativa controlada mais diretamente – a Administração Pública, algumas vezes, não pode praticar, *sòzinha*, um ato administrativo; ou, outras vezes, o ato carece de aprovação por outro órgão para ter eficácia.

No primeiro caso, estamos diante de um *ato administrativo complexo*, no qual as outras manifestações de vontade são necessárias à própria existência do ato. É o caso da nomeação de certos funcionários federais (p. ex. Ministros do Supremo Tribunal, Procurador Geral da República) cujos nomes são indicados pelo Presidente da República, passam pelo crivo do Senado Federal, para depois serem definitivamente nomeados (Const. Fed., art. 45, I).

(sempre incluídos, na enumeração, o Distrito Federal e os Territórios, pessoas *políticas, também*), mas com raízes na Constituição Federal. Cf. MACHADO GUIMARÃES, obr. cit., págs. 233 e segs.; DARCY BESSONE, *Poder de Polícia*, in *Rev. dos Tribs.*, 210/40. Podemos citar, ainda, ac. do Supremo Tribunal Federal, in *Rev. Forense*, 124/439, a saber: “A tese de que o exercício, pelo poder administrativo, da ação cominatória, não impede a expansão da autotutela, é inteiramente cabível”. MACHADO GUIMARÃES mostra, outrossim, que é pacífica, hoje em dia, a aceitação da tese da admissibilidade da renúncia, pela Administração Pública, ao privilégio da autotutela.

Quanto à segunda hipótese, podemos citar, como exemplo, a manifestação sobre as aposentadorias de funcionários públicos, pelo Tribunal de Contas (art. 73, § 8, da Const. Federal).

c) *Atos administrativos bilaterais.*

34. Também na execução dos atos administrativos bilaterais, em que há o concurso, em sentido oposto, das declarações de vontade do Poder Público e da outra parte, tal como ocorre nos *contratos administrativos*, a Administração pode fazer justiça por si mesma.

Em verdade, sempre buscando atender ao interesse público, a Administração Pública pode e deve atuar, unilateralmente, estabelecendo modificações na execução do contrato ou impondo sanções ao co-contratante faltoso, sem precisar recorrer ao Judiciário.

Êstes expedientes são manifestações da capacidade da Administração Pública de fazer, quer de forma constitutiva, quer de modo repressivo, justiça por si mesma.

Assim, pode ela, em primeiro lugar, alterar, unilateralmente, as chamadas *cláusulas regulamentares de serviço*, impondo novos ônus ao co-contratante, desde que respeitada a *equação econômico-financeira* do contrato.

Coexistem, com efeito, nos *contratos administrativos*, cláusulas de duas naturezas: *as contratuais propriamente ditas*, inalteráveis por ato unilateral da Administração, correspondentes a uma situação de natureza subjetiva, e que abrangem, notadamente, os aspectos econômico-financeiros da avença; e as *regulamentares*, correspondentes a situação de igual natureza²³, e referentes às condições de execução do serviço contratado: são alteráveis por ato administrativo unilateral, a fim de que se adaptem às novas exigências técnicas, econômicas e sociais, não podendo, porém, modificar o objeto mesmo do contrato.

Já salientamos, todavia, que alterada uma cláusula regulamentar por *factum principis*, acarretando novos ônus para o co-contratante, está a Administração obrigada a compensá-los com o fornecimento de novos meios financeiros, para que não se frustrate o equilíbrio econômico do contrato, que, como indicamos acima, constitui direito subjetivo de quem contrata com aquela.

Êstes aspectos são especialmente importantes, quando se trata de execução demorada de vultosas obras públicas e nas concessões de serviços públicos.

35. Em favor da Administração Pública permanece, por outro lado, o direito de, a qualquer momento, *resilir* ou *rescindir unilateralmente* o contrato. É que, embora tenha contratado a respectiva execução com o particular, o Poder Público continua a ser o dono da obra, o titular do serviço público. Destarte, em prol do interesse coletivo, tem a Administração a faculdade de, a qualquer momento, tomar, diretamente, a respectiva execução, surgindo a figura da *encampação*.

Evidentemente, por força dos mesmos direitos econômico-financeiros que possui, o co-contratante tem direito a uma indenização, pela ruptura antecipada do contrato, sem que tenha concorrido com culpa.

Esta questão, que surge, principalmente, nas concessões, acarreta o problema da indenização, prévia ou ulterior, e, por conseguinte, o da imissão imediata, ou não, na posse dos bens, vinculados à concessão, por parte da Administração Pública.

23 Aliás, a Administração Pública tem a faculdade de alterar, unilateralmente, situações estatutárias ou regulamentares, como as dos funcionários públicos, dos usuários dos serviços públicos.

Muitas vezes, no próprio contrato de concessão, vem disciplinada a solução do problema, em geral no sentido de se assegurar prévia indenização, tornando-se necessária, na hipótese de não se chegar a um acôrdo, a propositura de ação judicial.

Aliás, a doutrina e a jurisprudência têm-se, igualmente, orientado neste sentido. Diz, por exemplo, CAIO TÁCITO que “a indenização prévia é concebível na encampação, quando o contrato bem executado cessa, prematuramente, pela vontade da Administração” (in Revista de Direito Administrativo, Vol. 52, pág. 346).

Alguns administrativistas brasileiros opinam que a *encampação* deverá obedecer ao procedimento da *desapropriação*. Outros afastam, por completo, os dois institutos. Em verdade, o Poder Concedente pode optar entre *encampar* ou *desapropriar*, expedientes diversos, o que nos parece mais acertado.

Na prática, muitas vezes, os objetivos da *encampação* têm sido atingidos através da *compra e venda* entre Concedente e Concessionário.

36. A Administração Pública, como já foi adiantado, pode e deve impor, outrossim, unilateralmente, ao co-contratante penalidades que foram devidas por faltas dêste, desde a simples *advertência*, *multa* (que é, imediatamente descontada da *caução* depositada pelo co-contratante), *intervenção*, e chegando até à própria *rescisão* ou *caducidade* do contrato.

Neste último caso, que se distingue, pois, frontalmente, da *encampação*, tem sido entendido, com acôrto, que “parece, *data venia*, mais adequado à natureza publicística do serviço que o Estado possa retomá-lo ao concessionário incapaz, sem embaraço, de que se liquidem, *a posteriori*, eventuais perdas e danos, ou indenizações patrimoniais” (CAIO TÁCITO, *ib.*, pág. 345).²⁴

37. Deve ser, por outro lado, assinalado que tais hipóteses não se confundem com a revogação de atos unilaterais da Administração Pública, que outorgam, a título precário (sendo, portanto, revogáveis *ad nutum*), *permissão* ou *autorização* para o exercício de atividades, ocupação de bens do domínio público, e até mesmo, prestação de serviços públicos, ou admitem servidores de certas classes no exercício de função pública (interinos, dirigentes de autarquias etc.).

Nestes casos, cabe ao Poder Público a cessação unilateral e executória da *permissão* ou *autorização*, ou a *exoneração* do servidor. Exige-se, em certos casos, a motivação da medida (como é o caso da cassação de alvará de funcionamento de casas comerciais).

d) *A Administração Pública faz justiça por si mesma dentro de si mesma.*

38. Dentro da própria Administração Pública, há a possibilidade de um de seus órgãos fazer justiça, por si mesmo, ou com relação a outro, ou com referência a seus próprios servidores.

No tocante a êste último aspecto, já vimos as hipóteses em que a Administração Pública pode fazer, por si mesma, justiça contra seus servidores, ou quando tem de recorrer ao Judiciário.

Quanto ao primeiro aspecto, cabe destacar, inicialmente, que, no exercício do *poder hierárquico*, a Administração ordena e obriga ao cumprimento de suas determinações, fiscaliza seu cumprimento, revê os atos dos inferiores, delega e avoca atribuições, sem, é claro, precisar recorrer a outro Poder.

²⁴ É interessante observar que, no contrato entre a Prefeitura do antigo Distrito Federal e a Companhia Telefônica Brasileira (cláusula XXIV), exige-se a declaração de rescisão por via judicial, cabendo ao Judiciário fixar as condições da passagem do acêrvo da Companhia para o Poder Público. Outrossim, só na hipótese de cessação total do serviço, caberia àquele requerer *initio litis* a sua imissão provisória na empresa.

39. Existe, outrossim, o instituto da *tutela administrativa*, exercida pela Administração Direta sobre a Administração Descentralizada.

A *tutela*, que se situa no meio termo, entre a hierarquia interna da Administração e a simples fiscalização desta sobre os particulares, enseja ao Estado controlar, supervisionar, julgar, quanto a legalidade e ao mérito, e punir, no caso de ilicitude, a atividade das demais pessoas jurídicas de direito público que criou (autarquias, fundações, empresas públicas). Uma das manifestações mais interessantes neste campo é a faculdade de exoneração *ad nutum* de dirigentes destas pessoas administrativas, já vista.

O controle tutelar exerce-se, também, na parte financeira, com a aprovação, ou não, de orçamentos, balanços etc.

Todas estas atribuições, a Administração as exerce, sem, necessitar recurso a outra autoridade.

A título ilustrativo, cabe citar dois diplomas legais que disciplinam a *tutela*, no Direito Administrativo Brasileiro: um, da esfera federal, o Decreto-Lei n.º 200, de 25/2/67, art. 26; outro, do Estado da Guanabara, o Decreto n.º 93, de 1/11/1963.

e) *Pode a Administração fazer justiça por si mesma contra os demais Podêres?*

40. Compete-nos focalizar, agora, a questão de se saber se o Poder Executivo, que é o Poder Administrativo, por excelência, pode, por si mesmo, fazer justiça em caso de conflito com algum dos outros dois poderes, o *Legislativo* e o *Judiciário*.

Predomina, no Direito Público Brasileiro, o princípio da independência e harmonia dos poderes, quer no campo federal quer no local (arts. 6, 10, IV, VII, *d e e*, da Const Federal).

Assim, em caso de litígio entre o Executivo e o Legislativo cabe ao Judiciário decidir, devendo o Executivo, em princípio, cumprir as leis. Outrossim, ao Executivo cabe respeitar e cumprir as decisões judiciárias.

No caso de contrariedade a este sistema, há conseqüências de ordem política (crimes de responsabilidade, intervenção do Governo Federal nos Estados), e criminais (crimes funcionais).

41. Mas há uma peculiaridade no sistema acima delineado. Com efeito, uma das manifestações mais interessantes de a Administração Pública *fazer justiça por si mesma*, é a que diz respeito, à sua faculdade de não cumprir as leis que julgar inconstitucionais.

A importância teórica e prática da matéria é evidente, e, por isto mesmo, tem sido amplamente discutida, na doutrina e na jurisprudência.

De início, por princípios de ordem jurídica (presunção de constitucionalidade das leis, prerrogativa do Judiciário de ser o julgador da constitucionalidade das leis, obrigação, formalizada mediante compromisso, no ato da posse, das autoridades e agentes da Administração, de cumprirem as leis formalmente legítimas) e razões práticas (perigo de impasse e choque entre os Podêres), negou-se tal faculdade; passou-se, porém, depois, a admiti-la, considerando-se que, acima do cumprimento das leis ordinárias, a Administração tem o dever de cumprir a Constituição. Por outro lado, não é ela um mero particular, ao qual, de qualquer forma, mesmo não lhe sendo dado deixar de cumprir a lei, se o fizer, por este motivo, poderá, na defesa em Juízo, alegar tal preliminar, que será aceita até mesmo pelo juiz da 1.^a instância.

Com muito mais razão, em se tratando do Poder Público, êste tem direito a julgar da constitucionalidade daquilo que lhe está sendo determinado. Afinal, no caso, aquele que terá praticado uma ilicitude, terá sido o Poder Legislativo.

É verdade que, pela Emenda Constitucional n.º 16, à Constituição de 46, foi acrescentada a possibilidade de representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República ao Supremo Tribunal Federal (nova redação da alínea *k* do art. 101, inciso I, da Const. Federal). O dispositivo foi mantido no art. 114, I, *l*, da Const. de 67. Assim existe, agora, a faculdade de a Côrte Suprema conhecer de ações diretas sôbre a constitucionalidade de leis em tese.

Vejamos como, doravante, doutrina e jurisprudência julgarão a influência desta nova norma sôbre o problema aqui focalizado, já que, agora, o Poder Público dispõe de uma ação para declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese.

V - CABE A AUTOTUTELA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

42. Para encerrarmos o presente estudo, deveremos tecer algumas considerações, embora breves, acêrca da possibilidade, no campo do Direito Administrativo, de o administrado ou o servidor público fazer justiça por si mesmo contra a Administração Pública.

É evidente que, em princípio, isto não é possível, não prevalecendo, neste campo, nem mesmo as exceções previstas, quando se tratam de litígio entre particulares, salvo aquelas situações mais graves, como as do estado de necessidade, legítima defesa.

Em geral, o particular ou o servidor terá de, em caso de violação de direito seu, recorrer ao Judiciário, lançando mão das ações cabíveis, comuns, ou especiais, para o contróle da Administração.

Outrossim, como já focalizamos, há a presunção de legitimidade dos atos administrativos que impõe obediência ao jurisdicionado. Êste, nem mesmo na hipótese de inexistência, segundo corrente dominante no Direito Brasileiro, conforme já foi salientado, poderá, por si mesmo, julgar da ilegalidade do ato e deixar de cumpri-lo: é matéria que cabe ao Judiciário.

43. Há, porém, alguns aspectos peculiares, na matéria, que devem ser considerados isoladamente, e que ratificam os princípios acima expostos.

44. Nesta matéria cabe, por exemplo, o estudo da possibilidade de oposição da *exceptio non adimpleti contractus*, quando se trata de *contrato administrativo*, já que previsto está, no Código Civil, em seu art. 1.092, que, nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Podemos sintetizar o assunto, dizendo que, embora sejam escassas doutrina e jurisprudência acêrca do assunto, entende-se, no Direito Brasileiro (seguindo-se, no particular, principalmente doutrina e jurisprudência francesas), que esta regra pode ser invocada pela Administração Pública, mas não pelo co-contratante contra ela, notadamente em função daquele princípio fundamental do serviço público, ínsito a todo contrato administrativo: *o princípio da continuidade*.

45. Pelas mesmas razões, não pode o concessionário, ou qualquer outro contratante, abandonar o serviço ou a obra, tal o prejuízo que isto acarretaria ao interesse público.

46. Igualmente, em função dos mesmos princípios, é vedada a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei (art. 157, § 7.º, da Const. de 67).

47. Hipótese interessante é a de se saber se o servidor hierarquicamente inferior a outro pode julgar da legalidade das ordens emanadas dêste e, conseqüentemente, se as julgar ilícitas, deixar de cumpri-las, fazendo, destarte, justiça por si mesmo.

A orientação do Direito Brasileiro é a da corrente intermediária: o inferior deve cumprir as ordens de seu superior, *salvo as manifestamente ilegais*. Assim, tem aquêle um certo poder de julgamento e a capacidade de, por si mesmo, deixar de cumprir as ordens recebidas (cf. art. 194, VII, da Lei n.º 1711 citada, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União; e artigo 18 do Código Penal).

48. Finalmente, embora o assunto seja visceralmente político, mas com profundos reflexos administrativos, gostaríamos de abordar os *expedientes políticos* pelos quais os administrados podem obter da Administração Pública o que desejam, ou puni-la, pelo que não tenha feito ou o tenha, de forma errônea.

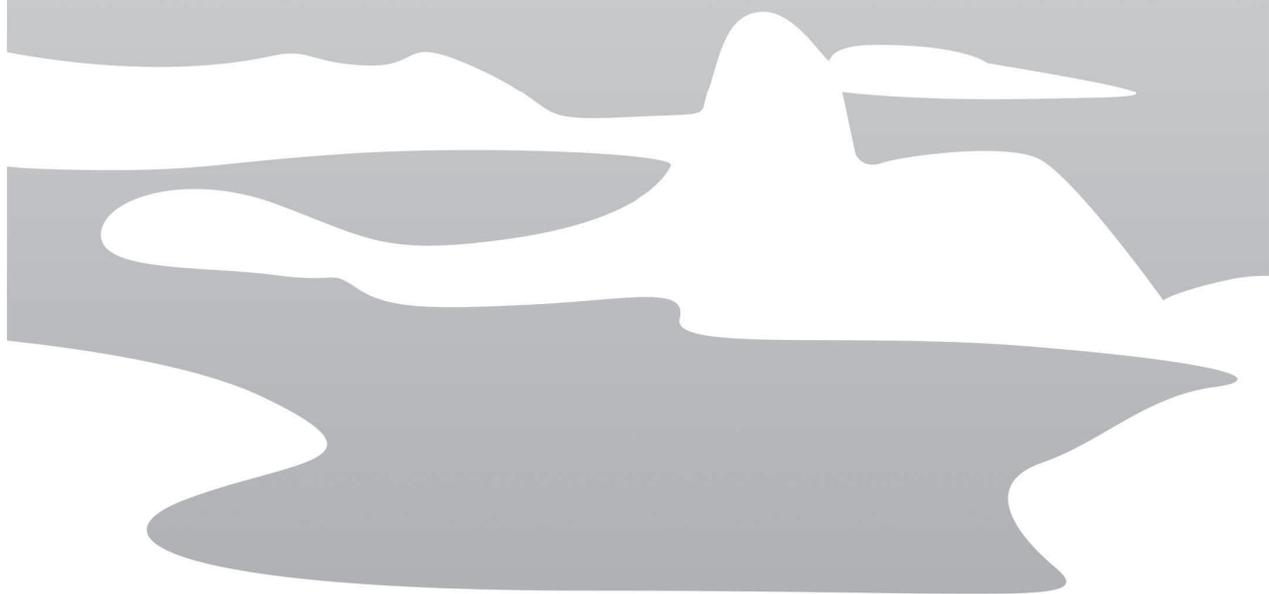
Quanto ao primeiro objetivo, atuam os chamados *grupos de pressão* que, seja no tocante a aspectos de legalidade, seja no que tange a facetas discricionárias da atividade administrativa, buscam influenciar e, até mesmo, coagir, a Administração Pública a satisfazer seus interesses (muitas vêzes, porém, ilegítimos), numa forma de autocomposição.

Na segunda hipótese, existe a *sanção política*, a derrota, nas urnas, do grupo que agiu mal no govêrno.

Enfim, cabe lembrar, nos casos de extrema gravidade, de opressões políticas e desmandos governamentais, há o debate acêrca da legitimidade do chamado *direito de resistência*, debate êste que escapa, no entanto, ao campo do presente estudo, que ora encerramos.

**Publicado originalmente na Revista nº 2 mai./ago. 1967, p. 75.*

Direito Tributário



DECADÊNCIA: CONTAGEM DO PRAZO NO CASO DE LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO*

1. *Introdução*

O tema que trago à meditação concerne em saber quais os termos, inicial e final, do prazo de decadência do direito de constituir o crédito tributário, na hipótese de lançamento por homologação, em que se comprova a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Em outras palavras, o meu objetivo consiste em interpretar o § 4º, parte final, do art. 150 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

“Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Desde já, podem os Senhores notar que a matéria a ser abordada é rica de altas indagações doutrinárias e jurisprudenciais e, por isso mesmo, torna-se impossível que, neste ensejo, a desenvolva, em profundidade, não apenas por me faltar, para tanto, “engenho e arte”, mas, ainda, em face do curto espaço de tempo de que disponho para versá-la.

Um fato todos podem testemunhar: o assunto não tem merecido estudo específico da maior parte dos especialistas, que se limitam a citá-lo, de passagem, nos seus trabalhos. Poucos, também, são os escólios pretorianos a eles concernentes. Outro não é, pois, o meu propósito senão o de suscitar debate sobre o tema.

2. *Alguns conceitos e princípios*

Permitam-me que, de início, teça breves considerações sobre alguns conceitos e princípios, já do conhecimento de todos, mas necessários à presente exposição.

O Código Tributário Nacional adotou, entre nós, tradicional e consagrada distinção entre dois institutos extintivos de direitos: a decadência e a prescrição. O primeiro ligado ao direito de constituir o crédito tributário; o outro, à ação para cobrá-lo.

“A decadência supõe um direito que, embora nascido, não se tomou efetivo pela falta de exercício; ao passo que a prescrição supõe um direito nascido e efetivo, mas que pereceu pela falta de proteção pela ação, contra a violação sofrida”, ensina *Câmara Leal*, para, em seguida, assim definir a decadência:¹

“É a extinção do direito pela inércia do seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado.”

* Procurador da República no Distrito Federal e Ministro do Superior Tribunal de Justiça a partir de 1988.
1 *Da Prescrição e Decadência*, Saraiva, 1939, p. 123.

O Professor Agnelo Amorim Filho mostrou, com excepcional clarividência, a íntima relação existente entre o instituto da decadência e a categoria dos denominados “direitos potestativos”, a que se referiu *Chiovenda*.

Os direitos potestativos compreendem “aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade destas”.² Tal declaração de vontade tende à “produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção. A *sujeição* é um estado jurídico que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dele.”³

O exercício dos direitos potestativos, segundo se depreende, “afeta a esfera jurídica de terceiros, criando para esses um estado de *sujeição*, sem qualquer contribuição da sua vontade, ou mesmo contra a sua vontade”.⁴ Portanto, a simples *possibilidade* do exercício de tais direitos pode gerar, em muitos casos, intranquilidade, de intensidade variável, para esses terceiros, concorrendo a *falta* de seu exercício, de forma acentuada, para perturbar a paz social.

Diante desse contexto, ou seja, tendo em conta a inquietação, menor ou maior, que a possibilidade de exercício dos direitos potestativos pode ensejar, o legislador, às vezes, estipula prazo para o seu exercício; em outras ocasiões, por considerar desnecessária a fixação de prazo, deixa que prevaleça o princípio geral da *inesgotabilidade* ou *perpetuidade* (“os direitos não se extinguem pelo não uso”: investigatória de paternidade, por exemplo).

Quando a lei fixa prazo para o exercício dos direitos potestativos, tem em vista, em primeiro lugar, a extinção do direito e não a extinção da ação. “Esta também se extingue, mas por via indireta, como consequência da extinção do direito.”⁵

Decorre da exposição que o direito de lançar apresenta índole potestativa, ou seja, é exercitado e atua, em princípio, “mediante simples declarações de vontade do seu titular, independentemente de apelo às vias judiciais e, em qualquer hipótese, sem o concurso da vontade daquele que sofre a sujeição”.⁶ De salientar que, no caso da Administração Pública, a manifestação de vontade é exteriorizada através dos seus órgãos, pois é através deles que “pensa, conhece e quer”, na expressão de Marcelo Caetano.⁷

Apresentando o direito de lançar índole potestativa, e sendo óbvia a inquietação que a possibilidade do seu exercício acarreta para os contribuintes, o legislador houve por bem fixar o prazo para o seu exercício, que, em regra, é quinquenal.

A dificuldade de contagem do prazo está justamente naqueles casos de lançamento por homologação, em que há comprovação de dolo, simulação ou fraude, pelo fato mesmo de a lei não prever o seu *dies a quo*, nem o seu *dies ad quem*.

No entanto, uma coisa é certa: tal prazo é inerente ao sistema do vigente Código Tributário Nacional e, por isso, há de ter a sua contagem determinada,

2 *Crítério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência*, Prof. Agnelo Amorim Filho, “Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará”, Vol. XIV, 1960, p. 307.

3 *Instituições de Direito Processual Civil*, 1º vol., *Giuseppe Chiovenda*, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, p. 15.

4 Prof. Agnelo Amorim Filho, *opus cit.*, p. 324.

5 *Ibid.*, p. 327.

6 *Ibid.*, p. 313; cumpre observar que, ao referir-se aos direitos potestativos, o citado autor não menciona o direito de lançar.

7 *Manual de Direito Administrativo*, Forense, 1ª edição brasileira, tomo I, p. 197.

através da via interpretativa, tendo em conta que o art. 156 daquele diploma legal, ao enumerar as modalidades de extinção de crédito tributário, prevê expressamente a decadência (inciso V). Se todo crédito tributário extingue-se pela decadência, de tal regra não se pode afastar o decorrente de lançamento por homologação, nos casos em que se comprove a prática daqueles atos fraudulentos. Aliás, a rigor, a decadência não extingue o crédito tributário; apenas impede, em definitivo, a sua constituição. Contudo, em termos práticos, o impedimento definitivo na constituição do crédito tributário e a extinção deste consubstanciam o mesmo resultado. O certo, pois, é que não pode o exegeta deixar de encontrar solução acerca da contagem do prazo decadencial no caso de lançamento por homologação, apesar de não existir texto expresso regulando a matéria.

3. *Prescrição e decadência na jurisprudência do S.T.J. e do S.T.F.*

Sobre o tema prescrição e decadência, com reflexo na contagem dos respectivos prazos, a jurisprudência do S.T.J. e do S.T.F. pacificou-se, consagrando as seguintes regras, que, ainda, são muito controvertidas na doutrina:

- a) *Caracteriza-se a constituição definitiva do crédito tributário com a efetivação do lançamento, regularmente notificado ao sujeito passivo (CTN, arts. 142 e 145).*
- b) Não procede a distinção entre lançamento provisório e lançamento definitivo.
- c) O crédito tributário constituído pelo lançamento é sempre definitivo.
- d) A exigibilidade do crédito tributário não é elemento concernente à sua constituição.

Diante de tais postulados pretorianos e tendo em conta que o lançamento funciona como divisa entre a decadência e a prescrição, infere-se a inexorável conclusão de que a interposição de reclamações e recurso, na via administrativa, *suspende a exigibilidade do crédito tributário*, mas não tem o condão de postergar a sua constituição. Por isso mesmo, durante aquela suspensão não corre decadência, porque já consubstanciado o lançamento definitivo, nem prescrição, desde que a *suspensão* da exigibilidade do crédito tributário retira da Fazenda a possibilidade de utilizar-se da ação executiva – remédio processual que a lei elegeu para cobrá-lo. Com efeito, aquela ação pressupõe título líquido, certo e *exigível* (CPC, art. 586, *caput*). Ora, enquanto não nasce a ação, não pode ela prescrever (*actione non nata non proescribitur*).

Em síntese, a orientação da jurisprudência daquelas altas Cortes de Justiça sobre o tema acha-se resumida na ementa que encima o RE 95.365-MG, de que foi Relator o eminente Ministro Décio Miranda (RTJ 100/945):

“Tributário: Crédito Tributário. Extinção. Decadência e Prescrição. O Código Tributário Nacional estabelece três fases inconfundíveis: a que vai até a notificação do lançamento ao sujeito passivo, em que corre prazo de decadência (art. 173, I e II); a que se estende da notificação do lançamento até a solução do processo administrativo, em que não correm nem prazo de decadência, nem de prescrição, por estar suspensa a exigibilidade do crédito (art. 151, III); a que começa na data da solução final do processo administrativo, quando corre prazo de prescrição da ação judicial da Fazenda (art. 174).”

Fiz essas observações porque o Professor Ruy Barbosa Nogueira, mestre dos mais eminentes, publicou opúsculo intitulado *A Decadência no Direito Tributário Brasileiro*, em que reproduz brilhante parecer que proferiu para instruir o julgamento dos Embargos opostos ao RE 94.462-1-SP, submetidos à apreciação do Plenário da Colenda Suprema Corte, onde sustenta a tese no sentido de que o prazo de decadência do direito de lançar corre mesmo durante o período de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, decorrente da manifestação ou recurso na via administrativa.

Ocorre que os citados embargos foram julgados e recebidos pelo Pleno da Colenda Suprema Corte, em sessão de 6 de outubro de 1982, que, ao assim decidir, afastou a orientação preconizada pelo insigne Mestre paulista. Aliás, o acórdão embargado, proferido por maioria, pela Primeira Turma daquele Tribunal, constituía caso isolado. Os próprios prolatores dos votos ocasionalmente vencedores, inclusive o ilustre Relator do acórdão no ensejo proferido, Ministro Soares Muñoz, antes mesmo do citado julgamento plenário, mudaram de ponto de vista, segundo se depreende do posterior aresto, proferido no RE 93.749-RJ, Relator o Sr. Ministro Nery da Silveira, assim ementado (RTJ 101/345):

“I.P.I. Lançamento. Decadência. Prescrição. C.T.N., arts. 173, parágrafo único, 174 e 151, III. A teor do art. 151, III, do CTN, as reclamações e os recursos, no âmbito administrativo, são formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, pressupondo, assim, lançamento já efetuado. Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (CTN, art. 142). A decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura. Depois, entre a lavratura do auto de infração e a decisão do recurso administrativo de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência e ainda não iniciou a fluência do prazo para prescrição, em face do disposto no art. 151, III, do CTN. Decorrido o prazo para o recurso administrativo, sem que haja ocorrido sua interposição, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, dá-se a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o art. 174 do CTN, começando a fluir o prazo de prescrição da pretensão do Fisco, da data da ciência da decisão definitiva ao contribuinte. Recurso Extraordinário conhecido pelo fundamento da letra d, do permissivo constitucional, mas desprovido.”

De tudo isso – repito – verifica-se que, na verdade, o lançamento figura “como baliza entre a decadência e a prescrição”.⁸

Impõe-se, por isso, restringindo-se já o exame da matéria à contagem do prazo decadencial relativamente às exceções previstas na parte final do § 4º do art. 150 do C.T.N., que se proceda ao relacionamento existente entre o lançamento e a decadência.

Sobre a decadência dispõe, em termos genéricos, o art. 173 do C.T.N.:

“O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

⁸ *A decadência no Direito Tributário Brasileiro*, Ruy Barbosa Nogueira, Resenha Tributária, São Paulo, 1982, p. 11.

II – da data em que se tomar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. “

Desse preceito e do já referido § 4º do art. 150 da CTN, verifica-se que o prazo decadencial é de cinco anos, variando, porém, o termo inicial da sua contagem. No caso específico do lançamento por homologação, aquele prazo é de cinco anos, se a lei ordinária outro não fixar, a contar da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Examinando a ressalva contida na parte final do citado parágrafo, o arguto tratadista, professor José Souto Maior Borges, após alinhar e refutar as propostas de interpretação daquele texto legal, ofertadas pela doutrina tradicional assinala que o caminho a ser seguido pelo exegeta há de ser aquele que se mostre mais consentâneo com a disciplina da matéria pelo CTN. A seguir, alinha as seguintes observações:⁹

a) o § 4º do art. 150 do CTN prevê o termo inicial e o termo final para a decadência do direito de lançar quanto às hipóteses não ressalvadas; quanto a estas, porém, é omissis no tocante à determinação daqueles termos;

b) se esse prazo não está contemplado no CTN, pode achar-se previsto em outras sedes normativas, mesmo porque as normas gerais contempladas naquele Código não esgotam todos os aspectos ligados ao modo de extinção da relação jurídica tributária. Tais normas integrativas, contudo, sejam da União, Estado, DF e Municípios, não podem estipular, sem agravo ao CTN, prazo menor do que o quinquênio previsto para as hipóteses normais de homologação;

c) se a lei ordinária não dispuser a respeito, não poderá a doutrina, atribuindo-se o exercício de uma função que só incumbe aos órgãos de produção normativa, preencher essa lacuna. A solução de uma pendência entre o Fisco e o contribuinte, no caso, somente poderá ser encontrada pelo Poder Judiciário, único competente para criar norma individual, visando a solucionar o caso concreto de conflito de interesses.

Tais ponderações são válidas. Cabe, porém, salientar que, para a solução da controvérsia, de grande importância é a contribuição da doutrina. As soluções doutrinárias não possuem força normativa, mas inspiram não só o legislador, como também o aplicador das leis. De assinalar, ainda, que, no caso de lacuna na lei, o juiz, para decidir a lide, não legisla, apenas revela norma individual, imanente ao ordenamento jurídico, recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito (L.I.C.C., art. 4.º; C.P.C., art. 126). O juiz não legisla porque legislar implica *criar* leis que são normas *gerais*, e não *individuais*, de imposição coercitiva a todos os cidadãos. As decisões judiciais, ainda que reiteradas, não têm força normativa.

⁹ *Tratado de Direito Tributário Brasileiro*, vol. IV, pp. 479/480, Forense, 1981.

4. *Contagem do prazo de decadência quanto aos casos ressalvados na parte final do § 4º do art. 150 do C.T.N.*

Passemos ao exame das várias soluções apontadas pela doutrina e pela jurisprudência para a contagem do prazo de decadência, na hipótese de lançamento por homologação, em que haja comprovação de dolo, fraude ou simulação:

a) *não flui prazo decadencial, podendo o lançamento ser efetivado a qualquer tempo.*

Essa solução harmoniza-se com o princípio de direito segundo o qual “ninguém pode tirar proveito da sua própria torpeza”. Na verdade, o decurso do prazo decadencial em tal caso, antes de o Fisco ter ciência daqueles atos defraudadores do Direito, constitui estímulo no sentido de que o contribuinte, deles beneficiário, tudo faça para evitar que venham à tona em seu desfavor. Praticam um ato contra o Direito para dele se beneficiar, o que não se justifica.

No entanto, tal entender entra em testilha com outros princípios importantes, que, a meu ver, devem prevalecer. Nesse sentido, argumenta Souto Maior Borges:¹⁰

“A aceitar-se a tese de que não decai o direito de lançar, nas hipóteses de dolo, fraude ou simulação, estar-se-iam desconsiderando valores fundamentais nas relações entre Fisco e Contribuinte - a segurança, certeza e estabilidade, valores afinal consagrados pelo próprio CTN, que expressamente e até com impropriedade inclui a decadência entre as hipóteses de extinção do crédito tributário (art. 156, V).”

Tal interpretação esquece, outrossim, que a decadência fixada pelo legislador quanto aos direitos potestativos, dentre os quais se inclui o direito de lançar, se funda, em especial, na perturbação da paz social que a possibilidade do exercício daqueles direitos acarreta. Por isso, em qualquer caso, o prazo de decadência há de correr, a fim de produzir os correspondentes efeitos extintivos. Tanto mais que o decurso do prazo, em assunto de muito maior gravidade, como acontece em matéria criminal, dá ensejo à extinção da punibilidade, seja assumindo a forma de decadência, seja de prescrição (Código Penal, art. 102, inciso IV).

b) *Aplicar o art. 173, contando-se o termo inicial a partir do exercício seguinte àquele em que o Fisco toma-se conhecimento da ocorrência das apontadas circunstâncias agravantes da ilicitude tributária.*

Essa alternativa, como a anterior, não pode ser aceita, pois importa em procrastinar indefinidamente o prazo de decadência. Deixa ao alvedrio do Fisco alegar, a todo tempo, sem qualquer controle, a superveniência do conhecimento daqueles vícios. Assim, o direito de lançar não ficaria sujeito a qualquer limitação temporal, permanecendo indeterminado o respectivo prazo.

c) *Aplicar subsidiariamente prazo decadencial previsto no Direito Privado.*

¹⁰ *Op. cit.*, p. 477.

Quanto a essa alternativa, Souto Maior Borges, a título exemplificativo, menciona o art. 177 do Código Civil, aduzindo “imprevisto o prazo no Direito Tributário, aplicar-se-ia então subsidiariamente o prazo estabelecido na lei civil”. É ele mesmo que afasta essa solução, com menção de Luciano da Silva Amaro:¹¹

“Essa posição, contudo, segundo pretende autorizada doutrina, esbarra diante da objeção de que o CTN, enquanto lei de normas gerais, regulou toda a matéria relativa à decadência e portanto os prazos extintivos do direito de a Fazenda Pública lançar o tributo.”

d) *Aplicar o prazo estabelecido no art. 173, do CTN, computando-se como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido lançado de ofício.*

Essa alternativa foi também afastada por Borges, argumentando:

“Mas, ainda aqui, dever-se-á considerar que o âmbito material de validade da norma sobre decadência, contemplada no art. 150, § 4º, em análise, não constitui um conteúdo específico, nessa qualidade um componente do art. 173 do CTN, in verbis:

“O Direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.”

Nada que contenha uma indicação segura ao intérprete, para a aplicação desse dispositivo à ressalva contemplada no art. 150, § 4º, in fine.”¹²

Essa crítica, a meu ver, peca por excesso. Se o seu próprio autor admite que, no caso examinado, corre decadência, cujo prazo há de ser fixado na consonância dos princípios norteadores do CTN quanto à matéria, não há desprezar, visando ao deslinde da questão, preceito daquele diploma legal, que, dentre outros, é dos mais específicos sobre o tema.

Essa solução, contudo, apresenta falhas. Equipara os casos em que a homologação é negada em razão de erro do contribuinte com as outras hipóteses muito mais graves, quais sejam aquelas em que haja comprovação de dolo, fraude ou simulação. Ademais, apresenta um grave inconveniente, apontado pelo ilustre professor Ruy Barbosa Nogueira, ao referir-se à matéria: “toda vez que a Fazenda Pública iniciasse um lançamento dentro dos cinco (5) anos contados do primeiro dia seguinte ao do exercício financeiro, mas faltando dias para esse término, a faculdade de efetuar o lançamento não seria exercício regular de direito para a Fazenda, mas *direito impossível de ser exercido*”.¹³

¹¹ *Op. cit.*, p. 478.

¹² *Op. cit.*, pp. 478/79.

¹³ *Op. cit.*, p. 24.

e) *Aplicar o prazo estabelecido no art. 173 do CTN, considerando-se como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido homologado.*

Essa interpretação foi sustentada, no Tribunal Federal de Recursos, pelo ilustre Ministro Carlos Mário Velloso, segundo se depreende do voto que proferiu nos EAC 43.272-MG, onde disse:

“Contar-se-á o prazo, então, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, entendendo-se dita cláusula como significando não o exercício em que o sujeito passivo cometeu a inexatidão, com a falta do pagamento, ou o cometimento dos vícios mencionados (dolo, fraude ou simulação) nem aquele em que o Fisco tomasse conhecimento da existência da inexatidão ou da existência do vício, mas, sim, o exercício seguinte àquele em que a homologação, assim lançamento, poderia efetivar-se de modo ficto, ou seja, no exercício seguinte ao término dos 5 anos contados a partir do fato gerador. Exemplo: efetivou-se antecipação do IPI relativo a um fato gerador ocorrido em maio de 1970. O Fisco não se manifestou no prazo de 5 anos, isto é, até maio de 1975. Ocorreria, nesta última data, a homologação ficta. Descobriu-se, entretanto, em 1979, a ocorrência de dolo. Contar-se-ia o prazo, então, a partir de 1º de janeiro de 1976 (CTN, 173, I). Até 31/12/80, poderia o Fisco constituir o seu crédito. Outro exemplo: Pérsio, empregador, deixou de recolher contribuições previdenciárias em 1971, referentes a empregados seus, cujos fatos geradores ocorreram em 1971; até o ano de 1976, a instituição previdenciária poderia se manifestar, porque, por cumprir ao contribuinte antecipar o pagamento, tem-se, em princípio, lançamento por homologação. Mas a instituição previdenciária não se manifesta e vem a descobrir, em 1980, o fato. O prazo seria contado com observância do disposto no art. 173, I, vale dizer, a partir de 1º de janeiro de 1977. Até 31/12/81, deverá o lançamento estar concluído (CTN, art. 173, caput).”

Tal alternativa é, no meu entender, muito superior às anteriores. Soluciona importante questão para o deslinde do difícil problema legal, ou seja: *opta por prazo decadencial significativamente maior* do que o previsto na primeira parte do questionado parágrafo 4º do art. 150 do CTN, para os casos de comprovação de dolo, fraude ou simulação.

Todavia, incorre na mesma insuficiência da regra antes sugerida (letra d), isto é: se a Fazenda iniciar o lançamento nos últimos dias do prazo estipulado, a sua efetivação tornar-se-ia direito impossível de ser exercido.

f) *A partir da data da notificação prevista no parágrafo único do art. 173 do CTN, se, antes do término do prazo de decadência ut universi, prevista no item 1 daquele artigo, tenha sido iniciado o lançamento ou revisão de ofício de que trata o item V do art. 149 daquele Código.*

Esse critério é proposto pelo eminente Professor Ruy Barbosa Nogueira, que argumenta:

“A homologação expressa ou presumida não terá efeito se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação desde que, não tendo terminado o prazo de 5 anos da decadência ut universi do item I do artigo 173, tenha sido iniciado o lançamento ou revisão de ofício de que trata o item V do artigo 149 pela ‘notificação ao sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento’, prevista no parágrafo único do art. 173. Neste caso, o dies a quo do prazo decadencial de 5 anos não será mais o da ‘data da ocorrência do fato gerador’ referido no § 4º do art. 150, mas sim o da data da notificação do parágrafo único do artigo 173, porque, tendo saído do regime do lançamento por homologação do art. 150, passou para o regime do lançamento de ofício do item V do art. 149, cujo dies a quo é o estatuído no parágrafo único do art. 173.”¹⁴

Tal deslinde da questão apresenta, a meu ver, sério inconveniente, qual seja o de dar tratamento igual a todos os casos em que o lançamento passe para o regime de ofício, equiparando, assim, as hipóteses de dolo, fraude e simulação, de muito maior gravidade, às em que tenha ocorrido simples erro do contribuinte.

5. Solução proposta

A meu ver, a melhor alternativa para o desate da questão está em conciliar os critérios propostos pelo ilustre Ministro Carlos Mário Velloso e pelo eminente Professor Ruy Barbosa Nogueira.

A solução preconizada pelo Ministro Velloso apresenta a grande vantagem de ampliar, sensivelmente, através de critério lógico, fundado em preceito do próprio CTN, o prazo de decadência, no caso de comprovação das ocorrências já, muitas vezes, mencionadas. Apresenta, porém, falha, ao suprimir, na prática, o direito de a Fazenda efetivar o lançamento, no caso de só tomar conhecimento daqueles atos viciados nos últimos dias do prazo sugerido. A deficiência que, a meu ver, envolve a regra proposta pelo ilustrado Professor paulista está em tratar igualmente, como disse, os casos graves, mencionados na parte final do § 4º do artigo 150, com os de simples erro do contribuinte.

Diante desse contexto, harmonizando as duas correntes interpretativas, penso ser esta a melhor solução da controvérsia: o termo inicial do quinquênio decadencial se dará, não na data da ocorrência do fato gerador, mas no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido homologado; se, nesse prazo, o Fisco notifica o sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, a partir da data de tal notificação correrá o quinquênio. Ou, em outras palavras, adaptando-se o exemplo do Ministro Velloso:

“Efetivou-se antecipação do IPI relativo a um fato gerador ocorrido em maio de 1970. O Fisco não se manifestou no prazo de 5 anos, isto é, até maio de 1975. Ocorreria, nesta última data, a homologação ficta. Descobriu-se, entretanto, em 1979, a ocorrência de dolo. Passar-se-ia a contar, então, o

¹⁴ *Op. cit.*, p. 17.

prazo para a homologação ficta, a partir de 1º de janeiro de 1976 (CTN, art. 173, I), que se encerraria em 31 de dezembro de 1980. Notificado o contribuinte em outubro de 1979 (ano em que o dolo foi descoberto) de qualquer medida indispensável ao lançamento, até outubro de 1984, poderá a Fazenda constituir o seu crédito."

No tocante à hipótese concernente à verificação de ter o contribuinte incidido apenas em erro, afigura-se-me correta a solução adotada pelo ilustre Professor Ruy Barbosa Nogueira.

6. Impossibilidade de se presumir a ocorrência de dolo, fraude ou simulação

Finalmente, quero relatar um tema em que tenho divergido com frequência do caríssimo Ministro Velloso, ensejando tal dissidência a oposição de vários embargos, distribuídos à Segunda Seção do então Egrégio Tribunal Federal de Recursos.¹⁵

Trata-se do seguinte: nos casos dos tributos instantâneos, ensejadores de lançamento por homologação, vem o Senhor Ministro Velloso *presumindo* a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, para fins de aplicar o seu critério. Sustenta, em síntese, S.Exa. que a falta de recolhimento daqueles tributos implica a prática de atos violadores da lei, por esta caracterizados como crime de apropriação indébita (IPI, Decreto-Lei nº 326, de 8.5.67, art. 2º; Contribuições Previdenciárias, Lei nº 3.807/60, arts. 86 e 155, II; IR/fonte, Lei nº 4.357, de 14.7.64, art. 11). Daí concluir que, nesses casos, se impõe que se presuma sempre a configuração daquelas situações defraudadoras.

A meu ver, não procede tal argumentação. De fato, não tem amparo no Direito presumir-se a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, tanto mais que o § 4º do art. 150 do CTN fala em *comprovação* daquelas ocorrências conspurcadoras do direito.

Ademais, é de ter-se em conta que a falta de recolhimento, na época própria, dos tributos sujeitos a lançamento por homologação (contribuições previdenciárias, IPI, ICM, IR na fonte) *nem sempre resulta de dolo, fraude ou simulação*, podendo resultar de *erro*.

Com efeito, em tal situação, são as seguintes as atitudes que pode assumir o sujeito passivo dentro do quinquênio:¹⁶

- a) efetuar o pagamento do tributo tal como devido e na medida do seu débito;
- b) efetuá-la com insuficiência;
- c) não efetuá-lo.

Neste último caso, o não pagamento pode decorrer:

- a) da verificação de crédito maior do que o débito apurado efetivamente no período fiscal;
- b) de erro na apreciação da situação fáctica pelo sujeito passivo;
- c) de dolo, fraude ou simulação.

Recorde-se que para a caracterização do crime de apropriação indébita é necessário que o seu agente tenha praticado atividade dolosa, não bastando que tenha incidido em simples erro.¹⁷

** Publicado originalmente na Revista nº 32 jul./dez. 1990, p. 45.*

¹⁵ Ver, dentre outros casos, AC 52.906-SP, AC 62.738-SP, AC 63.729-MG.

¹⁶ Souto Maior Borges, *op. cit.*, p. 476.

¹⁷ Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, vol. 2, p. 331, José Bushatsky, Editor, 2ª ed., 1962.

PROCESSO TRIBUTÁRIO REFERENTE ÀS ÁREAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

PROF. ARRUDA ALVIM*

- Os princípios fundamentais do processo judicial tributário. Processo judicial tributário - ações do fisco contra o contribuinte e do contribuinte contra o fisco, analisadas em função do novo Código de Processo Civil.

PARTE PRIMEIRA: OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO

O tema relativo aos princípios fundamentais do processo judicial tributário, conquanto seja importante, tem sido muito pouco especificamente considerado, entre nós. Incumbe-nos, desde logo, distinguir entre o procedimento administrativo e o processo judicial tributário. Aquele é despido de maiores garantias e padece de defeito sério, comprometedor da obtenção de uma Justiça “justa” qual seja, o de que a Administração é, a um tempo, parte-interessada e juiz. Já no processo judicial tributário estamos em face de um Poder Judiciário, livre e independente, e a decisão é proferida como epílogo de um contraditório justo e amplo.

O contribuinte hodiernamente tem duas grandes garantias contra o poder tributante: uma, **de ordem material**, pois o contribuinte paga os tributos votados num Parlamento livre, oriundo do regime democrático, normalmente, através de eleições livres e idôneas; outra, **de ordem formal**, consistente na fiscalização, pelo Poder Judiciário, através do processo judicial tributário, com o objetivo de se verificar que a Administração Pública agiu ou está agindo em conformidade com a lei na cobrança dos tributos.

Se abstrairmos do presente, e voltarmos nossos olhos para a História, veremos que a tributação foi um dos mais duros instrumentos de que se serviram os monarcas e reis, no exercício ilimitado da soberania, sobre os súbitos. As grandes lutas do passado, paulatinamente, foram limitando o poder real, até aboli-lo, chegando-se à República e logrando-se viver num estado de direito, onde prevalece também sobre os governantes o império da lei, inclusive, no direito tributário, o que é especificamente previsto na Lei Magna (Constituição Federal, art. 153, § 29).

* Professor, Especialista em Direito Processual Civil, Direito Civil e Direito Público (Administrativo e Tributário). Doutor em Direito Judiciário pela Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Livre-Docente de Direito Judiciário Civil pela Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

**Aula Magna proferida no IV Curso de Especialização em Direito Processual Civil, de coordenação do citado professor e de responsabilidade do Setor de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUCSP.

A História Ocidental pode ser encarada como uma sucessiva limitação da soberania, na ordem interna. Entretanto, nem por isto, se deixará de reconhecer a supremacia do interesse público sobre o do particular. Se todos são iguais perante a lei, isto não ocorre com o Poder Público que, representativo da soma dos interesses individuais, se vê sempre com uma série de privilégios, que deve usar, menos com sentido de opressão, mas para a consecução do bem comum. Tais privilégios são sensíveis no processo tributário, pois a cobrança de tributo se faz executivamente, com privilégios de prazos etc.

Os Estados ocidentais, contemporâneos, são marcados pela rígida observância às leis (“estado de direito”) e fiscalização dessa observância pelo Poder Judiciário. Na medida em que se tem por **axioma** que o interesse público supera o particular, para se lograr a obtenção do bem comum, segue-se que, para isto, é preciso tributar e cobrar e, assim, temos que a atividade pública há, sempre, de inexoravelmente, ser desempenhada, como ensina o Professor Celso Antonio Bandeira de Mello. Daí é que, verificado um fato gerador, o tributo há de ser objeto de lançamento e precisa ser cobrado, tudo de forma vinculada (atos administrativos vinculados). E, tal instituição do tributo (realização formal), no caso concreto, é unilateralmente feita pelo Fisco, à luz e em função dos privilégios que informam e integram juridicamente a atividade estatal. De outra parte, os atos administrativos – e dentre estes o lançamento tributário – são informados pela presunção de veracidade e legitimidade (atributos dos atos administrativos) e, justamente por isto, é que o Poder Público já começa o processo **executando**, sem ter precisado antes de outro processo (o de conhecimento) onde tenha sido proferida uma sentença a favor do Poder Público. Assim o Poder Público, unilateralmente constitui a obrigação e a cobra por via executiva (antigamente Decreto lei 960/38; atualmente, Código de Processo Civil, art. 585, VI).

O privilégio do Poder Público é tanto maior que, na cobrança do crédito tributário a obrigação é constituída unilateralmente, só pelo Fisco-credor, quando, na normalidade, ou seja, nos demais casos de títulos executivos, o devedor sempre está aprioristicamente ligado ao mesmo, com sua assinatura (expressão formal de sua concordância).

Pelo novo sistema processual brasileiro, a disciplina da cobrança do crédito tributário é encontrada no próprio Código de Processo Civil, através do processo de execução, dado que essa lei definiu a certidão de dívida ativa como título executivo extrajudicial. No sistema anterior, existia, como sabemos, um diploma especialmente destinado a tal cobrança, que era o Decreto-lei nº 960/38, atualmente revogado.

Todas as garantias de que hoje dispomos, para limitar o exercício do Poder Tributário, expressão da própria soberania, são o produto de lutas do passado, representativas de uma das mais relevantes fases da História Ocidental, que repercutem contemporaneamente.

Se de um lado o interesse público tem notável relevância, não chega e nem pode chegar, por definição e por natureza, um estado de direito, ao ponto de lesar direitos subjetivos, dos particulares. **Predominância de interesse público não é lesão de direitos.** Se é verdade que a nossa civilização ocidental anseia por uma maior concretização dos ideais de Justiça, na ordem social, com os olhos voltados para o futuro, de outra parte, todavia, não se pode esquecer do passado, cujas lutas resultaram nos princípios cristalizados no presente, conquistas essas que se constituem, hoje, patrimônio comum e inalienável de nossa civilização. E, ainda, acentuemos que

tais conquistas podem ser tidas como princípios verdadeiros incorporados à nossa História e à nossa cultura. A contenção do poder tributante e sua eficiente fiscalização devem servir de exemplo aos homens do presente, para, inspirados no significado ético de tal evolução, realizarem, noutros campos, uma ordem social mais justa, tentando concretizar o mais vital dos mandamentos da filosofia social contemporânea, qual seja, o de que em futuro, se obtenha a igualdade econômica dos homens, que é o indispensável complemento do princípio da igualdade jurídica, isto é, a igualdade de todos perante a lei.

PARTE SEGUNDA: PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO - AÇÕES DO FISCO CONTRA O CONTRIBUINTE E DO CONTRIBUINTE CONTRA O FISCO, ANALISADAS EM FUNÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. Conceito de processo judicial tributário – Legalidade da tributação – Papel do Poder Judiciário

O nosso tema de hoje, em sua segunda parte, diz respeito ao “Processo Judicial Tributário – as ações do fisco contra o contribuinte e do contribuinte contra o fisco.” Entretanto, antes propriamente de abordarmos o problema em nível de lei ordinária, examinando-o em face dos diplomas vigentes, gostaríamos de delinear alguns aspectos que nos parecem fundamentais e que, na realidade, informam todo o Processo Judicial Tributário. Gostaríamos de lhes falar dos princípios, que vivificam o sentido e a função desempenhada pelos institutos jurídicos em nosso sistema jurídico, como também nos sistemas jurídicos comparados, por aquilo que se convencionou chamar de Processo Judicial Tributário, evidentemente inconfundível com o processo administrativo tributário. Este tem vida dentro de cada poder público, tendo em vista relação jurídica entre administrador e administrado. Trata-se este de um processo administrativo, onde o poder público tributante, a um tempo, se coloca como interessado e como juiz de seu próprio interesse e do interesse particular, como já notamos.

O processo, de que trataremos, é o processo judicial tributário, que se fere perante os tribunais do Poder Judiciário, resguardados de todas as garantias da magistratura. Gostaríamos de, abstraindo de nossa realidade aqui presente e, através de uma perspectiva cultural, voltarmos os olhos para a História, porque somente através desta comparação poderemos perceber a grandiosidade dos princípios que são albergados no Processo Judicial Tributário. De certa maneira, podemos dizer que neste campo o Processo Tributário é particularmente fértil à perspectiva histórica e às conquistas históricas, que alimentam o nosso presente. No campo do processo judicial tributário, na realidade, os princípios que se encontram hoje consagrados, tanto naquilo que diz respeito à própria tributação material, quanto na parte processual, foram o produto de grandes lutas, profundamente sangrentas que se travaram na Europa, especialmente, das quais saíram vitoriosos os cidadãos contra o Poder Público. Essas vitórias dos cidadãos consagraram-se integralmente com a instauração da Idade Contemporânea, na Revolução Francesa, através da cristalização desses princípios, que passaram a constar de todas as Cartas e de todas as Constituições.

De forma que, para que possamos perceber o papel do chamado Processo

Judicial Tributário, teremos que retroagir no tempo e fazermos necessariamente uma comparação contrastante entre aquilo que hoje se apresenta como óbvio, cotidiano e quase que prosaico, e, a situação existente no passado. Se estudarmos toda a realidade política européia, constataremos que o chamado poder tributário era talvez a mais agressiva expressão da soberania, no plano interno. A tributação foi realmente um grande, senão o mais poderoso instrumento de dominação política que existiu na Europa. E nós mesmos no Brasil tivemos exemplo disso, exemplo que, aliás, motivou a Inconfidência Mineira, que foi a **Derrama**, ocorrida em Minas Gerais. De maneira que a grande realidade histórica que se coloca, digamos, no mosaico de agressões e injustiças que motivaram os movimentos liberais e a própria instauração do Liberalismo com o estado de direito, encontra nesta problemática tributária um de seus aspectos importantes, senão talvez o mais importante.

Todos nós sabemos que, historicamente, os tributos não eram absolutamente precedidos de leis limitativas, sendo lançados e cobrados à medida das necessidades e em função de atividades discricionárias, para não dizer efetivamente arbitrarias do poder real. Foi simultaneamente com a queda do Poder real e com o surgimento, no plano político, da classe burguesa, que se conseguiu, a pouco e pouco, impor limitações de ordem constitucional ao poder tributante. Essas limitações, inclusive, operaram e implicaram até mesmo na substituição da classe dos detentores do poder político com a queda da realeza e a instauração do regime republicano. Podemos, ainda, asseverar que a processualização do Direito Tributário, isto é, a só cobrança de tributos através de tribunais, com todas as garantias que hoje revestem o Poder Judiciário, em todos os Estados de Direito, coloca-se ao lado da chamada conquista da processualização criminal. A punição penal, antigamente, era absolutamente franqueada aos detentores do poder, que prendiam e puniam como desejavam, da mesma forma que era o poder tributário utilizado com discriminação e arbitrariedade, como verdadeiro instrumento de permanente pressão política. Entretanto, com a Revolução Francesa, instaurou-se uma ordem completamente nova, que, até hoje, nos países ocidentais, conhecemos com o nome de estado de direito, e que guarda, ainda, muitas das marcas definidoras do liminar de seu aparecimento.

No estado de direito recolocam-se e reorganizam-se as relações entre os indivíduos e o Estado, dado que toda ciência jurídica, na realidade, tem, ao longo de toda a história, sido calcada no tipo de relacionamento – principalmente o Direito Público – que existe entre os indivíduos e o Estado. É através da identificação destas coordenadas, da incidência da ação do Estado sobre os indivíduos e das defesas que esses podem opor, visando à preservação destas coordenadas previamente traçadas, que podemos identificar o regime de direito que regulamenta a vida de um dado Estado.

A grande regra, hoje, recolhida em todos os ordenamentos jurídicos positivos, inclusive nos ordenamentos jurídicos orientais, é o princípio da igualdade de todos perante a lei. A igualdade de todos perante a lei é mais do que um princípio: coloca-se como o primeiro dos axiomas de toda elaboração de uma ordem jurídica, a partir do qual se deduzem todos os demais princípios, que se colocam, na realidade, como subprincípios da igualdade de todos perante a lei. É evidente, entretanto, que a realidade Estado e indivíduos não poderia ficar circunscrita a este princípio da igualdade de todos perante a lei. Por outras palavras, não seria possível, na realidade, que o Estado fosse considerado e valorizado no contexto jurídico só como um cidadão o é. E isto também se coloca como um axioma que convive ao lado do

princípio da igualdade de todos perante a lei, que é uma regra que vale plenamente para o relacionamento de indivíduo a indivíduo, no campo do direito privado. Na realidade, todos sabemos, através de vários enunciados, que o Estado aglutina a soma dos interesses individuais, realiza, hoje o bem comum. Portanto, é evidente, que o desempenho da função estatal não poderia ser minimizada, pretendendo-se dar ao Estado um instrumental mínimo, apequenado, que adequadamente cabe ao cidadão para defender seus interesses particulares, mas é insuficiente para a ação jurídica do Estado. Assim, coloca-se esta outra realidade, de que mesmo no estado de direito o instrumental jurídico-material de que dispõe o Estado é mais agressivo do que aquele de que dispõem os particulares. Hoje, por exemplo, temos na parte material os decretos-leis e na processual os privilégios de que dispõe o Estado para a realização dos seus fins, entre os quais, se insere a cobrança tributária. Disto decorre a necessidade de compatibilizar a maior grandeza do Estado dentro das regras jurídicas alojando-a adequadamente. Penso que poderíamos dizer que, na realidade, do ponto-de-vista jurídico-material, a problemática tributária se fere com base na regra inserta no rol dos direitos e garantias individuais. Assim, verificamos a grandeza da defesa deferida aos contribuintes, consubstanciada no § 29, do art. 153, da nossa Constituição, onde se prescreve, rigidamente, o chamado princípio da legalidade tributária. Em rigor, talvez, melhor seria dizer **constitucionalidade** tributária, porque não é possível cobrar tributo algum que não esteja constitucionalmente previsto. E, por outro lado, o tributo deverá ser instituído com obediência rigorosa ao sistema jurídico; portanto, o tributo deve ser constitucionalmente previsto e realizado, concretizado com obediência ao sistema jurídico. Aliás, o Prof. Aliomar Baleeiro diz que a regra da legalidade ou da constitucionalidade tributária não é senão um **desdobramento específico** e, em certa medida, desnecessário, da regra do § 2º, do art. 153 (§ 2º do art. 141 da Constituição de 1946) que prescreve:

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei”.

Entretanto, explica esse eminente mestre, Aliomar Baleeiro, em seu livro “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar” que esta especificação, este desdobramento da regra, decorre da profunda preocupação do legislador constituinte de defender específica, clara, nítida e indiscutivelmente, o administrado, contra a ação do Poder Público. De um lado, portanto, temos que o Poder Público, conquanto seja detentor de um interesse superior, encontra-se, a partir do esquema constitucional brasileiro, rigorosamente limitado pela legalidade da tributação. Entretanto, de outro lado, é evidente que deveria haver uma fiscalização efetiva e eficiente sobre o **modus operandi** do Estado na cobrança dos tributos que cria. **Essa fiscalização em nosso sistema jurídico foi totalmente deferida ao Poder Judiciário.** Desta forma, conquanto o interesse do Estado seja superior aos dos particulares, somente poderá ele cobrar seus tributos através do Poder Judiciário. De maneira que, como verificamos, tanto a instituição, quanto a cobrança dos tributos recolhe seus pressupostos e seu mecanismo, como ainda sua mais remota origem, no célebre princípio da tripartição dos poderes. Tripartição dos poderes ou, talvez com mais precisão, tripartição do exercício dos poderes que, em última análise, não é senão a cristalização da mais importante mecânica ou técnica de limitação do poder estatal, em favor da liberdade dos indivíduos.

Por essas razões foi que nos reportamos a esses aspectos históricos. Na realidade é só nos desvincularmos do presente, colocando-nos em uma perspectiva histórica, visualizando outra época, para podermos, então, constatar e aferir o grande valor social, em prol da liberdade, que se contém em todo o regramento, quer da cobrança, quer da própria instituição da tributação.

2. A cobrança da dívida ativa

Justamente, em função desta predominância do interesse público sobre o dos particulares de um modo geral, confere-se aos atos administrativos um atributo excepcionalmente agressivo, mesmo no Estado de Direito. É a chamada executoriedade dos atos administrativos. Por outras palavras, a Administração é colocada acima dos indivíduos, porque, na realidade, ao perseguir a consecução do bem comum, há que se lhe reconhecer uma posição de eminência no Estado. A Administração tem como atributo a possibilidade de que seus atos sejam executórios. Assim, regra geral, os atos da administração operam efeitos na ordem jurídica, independentemente de qualquer permissão do Judiciário. Por exemplo, o fechamento de uma casa que esteja vendendo produtos estragados, a cassação de uma licença etc., são atos executórios da administração pública, que os pratica e, ao depois, o interessado poderá pleitear, junto ao Poder Judiciário, a declaração da ilegalidade do ato, salvo o uso oportuno de mandado de segurança (preventivo ou não) – **(antídoto à executoriedade dos atos administrativos)**.

Cumpramos examinar, já que se falou que a cobrança tributária encontra-se hoje processualizada, como se manifesta esta executoriedade do ato administrativo no campo do processo tributário. A conclusão, a que se há de chegar, é de que, no campo do Direito Tributário, não existe, propriamente, executoriedade do ato administrativo, justamente em função da regra aceita pelo nosso sistema e recolhida pelo Código de Processo Civil, que inseriu a certidão de dívida ativa como um dos títulos executivos extrajudiciais (art. 585, nº VI). O que poderíamos dizer é que, desde que se verifique um fato gerador e, à luz da operação de lançamento, que é um ato administrativo, confere-se ao crédito do Poder Público **executividade**, mas, para produção de efeitos, há, necessariamente, de solicitar a intervenção do Poder Judiciário. Em outros tempos não foi assim. Mesmo na transição do regime real, l' Ancien Régime, que foi derrubado pela Revolução Francesa, havia possibilidade de ingresso no patrimônio do particular sem a intervenção do Judiciário. Hoje, entretanto, isto está rigorosamente vedado ao Poder Público. Desta forma, no nosso sistema jurídico que, mais ou menos, está sintonizado com as conquistas do direito comparado, encontramos o meio-termo. O Poder Público fabrica unilateralmente o título, que é a certidão de dívida ativa, devidamente inscrita etc., obedientemente às prescrições jurídico-materiais, que se encontram, hoje, definidas no art. 202, do Código Tributário Nacional e, em seguida, solicita a produção de efeitos jurídicos junto ao Poder Judiciário.

3. A executividade na cobrança do crédito tributário

Cumpramos agora, examinar que efeitos jurídicos solicita a Administração, quando pretende cobrar sua dívida ativa. Como sabemos a grande regra, no processo civil, é que as medidas executivas, isto é, as medidas de realização do direito são sempre antecedidas de um processo denominado de conhecimento, onde o juiz, tendo em

vista particulares que se digladiam, e, que se colocam em uma posição de igualdade, afere, à luz das alegações, de lado a lado, e, das provas, o direito. Aferindo-se o direito e, em o fazendo positivamente, em favor do credor, dota-se este de um título executivo, o que habilita o agora credor (“exequente”) a se alçar a um segundo tempo, que é o processo de execução, em cujo bojo vão se realizar os atos materiais preordenados à satisfação do direito que já foi anteriormente declarado.

Pergunta-se: o Poder Público, como ente tributário credor, precisa dessa fase de conhecimento para chegar à execução? Absolutamente, não. Na realidade, em função de sua posição de eminência, o Poder Público, quando cobra um crédito tributário, prescinde da fase de conhecimento. Além de prescindir da fase de conhecimento, ele mesmo “fabrica”, unilateralmente, seu título executivo. Se examinarmos o elenco de títulos executivos, encartados no art. 584 e, em especial, no art. 585, do Código de Processo Civil, verificaremos que os títulos executivos, regra geral, originam-se de um ato anterior de aderência do devedor à cartula (“título executivo”). O grande problema, apenas para exemplificar, que se fere hoje, é o da execução de duplicata não aceita. Excepcionalmente, se aceitava, antes da vigência desse Código, em função de uma lei tida como revogada, sua execução. Hoje não mais se admite; e, o principal fundamento, em realidade, é o de que, o sujeito passivo daquele suposto crédito não aderiu previamente àquela duplicata (duplicata não aceita). Já o título executivo do Poder Público especializa-se deste elenco, **como se constituindo em um título especial, dotado de unilateralidade**. O Poder Público apura o crédito, realiza o lançamento, formando totalmente o seu título num procedimento autônomo. É evidente que, tendo em vista regras de direito, a nosso ver salutares, geralmente as legislações dão aos interessados o direito de defesa nos procedimentos administrativos. Outorgam ao interessado o direito de defesa na fase de elaboração e de criação deste título, porque, é evidente, apesar da eminência de que desfruta o Poder Público contemporaneamente, a marca nuclear de seu agir é, também, a de estrita obediência ao princípio da legalidade. O Poder Público age dotado de instrumentos mais agressivos; porém, absolutamente, não significa isto que possa ele agir arbitrariamente, ao arrepio da lei. A regra primeira, que juridicamente informa toda a atividade do Poder Público, hoje, é a do princípio da legalidade. Logo, não interessa ao Poder Público, e não responde às finalidades de consecução de seus atos, não ter a colaboração do interessado na fabricação do título. O sujeito passivo poderá, já no procedimento administrativo, evidenciar a eiva de ilegalidade que contamina a pretensa imposição tributária. Então, ouve-se o interessado na fase administrativa e, muitas vezes, acolhem-se os seus argumentos, verificando o próprio Poder Público que incidiu em erro. Se isto ocorrer, é evidente, não deverá ser feito o lançamento e, se por acaso, já tiver sido feito, deverá ser anulado na própria órbita administrativa. Mas, é evidente que, na esfera administrativa, tendo sido ensejada possibilidade ao interessado, se este sem razão se mostra, ou se tiver ficado silente, o Poder Público, unilateralmente, fabrica o seu título. É esta, na realidade, a grande cristalização do perfil que tem a preeminência do interesse público, especificamente no campo da consecução do título executivo extrajudicial e respectiva cobrança.

Vamos passar agora, a uma exegese atinente à cobrança executiva. Seremos obrigados, por uma circunstância toda especial, a extravasar um pouco a abordagem específica da cobrança da dívida ativa e nos referirmos, em alguns pontos, ao processo de execução em geral.

4. A cobrança executiva no Código de Processo Civil e a atual posição do Poder Público

Se fôssemos examinar detidamente, numa perspectiva histórica, o panorama jurídico anterior a este Código, desde 1891, com o Decreto 848, para terminar, por este Código, verificaríamos que o título executivo, unilateralmente fabricado pelo Poder Público, recebeu do legislador quase sempre um instrumento processual específico. Portanto, a cobrança da dívida ativa não se fazia anteriormente, pelo Código de Processo, mas sim por um diploma especialmente preordenado a esta cobrança. Este legislador inseria o crédito do Poder Público, ou seja, a certidão da dívida ativa da Fazenda Pública, no inciso VI, do art. 585, do Código de Processo Civil. Se assim o fez é porque entendeu que os privilégios, que existem para todos os credores e não só para o Poder Público, são suficientes para dar vazão àquele interesse público de preeminência.

Hoje, o Poder Público, na qualidade de poder tributante, credor, ingressando no processo está qualificado tal como qualquer particular que tenha um título dos descritos no artigo 585. Não há, portanto, no processo de execução, privilégios processuais específicos para o Poder Público, como os havia na sistemática do Decreto-lei 960/38. Na realidade se nos afigura que os únicos privilégios que existem no sistema em geral é aquele dos prazos e o relativo ao duplo grau de jurisdição. Portanto, exceto quanto aos prazos, o Poder Público está em uma posição igual à do particular, que seja credor por título executivo. Não é, entretanto, um privilégio do Poder Público enquanto credor (“exeqüente”), mas como demandante, em geral.

A inserção da certidão de dívida ativa, como título executivo, na sistemática do Código de Processo Civil, tem uma grande implicação que é a revogação de toda a parte processual do Decreto-lei 960, de 1938, que servia à cobrança da dívida ativa dos Poderes Públicos.

5. A disciplina jurídico-material do crédito tributário

Uma segunda ordem de indagações é se a parte jurídico-material do Decreto-lei 960 de 1938, ou seja, a parte descritiva daquilo que poderia ser objeto da constituição da dívida, encontra-se revogada. Em nosso modo de ver, essa parte já se encontrava basicamente revogada pelo Código Tributário Nacional, que é a Lei 5.172, de 1966. Se nos dermos ao trabalho de comparar os artigos 2º e 3º, do Decreto-lei 960/38 com o artigo 202, do Código Tributário Nacional, constataremos praticamente identidade entre esses dispositivos. De maneira que, em rigor, o Código Tributário Nacional, regrando a mesma matéria que era disciplinada pelos artigos 2º e 3º do Decreto-lei 960, já há oito anos substituiu a parte jurídico-material do Decreto-lei 960, de 1938.

Importa, agora, examinar a mecanismo e a estrutura que presidem a cobrança executiva, tal como disciplinada no Livro II, do Código de Processo Civil.

6. Estrutura do processo de execução

Comparativamente com o Decreto-lei 960, e mais ainda, com os títulos executivos do artigo 298, do Código de Processo Civil de 1939, tínhamos: no *iter* procedimental necessário para a realização de todos os atos, até a satisfação do

credor, dois requisitos fundamentais: **a)** o credor deveria estar munido de um título executivo; **b)** era imprescindível uma sentença de mérito **sobre o título, que o julgasse bom e**, por via de consequência, procedente a ação executiva, isso habilitava o credor a prosseguir no **iter** procedimental executivo e a solicitar a prática de todos os atos necessários à satisfação de seu direito, quais sejam arrematação, adjudicação etc. Ora, a atual lei – é importante que tenhamos isto presente – difere, em seu sistema, tanto do Decreto-lei nº 960/38 quanto do Código de 1939, porque não exige, mas, pelo contrário, ao sistema repugna absolutamente, que haja uma sentença a ser proferida sobre o título. De maneira que, na realidade, tem isso uma implicação muito relevante, até o mesmo do ponto-de-vista jurídico-material. Ao título, anteriormente, **agregava-se a sentença**, que a ele somava ou emprestava uma eficácia executiva, que não tinha plena; a sentença hoje proferida, tem ou pode ter apenas um caráter negativo em relação ao título. Na sistemática atual temos: **a)** ou os embargos do devedor são julgados procedentes e, **ipso facto**, desconstitui-se o título; ou, então, **b)** se julgados improcedentes, há de se prosseguir na execução.

7. Caráter da execução fundada em título extra-judicial

Se lermos o art. 587, constataremos que a execução é definitiva, quando fundada em sentença – que deu pela procedência da ação – e já transitada em julgado, quanto, então, já se apurou o direito subjetivo no processo de conhecimento, ou em título extrajudicial. De maneira que verificamos que a sentença transitada em julgado e o título extrajudicial foram parificados em sua eficácia. Logo, em princípio, o título executivo defere àquele que é o seu beneficiário um verdadeiro direito subjetivo também de índole processual. É evidente, portanto, que aumentou a própria eficácia jurídico-material do título, o que se projeta no campo do processo, em função da contextura da lei processual. Conseqüentemente, a grande implicação prática disto é que os embargos do devedor, os antigos embargos do executado, aumentaram, excepcionalmente, de importância. Por outras palavras, se o devedor, por acaso, perder o prazo para interposição dos embargos, estará praticamente liquidado.

8. Os embargos do devedor e a execução definitiva

Conquanto a lei defina como definitiva a execução fundada em título originado de lançamento, ou seja, de crédito tributário, surgem, evidentemente, alguns problemas, que têm de ser considerados. A primeira maneira de paralisar o fluxo procedimental da execução, apesar dela continuar definida como sendo definitiva, é através do uso de embargos do devedor, que vêm regulados nos artigos 741 (embargos do devedor contra título judicial) e 745 (contra títulos extrajudiciais). Ou seja, o fato do sistema definir a execução como definitiva não significa que o procedimento dos atos processuais executivos **não possa ser paralisado**. E em ocorrendo isto, o procedimento se endereça à apreciação dos embargos do devedor.

9. O conteúdo dos embargos do devedor

Pergunta-se: qual a matéria suscetível de ser alegada nestes embargos?

A lei é clara: pode alegar-se além das matérias do artigo 741, que – embora

mais amplo – coincide com o artigo 1010 do Código de 1939, extravasa, porém, o do art. 745, porque toda e qualquer matéria que fosse lícito alegar no processo de conhecimento, pode ser deduzida no bojo dos embargos a que alude o art. 745. Numa defesa tributária, pode-se alegar, em rigor, tudo. Instaura-se, mercê da utilização dos embargos do devedor, e no bojo destes embargos, um processo de conhecimento pleno.

10. A suspensividade dos embargos do art. 745

A primeira dúvida que poderá surgir, a nosso ver facilmente solucionável, é indagar se esses embargos têm efeito suspensivo ou não, dado que o legislador foi expresso relativamente à eficácia suspensiva dos embargos opostos com base no artigo 741 e permaneceu silente com relação aos embargos opostos com base no art. 745. Quer nos parecer que, desde que se alegue, pelo menos, qualquer uma das matérias do art. 741 **e uma delas será sempre alegada**, qual seja a **inexigibilidade do título**, os embargos deverão suspender a execução, que continua sendo definitiva, mas é paralisada no seu **iter** procedimental. Opostos os embargos, poderá haver ou não instrução; se não houver, a lei tem uma providência similar àquela do art. 330, n^o I, que é o julgamento antecipado da lide, a qual ocorrerá se não houver necessidade de instrução, seja porque a prova é documental ou porque a questão discutível é unicamente de direito; assim, em tais casos, não há que se designar audiência de instrução e julgamento, devendo o juiz proferir sentença, desde logo, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os embargos do devedor.

11. Os embargos do devedor do art. 745 e a ação declaratória incidental

Poderá haver ação declaratória incidental no bojo dos embargos do devedor, a que se refere o art. 745?

Em nosso modo de ver, pode. Suponhamos que um indivíduo é cobrado pelo Poder Público relativamente a uma relação jurídica de ICM, que o Poder Público entenda existir, e haver lançamentos, com periodicidade, entre ele e este contribuinte. Além de refutar aquele determinado título poderá o devedor solicitar a declaratória incidental negativa, da inexistência de crédito tributário do Poder Público em relação a ele. Se julgada procedente esta declaratória ele torna-se beneficiário de tal efeito da sentença, revestido da coisa julgada, aí formada.

Por outro lado, é também possível a declaratória incidental proposta pelo Poder Público. Se o Poder Público ganhar a declaratória incidental positiva, cuja sentença seja no sentido, de que é credor, certamente, em processos ulteriores poderá usar da coisa julgada, já formada. Isto, evidentemente, facilitará a própria atividade jurisdicional, pois, conquanto, o Poder Público venha, posteriormente, necessitar da via executiva (execução por quantia certa, calcada em título extrajudicial), já não haverá possibilidade de rediscussão a respeito da mesma relação jurídica.

Ou seja, não se poderá discutir se há ou não a obrigação tributária, porque o que é colocado como sujeito passivo, não o é por decisão anterior, ou inversamente, o é, nas mesmas condições. Vale dizer o que já foi discutido, terá sido decidido com a autoridade, de coisa julgada.

12. Aspectos especiais

Alguns aspectos ainda poderão ser considerados neste novo Código, em que, ao nosso ver, o legislador foi mais claro, conquanto estas regras já houvessem sido construídas no regime anterior pela doutrina, que as havia deduzido do sistema de 1939.

A primeira regra que chama a atenção e, é bastante relevante, principalmente para o Poder Público, é a de que a propositura da execução, deferida pelo juiz tal como vemos no artigo 617, interrompe a prescrição. O Código passado não tinha este preceito.

Uma outra regra de importância é a que encontramos no art. 669, § 1º. Se houver penhora sobre bem imóvel, a intimação deve ser feita também à mulher do devedor, diversamente do que ocorria como o art. 7º do Decreto-lei nº 960/38. A razão de se exigir a intimação da mulher do devedor, de um modo geral, visa a proteção dos bens do casal, uma vez que existe a possibilidade de o marido estar conluiado, com quem se aparente seu credor, e, assim forjar dívidas fantasmas, que, cobradas, acabem esvaziando o patrimônio do casal. Nos dias de hoje, a proteção exclusiva aos bens imóveis é uma demonstração de atraso de nosso legislador, porque, na realidade, sabemos que atualmente existem grandes fortunas mobiliárias. É esta, portanto, uma perspectiva ou remanescência quase que feudal do nosso Código. No entanto, atendendo à premissa consagrada em nosso Código Civil, de que o bem imóvel, é o representativo do que de mais importante possa haver num patrimônio, projeta-se essa realidade no plano do processo e exige-se esta providência. No caso do Poder Público é impensável que algum contribuinte pudesse conluiar-se com o ente tributário credor para esvaziar seu patrimônio: é quase ridícula a idéia. Mas esta aberração, com referência ao Poder Público decorre da circunstância da certidão de dívida ativa, do Poder Público, estar encartada em um sistema processual, que não é especialmente feito para cobrança tributária, mas genericamente, para quaisquer créditos. O regime jurídico feito para os particulares obriga, portanto, o Poder Público, que dele há de se servir, a se submeter às exigências que, no caso presente, não tem cabimento sob uma perspectiva lógico-racional. Sem embargo disto, na realidade, a intimação da mulher, nestas hipóteses, coloca-se como **conditio sine qua non** dos processos de cobrança que, por ventura, sejam movidos pelo Poder Público.

O artigo 520, inciso V, prescreve que: a apelação interposta do julgamento dos embargos do devedor é recebida só no efeito devolutivo; portanto, não tem efeito suspensivo.

13. Regime jurídico da execução fiscal (indagação)

Agora, a questão que se coloca é saber qual o regime jurídico desta execução.

Ela é uma execução provisória, circunscrita aos limites do art. 588, ou, diversamente, não se aplica o artigo 588, execução definitiva, tal como define o art. 587? Este é o dilema. Para complicá-lo, perguntar-se-ia se ela é uma execução definitiva e, portanto, não sujeita às limitações do art. 588, o que ocorrerá se for provido o recurso da apelação? Afigura-se-nos que é execução definitiva, sem os **limites** do art. 588, mas, em sendo provido recurso, que implique na procedência dos embargos do devedor, o credor há de responder em face do devedor.

14. A penhora como direito processual de preferência

Outro problema que gostaríamos também de lembrar é que este Código, retomando uma velhíssima orientação do Direito luso-brasileiro, atribuiu à penhora o direito de preferência, à semelhança do que ocorre no Direito alemão e no Direito austríaco. No regime passado, aquele que fizesse a penhora em primeiro lugar, não tinha nenhuma vantagem. A única implicação era a de que a anterioridade da penhora influía na competência, pois verificando-se duplicidade de penhoras, ocorreria a prevenção no juízo onde tivesse sido realizada a primeira. No sistema atual, aquele que penhora em primeiro lugar tem aquilo que tenho denominado de **direito processual de preferência**, oriundo da penhora (artigo 612). Por que dizemos **direito processual de preferência**? A penhora, segundo os artigos 612 e seguintes, confere ao credor que agiu diligentemente, em primeiro lugar, uma preferência, mas ao lado dessa preferência que nasce, que se cria no processo com o fato da anterioridade cronológica da penhora, convive no sistema jurídico outra espécie de preferência, que são chamadas **preferências materiais**, a partir das relativas ao direito real, mas que são também preferências, como é, especificamente, o caso do crédito público, que é um dos mais privilegiados, e que, em ordem de grandeza, somente cede ao direito e ao crédito trabalhista (art. 186, do Código Tributário Nacional).

Então, a questão que se coloca é saber como convivem a preferência material e a preferência processual; em que circunstâncias uma há de preponderar sobre a outra. Evidentemente, este problema vai surgir na vida prática.

A preferência pela penhora no nosso sistema, em rigor – coloquemos liminarmente esta premissa – só encontra guarida e aplicabilidade dentro do processo movido contra devedor solvente, isto é, aquele devedor que tenha um ativo capaz de suportar o seu próprio passivo, de fazer-lhe frente. No momento em que isto se inverte, no momento em que ele não pode pagar suas dívidas não se lhe aplica a preferência pela penhora.

Verificamos no Livro II, que regulamenta o processo de execução, duas partes nitidamente distintas: a primeira parte regula o processo de execução contra o devedor solvente; a segunda parte regula o processo de execução movido contra devedor insolvente.

15. A execução contra devedor insolvente

Vejam os quais são os aspectos dignos de exame no processo de execução contra devedor insolvente.

Em primeiro lugar, ela pode ser requerida pelo próprio devedor. O Poder Público, como aliás, qualquer outro credor, pode requerê-la? Evidentemente que sim, desde que, além de seu crédito agregue, como motivo do pedido, a afirmação da existência do estado de insolvência do devedor, que pode ser declarado, por sentença, em tudo e por tudo similar à sentença declaratória de falência.

Qual é o juízo competente para o pedido de insolvência formulado pelo Poder Público?

Vamos supor a hipótese de o Poder Público ser federal. Teria o foro privilegiado nas Capitais dos Estados, de conformidade com o que prescreve o art.

125, da Constituição? Se não tiver foro privilegiado, e o credor for a Fazenda estadual ou municipal, cogitar-se-ia, não de um foro privilegiado, mas apenas de um juízo privativo, que existe na Capital do Estado de São Paulo e, de um modo geral, nas Capitais dos Estados. Este Código na sua parte de competência excepciona deste privilégio do Poder Público, o problema da insolvência. Por outras palavras, o Poder Público pode requerer a insolvência em outro juízo, que não aquele privilegiado.

Se examinarmos o art. 125, n° I, da Constituição, verificaremos que a chamada competência territorial absoluta (foro territorial privilegiado, dado ao Poder Público federal) abre uma exceção para as causas de falência. Também no Código as causas atinentes à insolvência refogem do privilégio de competência do Poder Público. Na realidade, o legislador processual civil fez esta exceção acompanhando a grande regra que informa o nosso Direito, que é a da universalidade do juízo da falência. Se o legislador no artigo 125, n° I, da Constituição, foi sensível à universalidade do Juízo falimentar, tal como consta no art. 7° da Lei Falimentar, e assim, respeitou a universalidade do juízo da falência, assegurou, por outro lado, o privilégio do Poder Público. O fato de a demanda não ser na Justiça Federal não inibe que o juiz civil lhe dê e lhe reconheça a preferência. Também foi o legislador do processo civil, na parte da competência, sensível a esta realidade. Como a insolvência é, basicamente, parificável à falência, podemos dizer que existe, também, aqui, verdadeiro **juízo universal da insolvência**, a respeito do qual o legislador do processo civil foi também expresso (art. 99. parágrafo único, n° I).

Se houver a decretação de insolvência, haverá um administrador desta massa à semelhança do síndico; este administrador deve representar esta massa, agindo como parte de ofício. Aliás, anote-se que o legislador no art. 12 alude ao síndico, como representante da massa falida, mas se esqueceu da figura por ele mesmo criada.

Finalmente, foi estabelecido que, depois de terminado o processo de insolvência, por sentença transitada em julgado, na forma do art. 777, se inicia o prazo de extinção civil das obrigações que, no nosso modo de ver, é decadencial.

Indaga-se se esse prazo atinge o Poder Público. Em nosso modo de ver, atinge, porque afetará a todo e qualquer credor; dizemos mais: atinge mesmo aquele que seja menor e incapaz, porque é um prazo de índole decadencial. Em rigor, é um prêmio – bem ou mal, é problema de política legislativa – que se dá àquele que já está desgraçado pela insolvência requerida, e que, depois de entregar todo o seu patrimônio aos credores, fica ainda durante cinco anos responsável, e se dentro desse período adquirir algum bem, será o mesmo entregue a seus credores, por causa da subsistência dos créditos. Mas, em passando esses cinco anos, este devedor está liberado, tal como ocorre, na falência, com as obrigações comerciais, cujo prazo de extinção, aliás, é menor. De outra parte, este prazo decadencial, de cinco anos, depois do término do processo de insolvência para extinção das obrigações, servirá como estímulo a que muitos devedores peçam a auto-insolvência. Esse estímulo terá sido o “leit motiv”, de índole política, que animou o legislador a instituir o referido prazo. Então, num dado momento, o devedor entrega todo o patrimônio; mas é evidente que, para que isto ocorra, o que praticamente nunca ocorreu, no regime passado, que tinha no art. 929, o concurso universal de credores, é necessário que o sistema dê uma compensação a este devedor. E, a compensação, é a possibilidade dele, entregando o seu patrimônio, desde que passados cinco anos, encontrar-se plenamente liberado de seus credores, dado que suas obrigações civis encontram-se definitivamente extintas.

16. As ações do contribuinte contra o Fisco

Vamos examinar agora, deixando de lado o processo de execução, os problemas que parecem mais relevantes, das ações do contribuinte contra o fisco e procurar traçar as peculiaridades que, eventualmente, sugerem este novo Código de Processo Civil que, evidentemente, tem implicações no sistema jurídico em geral.

a) A ação anulatória de débito fiscal

A primeira ação que vamos considerar, e que foi especificamente disciplinada, e, ao nosso ver bem, pelo Código, é a chamada **ação anulatória de débito fiscal**, que vem regulamentada no art. 585, § 1º. E aí se prescreve que, promovida pelo contribuinte a ação anulatória de débito fiscal contra o Poder Público – ação esta que encontra seu pressuposto de proponibilidade na preexistência de um lançamento e tem, portanto, por objetivo, em sendo julgada procedente, desconstituí-lo – não está o Fisco inibido de promover a execução fiscal. Esta regra repete também o grande princípio que procuramos, no preâmbulo destas considerações, lembrar, qual seja, o de que, porque superiormente valorado pelo legislador, o interesse público não pode ser inibido, em sua realização, por medidas dos particulares.

Se o Poder Público tem uma posição de eminência, e se o sistema jurídico deu-lhe um instrumental, ao nível do direito material, que concreta e praticamente realiza esta posição de eminência, é evidente que toda e qualquer providência do particular, que fosse sempre ordenada a frustrar a eficácia desta posição dotada de um instrumental mais agressivo, não poderia, evidentemente, produzir frutos. Esta a grande regra, e isto é bem nitidamente entendido no direito comparado, e tal princípio se aplica até e também aos particulares quando se demandem. É que toda ação mais agressiva não pode ser inibida por uma ação menos agressiva. Se se tem uma ação condenatória para mover contra o devedor, que inadimpliu sua obrigação; não é o fato de ele mover uma ação declaratória negativa da relação obrigacional, que nos impede de mover condenatória. Porque mesmo se considerando o assunto empiricamente, é evidente que, se o devedor mover uma ação declaratória, que vai demorar dois ou três anos, mesmo que, seja julgada improcedente, enquanto isso não ocorrer, o credor não tem título executivo algum, porque não tem sentença condenatória. E nem mesmo a improcedência da declaratória lhe dará o título. Tem o credor de mover ação condenatória para só dali há mais três anos cobrar. É evidente que seria uma maneira prática de procrastinar, levando ao dobro a demora, que é quase lícita a nosso Poder Judiciário, que vive sempre brutalmente assoberbado de serviços. Então, a grande regra que preside este problema é esta: a ação mais agressiva não pode ser inibida pela ação menos agressiva, mesmo que as lides, do ponto-de-vista material (direito material) sejam idênticas. E quando mais não fosse do ponto-de-vista filosófico, seria uma **contradição**, pois dá-se um instrumento maior e, mercê de um instrumento menor, o maior não funcionar. Todavia, é evidente que o legislador referiu-se à ação anulatória de débito fiscal desprovida de depósito (art. 585, § 1º).

b) A ação anulatória de débito fiscal e o depósito

Mas, e se a ação anulatória de débito fiscal for acompanhada do depósito do **quantum** devido?

Aquele devedor que pretende anular um lançamento e não quer sofrer o reflexo comercial, bancário, no crédito, na importação, etc., que decorreria de estar sendo executado, antecipa-se, há de mover sua ação acompanhada do depósito do **quantum** que seria devido, **segundo o entendimento do Poder Público**.

Há, na esfera federal, duas leis referentes a esse problema, que são: a lei 2.642, de 1955 e o Decreto-lei 147, de 1967, que é o atual Estatuto da Procuradoria da Fazenda Nacional, o qual, no seu artigo 20, § 3º dispõe que toda vez que for promovida uma ação anulatória desprovida de depósito, o Procurador da Fazenda Nacional deve inscrever a dívida e remeter à Procuradoria da República e ao Judiciário.

Portanto, fica óbvio que, sem depósito, a ação anulatória já não produziria por lei federal litispendência para o executivo. A mesma regra indubitavelmente encontra-se repetida agora para todos os poderes, ou seja, para os Estados-federados e municípios, pois o Código de Processo Civil é lei nacional. No caso da esfera federal, parece-nos que o Poder Público, se for feito o depósito, não pode propor a execução. Isto porque o depósito é feito na repartição pública, isto é, junto e no órgão credor, e, uma vez julgada improcedente a ação anulatória, o depósito converte-se em renda. Nesta hipótese, realmente o Poder Público está totalmente resguardado e satisfeito, de forma que não tem sentido algum mover o executivo fiscal. A única restrição que nos parece deva ser feita é a de que o depósito deve cobrir **totalmente** o que pretende o Poder Público. Temos até um trabalho publicado sobre este assunto, na "Revista de Direito Público", volume 16, onde procuramos analisar os fundamentos de tal assertiva. E, de um modo geral, o "Judiciário da Justiça Federal" só aceita o depósito nestas condições, ou seja, abrangendo a totalidade da pretensão fazendária.

Agora, poderá haver em outras esferas dos Poderes Públicos, que não estejam instrumentados, administrativamente, para receber depósitos, como será a posição de vários Estados-membros que têm a sua legislação própria. Então, pergunta-se: como podem comportar-se esses entes, também credores, em face do problema?

Em nosso modo de ver, se o depósito for feito, em sendo movida execução por quantia certa **deverá** ser penhorado e, então, o Poder Público encontrar-se-á garantido, sendo unidos o executivo fiscal e ação anulatória, por conexão. Se a ação anulatória for procedente está prejudicando a execução por quantia certa, fundada em crédito tributário; se improcedente, a execução por quantia certa prosseguirá, independentemente de sentença, como é em face do novo sistema.

Há quem sustente que, mesmo ajuizada antes a ação anulatória de débito fiscal (rito comum ordinário, suponha-se), a execução por quantia certa, posteriormente proposta não seria conexa à ação anulatória, dado que tal conexão **que envolve unidade procedimental**, implicaria em imprimir um rito mais lento ao processo de execução, que se subordinaria ao da ação anulatória. Todavia, a conexão é imperativa, pois decorre de lei (art. 103), e a providência de ordenar conexão se insere no poder oficioso do juiz. Há, ainda, a relevante motivação de que as decisões, podem ser colidentes, uma na ação anulatória e outra no bojo do processo de execução (fenômeno da litispendência) e, ainda, há o argumento da economia processual, dado que se fará num só processo, unitariamente, o que se realizaria em dois.

c) A ação declaratória

Uma outra ação que pode ser movida é a ação declaratória **positiva (para**

pagar menos) ou **negativa (para nada pagar)**. Esta última tem por fim a declaração da não existência de tributo, por aquele que se entende isento, por exemplo, por força de uma lei ou aquele que se julgue isento ou mesmo imune, por estar albergado pela proteção do artigo 19, III, c, da Constituição, regulamentado pelo art. 14 do Código Tributário Nacional, tais sejam as entidades de ensino ou filantrópicas, que tenham contabilidade, não tenham lucratividade e possam, devidamente, comprovar isto.

A distinção, que se há de fazer entre ação anulatória e declaratória, é que a anulatória pressupõe um lançamento, que se pretende desconstituir ou anular; a declaratória, não o pressupõe. Através desta pretende-se declarar uma relação jurídica como inexistente, pura e simplesmente.

É evidente que, pelo mesmo raciocínio já feito, a ação declaratória não inibe, de forma alguma, a execução fundada em débito fiscal, que, se proposta, deverá ser conexa ante o perigo de decisões colidentes: mas, pelo mesmo raciocínio feito quanto à anulatória, desprovida de depósito, absolutamente, não há que se cogitar da hipótese da ação declaratória inibir a propositura da execução de débito fiscal.

Vale, aqui, o argumento de que o maior compreende o menor, ou seja, se a ação anulatória (mais complexa que a ação declaratória, mas contendo o **elemento** declaratividade), não inibe o Fisco, segue-se que outrotanto ocorre com a ação declaratória.

d) O mandado de segurança

Um outro remédio comumente utilizado contra o Poder Público é o **mandado de segurança**, que, evidentemente, **é o mais eficiente, desde que presentes os pressupostos do direito líquido e certo**.

O mandado de segurança pode ser definido como um instrumento preordenado a obter uma medida liminar, normalmente, e sentença final favorável e que recolhe a sua especificidade em tal tipo liminar de proteção jurídica, porque realmente é o que o caracteriza; por outro lado, como requisito para o seu uso a prova há de ser toda documental. O direito líquido e certo, temos que defini-lo, como sendo aquele direito suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, desde logo, e que seja provado todo ele, liminarmente e, por prova documental. Nestes aspectos residem as principais especificidades do mandado de segurança.

Prescreve o Código Tributário Nacional no seu art. 151, nº IV, regulando, aliás, aquilo que já era de jurisprudência anterior ao C.T.N., que a concessão de medida liminar suspende exigibilidade do crédito tributário. Obtendo-se a liminar em mandado de segurança, o crédito tributário não pode ser cobrado. Por outras palavras, a liminar tem a eficácia jurídica, **provisória**, de paralisar a executividade da certidão de dívida ativa (o processo de execução respectivo).

Surge, agora, um problema: no regime comum do mandado de segurança, a Lei 4.348, de 1964, limitou a durabilidade (eficácia) da medida liminar a noventa dias, eventualmente prorrogáveis por mais 30. Estamos diante de uma verdadeira aberração jurídica, quando mais não se pudesse dizer da verdadeira institucionalização da denegação de justiça, ao nível da lei ordinária, atrofiando o conteúdo e a dimensão constitucionais do mandado de segurança, porque, na realidade, o motivo legal para cair a medida liminar é inaceitável, pois devemos ter presente que uma medida liminar significa que o Judiciário reconheceu que alguém

tem direito líquido e certo, e, a **contrário sensu**, reconheceu que a Administração não se pautou em sua conduta pelo princípio da legalidade, que a Administração praticou uma ilegalidade e feriu direito líquido e certo, a qual, de certa maneira pode ser considerado o mais óbvio dos direitos.

Mas, prescreve a lei, **que se o juiz não puder dar sentença**, caducará a medida liminar. Em nosso modo de ver, esta lei, neste passo, é inconstitucional, porque segundo a grande regra, na hermenêutica constitucional, os institutos têm na Constituição um conteúdo próprio e mínimo. Então, se o legislador constitucional deu o mandado de segurança, nele está ínsita uma especificidade, que é a pronta e eficaz defesa. Se uma lei ordinária torna inócua a providência constitucional, esta lei é inconstitucional. Mas não vamos ficar discutindo o problema da constitucionalidade. Vamos deixá-lo de lado, embora ele, em si mesmo exista. No trabalho que acabamos de referir (**Revista de Direito Público**, vol. 16), a nossa saída foi outra: se sobre uma lei pesa a gravíssima suspeita de sua inconstitucionalidade, devemos minimizar, interpretando a sua abrangência. Evita-se de afirmar uma inconstitucionalidade sem conteúdo. É uma solução prática. Então, propugnamos pela seguinte solução: como o art. 151, do Código Tributário Nacional não tem restrição alguma, e, assim, no campo do Processo Judicial Tributário, especificamente, em se tratando, do mandado de segurança, não há que se entender suscetível de ocorrer a caducidade da medida. Uma vez dada a liminar, ela há de prevalecer sempre. É claro que existe uma argumentação contrária: se o regime jurídico da medida liminar não é previsto no próprio Código Tributário Nacional, deve ser ele o da legislação comum, e, se esta estabelece que caduca em 90 dias a medida, é porque caduca. E outro ângulo da questão, ainda leva à seguinte dicotomia: ou a lei é inconstitucional e, portanto, que seja declarada, ou é constitucional e tem que valer inclusive para o processo tributário. Entretanto, pessoalmente, preferimos ficar com a primeira solução. Esta lei é impertinente para regular a durabilidade da medida regulamentada pelo art. 151, nº IV, do Código Tributário Nacional.

e) A ação de consignação em pagamento

Ainda outra ação que foi prevista no Código Tributário Nacional, porque antes nunca se admitiu, é a **ação de consignação em pagamento** contra o Poder Público. Só depois da vigência do Código Tributário é que se admitiu esta ação de consignação. Geralmente, esta ação tem lugar quando o indivíduo entende-se devedor, mas de uma determinada quantia, menor do que aquela que pretende o Poder Público; ou, ainda, quando se entende devedor, mas se julga dispensado de obrigações acessórias que o Poder Público pretende impor-lhe. Diante desses casos, ele consigna judicialmente o que entende devido.

O Código Tributário Nacional não regulamentou o procedimento da ação de consignação em pagamento. Entendemos, evidentemente, que se aplica o procedimento do Código de Processo Civil (artigos 890 a 900).

Esta também é a opinião de Aliomar Baleeiro em seu **Direito Tributário Brasileiro** que, entretanto, não a justifica. Em nosso modo de ver, a justificação é clara. A Lei de Introdução ao Código Civil prevê para todo o sistema, que, toda vez que nele houver lacunosidade, há de se utilizar a analogia, que haverá de subsidiar o intérprete para suprir a lacuna.

Que coisa mais análoga a um procedimento de ação de consignação tributária, que seja a respeito lacunosa, que não o próprio procedimento padrão da ação de consignação em pagamento do Código?

É evidente, pois, que se há de usar o procedimento da ação de consignação em pagamento. A especificidade disto reside em que se dá para contestação, diversamente da regra geral do art. 297, só o prazo de 10 (dez) dias, tendo o Poder Público a seu turno, evidentemente, o prazo de 40 (quarenta) dias, dado que o art. 188, do Código de Processo Civil lhe dá o prazo em quádruplo para contestar.

f) A ação de repetição do indébito

Outra ação instituída pelo Código Tributário Nacional, no art. 168, é a chamada **ação de repetição do indébito** que se extingue no prazo de 5 (cinco) anos. Solicita-se a devolução do que foi indevidamente pago e que o Poder Público se nega restituir. Então, tem-se o prazo de cinco anos para recuperar aquele pagamento tido como indevido. Com relação a esta última ação não se colocam, evidentemente, quaisquer problemas de litispendência, dado que o pressuposto dela é que determinada importância já se encontra nos cofres do Poder Público. É uma ação condenatória, que, sendo julgada procedente implicará na ulterior execução pela via do ofício requisitório.

Se tiver havido, entretanto, administrativamente, pedido de restituição e, se não for atendido (art. 169 do C.T.N.), para a anulação de tal decisão administrativa denegatória, o prazo será de 2 (dois) anos.

g) Os principais problemas de prazos

Finalmente, algumas rapidíssimas considerações sobre o problema dos prazos.

O prazo para o Poder Público responder, se lhe for movida uma ação pelo procedimento ordinário, é quádruplo; portanto, terá 60 (sessenta) dias, dado que o prazo comum para a resposta, tal como se encontra definido no art. 297, é de 15 dias.

Pergunta-se: qual é o prazo de resposta para o Poder Público no quase malfadado procedimento sumaríssimo, de difícil aplicação, segundo o consenso unânime?

Segundo a opinião do eminente mestre, José Carlos Barbosa Moreira, em um trabalho que será publicado na **Revista de Processo** (vol. 1º), sob nossa direção, a ser editada em São Paulo, pela Revista dos Tribunais, o prazo é de quarenta dias, dado que, na disciplina do procedimento sumaríssimo, determina-se exista um interregno mínimo de 10 dias entre o recebimento da inicial e a audiência, à qual deve comparecer o réu. E, o raciocínio é o seguinte: se o prazo é de dez dias, para tal interregno, para o Poder Público há de ser de quarenta dias, dado que este tem prazo quádruplo para contestar. Esta opinião recebe o grande aval do Prof. Calmon de Passos, nos seus comentários ao Código de Processo Civil (ed. Livrarie Forense, vol. III). Informa-nos, ainda, o Prof. Barbosa Moreira, que esta praxe, está sendo seguida no Estado da Guanabara.

Temos uma pequena dúvida, todavia. E isto pelo seguinte: o texto de lei é que o prazo de designação de audiência não pode ser inferior a dez dias, mas pode ser superior. Parece-nos que talvez a opinião mais correta seja refutar realmente a solução dos quarenta dias. O que a lei dá ao Poder Público é prazo quádruplo para contestar. E esse prazo é de sessenta dias; o que está escrito na disciplina do procedimento sumaríssimo é que a designação da audiência não pode ser para prazo inferior a dez dias, e daí não há de se inferir que o prazo para contestar há de ser de 40 (quarenta) dias.

Um outro assunto que se coloca, e que o Professor José Carlos Barbosa Moreira, resolve muito bem em seu trabalho (v. esta **Revista de Processo**, vol. 1), é o de que se o art. 188 estabelece que o Poder Público tem prazo em quádruplo para contestar e isto faz surgir um problema: o nosso Código regulamentou a problemática do prazo de defesa, não em função da peça **contestação**, mas em função de um nome (instituto) mais genérico, que é a **resposta do réu**. O réu tem 15 dias para dar sua resposta, o que é mais amplo que contestar.

Então, pergunta-se: quando o art. 188 estabelece prazo em quádruplo para contestar, refere-se só à contestação? Não abrange eventualmente as exceções e a reconvenção?

Parece-nos que a solução correta há de ser a de se entender que, no art. 188, está escrito **resposta e não contestação**.

E, quando mais não fosse, no art. 299 lemos que a reconvenção há de ser apresentada simultaneamente com a contestação, embora em peças autônomas. Como seria possível apresentar uma reconvenção juntamente com a contestação se o prazo da reconvenção fosse de quinze dias e o da contestação, de sessenta? E mais ainda, a própria lei, ao regulamentar a reconvenção, exige que haja uma conexão entre ela e a matéria de defesa. Como pode haver uma conexão, se a reconvenção virá antes? Então, parece evidente que o legislador usou inadequadamente do termo contestação no artigo 188 do Código de Processo Civil.

Para impugnar a reconvenção, que era o termo inadequadamente usado no Código de 1939, hoje temos a expressão **contestar**; ao nosso ver, outrossim, cabe também prazo em quádruplo para o Poder Público. Se for oferecida reconvenção ao Poder Público em ação que mova contra o particular, o prazo para contestar a reconvenção será em quádruplo.

Estas são as principais observações que me ocorreram a respeito desses problemas mais importantes sobre o Processo Judicial Tributário.

**Publicado originalmente na Revista nº 4 jul./dez. 1976, p. 79.*

O SISTEMA TRIBUTÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

HUGO DE BRITO MACHADO*

1. *Introdução* – 2. *Dos Princípios Gerais*: 2.1 *O princípio da capacidade contributiva*. 2.2 *Lei complementar*. 2.3 *Empréstimos compulsórios*. 2.4 *Contribuições sociais*. 2.5 *Contribuição de melhoria*. – 3. *Das Limitações ao Poder de Tributar*: 3.1 *Legalidade*. 3.2 *Isonomia*. 3.3 *Anterioridade, e irretroatividade*. 3.4 *Vedação de tributo confiscatório*. 3.5 *Imunidades e isenções* – 4. *Dos Impostos da União*: 4.1 *Impostos mantidos*. 4.2 *Impostos extintos*. 4.3 *Imposto sobre grandes fortunas*. 4.4 *Competência residual* – 5. *Dos Impostos dos Estados e do Distrito Federal*: 5.1 *ICMS*. 5.2 *Imposto sobre doações e heranças*. 5.3 *Adicional ao Imposto de Renda* – 6. *Dos Impostos dos Municípios*: 6.1 *IPTU progressivo*. 6.2 *O ITBI e o IVVC*.

1. *Introdução*

Com a promulgação da Constituição federal de outubro de 1988, o Sistema Tributário Nacional sofreu algumas alterações. Não obstante, *os conceitos fundamentais do Direito Tributário não foram alterados*. Com a edição das leis complementares necessárias à construção do novo Sistema Tributário é possível que algumas alterações sejam introduzidas em conceitos consubstanciados no Código Tributário Nacional, cuja parte geral praticamente não foi afetada pela Constituição de 1988.

Como é sabido, a Constituição não instituiu tributos. Apenas atribuiu competência à União, aos Estados e aos Municípios, para fazê-lo. Assim, quase todas as alterações do Sistema Tributário estão a depender da edição de leis complementares e ordinárias. Exemplo disto é a criação do Imposto sobre Grandes Fortunas, de competência da União, que está a depender de lei complementar definindo o que se deve entender por uma *grande fortuna*. Essa lei complementar poderá criar o referido imposto, disciplinando desde logo todas as relações jurídicas a ele pertinentes, ou deixar a sua criação e o seu regramento para o legislador ordinário limitando-se à definição de *grande fortuna* que a Constituição exige seja feita por lei complementar.

Relacionaremos a seguir as principais inovações do Sistema, catalogadas em cinco grupos, correspondentes às cinco seções em que se divide o Sistema Tributário na nova Constituição. Cinco, evidentemente, porque a Seção VI, que trata “Da repartição das receitas tributárias”, a nosso ver é matéria de Finanças Públicas.

Seguindo a ordem das cinco primeiras seções do Capítulo I, do Título VI, da vigente Constituição, vamos examinar as principais inovações no Sistema Tributário Nacional, classificadas em cinco partes, que compreendem, pela ordem os princípios gerais, as limitações do poder de tributar, os impostos da União, os impostos dos Estados e do Distrito Federal, e, finalmente, os impostos dos Municípios.

* Contabilista, Advogado, Mestre e Doutor com título de notório saber em Direito Tributário. Professor de Direito Tributário nos cursos de especialização e de mestrado na Universidade Federal do Ceará (UFC).

Não temos, aqui, a pretensão de examinar todo o Sistema Tributário na Constituição de 1988, até porque isto não seria possível nestas circunstâncias. O assunto é muito vasto e complexo, pelo que demanda muito tempo e sobretudo muita pesquisa e muita reflexão. Por outro lado, no que pertine às inovações, tem-se de aguardar o tratamento que lhes dará a jurisprudência, para que se possa, com relativa segurança, descrever-lhes o conteúdo e o alcance.

De todo modo, é possível e certamente proveitosa a abordagem de algumas das principais inovações de nosso sistema constitucional tributário, posto que do debate em torno delas poderá resultar alguma luz, capaz de nos ajudar na difícil tarefa de aplicá-lo.

Assim, este nosso estudo enfrenta o risco a que se expõe os pioneiros. Não temos a pretensão de fazer doutrina, mas esperamos estar, embora modestamente, contribuindo para o aperfeiçoamento da ordem jurídica nacional, senão pelas opiniões aqui manifestadas pelo menos em razão de estarmos a apontar aspectos do novo Sistema Tributário que estão a merecer a consideração dos doutos, para que sejam debatidos e se possa, afinal, chegar a conclusões que melhor nos permitam superar, razoavelmente, as perplexidades que nos assaltam.

2. Dos Princípios Gerais

2.1 O princípio da capacidade contributiva

Nos termos da art. 145, § 1.º, o princípio da capacidade contributiva passou a figurar expressamente no Sistema Tributário Nacional, o que, não obstante a grande margem de subjetivismo que a interpretação do princípio comporta, poderá render ensejo à declaração de inconstitucionalidade de alguns tributos. A propósito, as recentes alterações introduzidas na legislação do imposto sobre a renda, com redução do número de alíquotas, desatende ao princípio da capacidade contributiva, na medida em que reduz a progressividade do imposto de renda das pessoas físicas, que passa a ter apenas duas alíquotas, a saber, 10 e 25% .

Hamilton Dias de Souza, não obstante tenha afirmado que o projeto de lei do imposto de renda é compatível com o texto constitucional, na verdade forneceu elementos para que se entenda de modo contrário. Realmente, afirmou aquele insigne tributarista de São Paulo, com inteira propriedade, que “se se colocar o princípio da igualdade como igualdade de sacrifícios, nós teremos a aplicação plena do princípio da capacidade contributiva e a justificação das alíquotas do imposto de renda”. (Os Tributos Federais, em *A Constituição Brasileira de 1988*, Forense Universitária, Rio, 1988, p. 319). Por outro lado, disse ainda, com razão, que a expressão *sempre que possível*, do § 1.º, do art. 145, da Constituição, relaciona-se com a natureza do tributo, e se esta “o permitir, a regra da capacidade contributiva deverá ser observada” (*ob. cit.*, p. 318).

O imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza é, sem qualquer dúvida, aquele que melhor se presta para a realização do princípio da capacidade contributiva. Em relação a ele pode-se afirmar que *sempre é possível* a graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte.

Por outro lado, ao excluir a classificação cedular dos rendimentos e, assim, as respectivas deduções cedulares, e ainda determinados abatimentos, também o legislador descumpriu a norma contida no mesmo dispositivo constitucional, que

consagra a pessoalidade do imposto (art. 145, § 1.º). O imposto sobre a renda é o tributo que, tecnicamente, por natureza, melhormente se presta para o atendimento do princípio da pessoalidade do imposto, de sorte que não teria procedência a escusa admitida pelo art. 145, § 1.º, pois em relação ao imposto de renda essa pessoalização é sempre possível.

Outra questão importante, ligada ao princípio da capacidade contributiva, consiste em saber se as isenções do imposto de renda, especialmente aquelas de natureza regional ou setorial, violam, ou não tal princípio.

No estudo mais completo que conhecemos sobre o tema, *Francesco Moschetti* distingue capacidade contributiva de capacidade econômica, afirmando que a capacidade contributiva é a capacidade econômica (*qualificada por um dever de solidariedade, isto é, por um dever orientado e caracterizado por um prevalente interesse coletivo, não se podendo considerar a riqueza do indivíduo separadamente das exigências coletivas*). Com tal raciocínio, conclui que a capacidade econômica é a condição necessária, porém não suficiente, da capacidade contributiva, posto que esta há de ser qualificada pelos *fins sociais*. Assim, se em face da exigência de desenvolvimento econômico, determinada empresa não deve ser tributada em certa região, por um determinado tempo, falta a ela o elemento qualificante da capacidade contributiva, isto é, a aptidão para realizar o interesse público, e precisamente para a realização desse interesse público, não se pode considerar essa fonte patrimonial como manifestação de capacidade contributiva.

Parece-nos, *data maxima venia*, que a introdução dessas considerações axiológicas na interpretação do que seja o princípio da capacidade contributiva termina por esvaziar inteiramente tal princípio.

É relevante, outrossim, observar, que segundo a norma do art. 53 da Constituição da República italiana, “todos têm a obrigação de contribuir para as despesas públicas na medida de sua *capacidade contributiva*” (grifamos). Em face dela, portanto, pode ter sentido a distinção feita por *Moschetti*, entre capacidade contributiva e capacidade econômica. O § 1.º, do art. 145, de nossa Constituição, todavia, não se refere à capacidade *contributiva*, mas à capacidade *econômica*, sendo, assim, descabida aquela distinção no Direito brasileiro.

2.2 Lei complementar

Em face da Constituição anterior, alguns tributaristas sustentaram que à lei complementar cabia dispor sobre os conflitos de competência e regular as limitações ao poder de tributar, enquanto outros entendiam que à lei complementar cabia também estabelecer *normas gerais de direito tributário*. Espancando tais controvérsias doutrinárias, a Constituição determinou, expressamente, que compete à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre os temas que indica. A questão a ser esclarecida reside em saber se a indicação das matérias a serem tratadas como *normas gerais* é taxativa ou meramente exemplificativa. Segundo *Hamilton Dias de Souza*, que colocou essa questão em debate no II Fórum Jurídico realizado pela Fundação Dom Cabral, em Belo Horizonte, “para salvar o Código e para fazer com que determinadas matérias que lá estão, que são extremamente importantes, continuem num diploma de nível de lei complementar, a melhor interpretação será no sentido de que a enumeração é exemplificativa e

não taxativa” (*Os Tributos Federais, em A Constituição Brasileira de 1988*, Forense Universitária, Rio, 1988, p. 313).

Na verdade, o modo pelo qual a norma está enunciada no art. 146, III, da Constituição, parece indicar que se trata de enumeração simplesmente exemplificativa. A palavra *especialmente* bem o diz. Se tal palavra ali não estivesse, aí sim, poder-se-ia ter dúvida quanto ao caráter meramente exemplificativo da enumeração das matérias ali mencionadas.

Destaque-se, finalmente, que o campo próprio da lei complementar ganhou nova dimensão. Várias matérias que podiam ser objeto de lei ordinária passaram a integrá-lo, como, por exemplo, a instituição de empréstimos compulsórios, e a instituição de tributos no uso da competência residual, inclusive de contribuições para a seguridade social.

2.3 *Empréstimos compulsórios*

A vigente Constituição inovou também, de forma significativa, a disciplina dos empréstimos compulsórios. Agora, nos termos do art. 148, ficaram definidas duas espécies desses empréstimos, que se distinguem pela natureza da necessidade de recursos financeiros que fundamenta a respectiva instituição, a saber: a) calamidade pública e guerra externa ou sua iminência; b) investimento público de caráter urgente e de relevância nacional.

Fixou a Constituição as seguintes regras sobre a instituição desses empréstimos compulsórios:

- 1.^a – só a lei complementar pode instituí-los;
- 2.^a – o princípio da anterioridade tributária aplica-se apenas aos da segunda espécie, isto é, aos destinados a investimento público; e
- 3.^a – a aplicação dos recursos arrecadados é vinculada ao atendimento da necessidade que fundamentou a instituição do empréstimo.

2.4 *Contribuições sociais*

No art. 149 da vigente Constituição residem as seguintes normas a respeito de contribuições sociais:

- 1.^a – as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais e econômicas são privativas da União;
- 2.^a – submetem-se as contribuições sociais à lei complementar tributária;
- 3.^a – submetem-se tais contribuições aos princípios da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade;
- 4.^a – as contribuições destinadas ao custeio da previdência social só poderão ser exigidas depois de 90 dias da publicação da lei que as houver instituído ou aumentado, estão sujeitas ao princípio da irretroatividade das leis (art. 150, III, *a*), mas a elas não se aplica o princípio da anterioridade (art. 150, III, *b*); e
- 5.^a – os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão cobrar, apenas de seus servidores, contribuições destinadas ao custeio, em benefício dos mesmos, dos serviços de assistência e previdência social.

2.5 Contribuição de melhoria

No que pertine à contribuição de melhoria, destaca-se que a Constituição não se refere mais à valorização dos imóveis. Diz apenas que a contribuição de melhoria é *decorrente de obra pública*. Isto, porém, não quer dizer que seja possível a cobrança de contribuição de melhoria sem que tenha ocorrido valorização imobiliária. Tal valorização é requisito indispensável. O fato gerador da contribuição na verdade é a valorização imobiliária. Não a obra pública. Tal entendimento, aliás, é indicado pelo próprio nome do tributo, que é contribuição de *melhoria*. A melhoria é precisamente o incremento de valor do imóvel do contribuinte.

3. Das Limitações ao Poder de Tributar

3.1 Legalidade

Em relação ao enunciado constitucional, o princípio da legalidade não foi alterado. O artigo 150, I, da vigente Constituição veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal *exigir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça*, e nisto não há, como se vê, novidade alguma.

A novidade, nesta matéria, reside na eliminação da figura do decreto-lei, espécie normativa demasiadamente utilizada no regramento tributário.

É certo que a vigente Constituição outorga ao Presidente da República competência para editar *medidas provisórias com força de lei*, e muitos entendem que essas medidas provisórias terminarão predominando no âmbito da tributação. Aliás, dizem que elas constituem instrumento até mais indesejável do que o decreto-lei, pelo fato de não haver limite constitucional quanto a matéria a ser por elas tratada.

Entendemos não ser possível a criação de tributos através de medidas provisórias, salvo o imposto de guerra (art. 154, II) e o empréstimo compulsório para atender despesas extraordinárias de guerra ou calamidade pública (art. 148, I). Esta é a compreensão que decorre do dispositivo constitucional que regula tais medidas provisórias (art. 62). Não se pode, entretanto, desconhecer que o Presidente da República, pelo que já fez, está mesmo disposto a utilizar com frequência tal instrumento normativo. De todo modo, se o Congresso Nacional aprova a medida, não há como lhe negar validade.

Destaque-se que a medida provisória pode tratar de matéria reservada ao campo da lei complementar. Se isto ocorre, tal medida provisória só poderá ser aprovada pelo Congresso Nacional com observância do *quorum* especial necessário para a aprovação das leis complementares. A lei na qual, se aprovada, será transformada, há de ser uma lei complementar.

3.2 Isonomia

O princípio da isonomia, ou da igualdade jurídica, tem sido muito mal-entendido, prestando-se para fundamentar as mais absurdas pretensões. Dizer-se que todos são iguais perante a lei, na verdade, nada mais significa do que afirmar que as normas

jurídicas devem ter *caráter hipotético*. Assim, qualquer que seja a pessoa posicionada nos termos da previsão legal, a consequência deve ser sempre a mesma. Em outras palavras, ocorrida a previsão normativa, concretizada a hipótese descrita na norma, a consequência deve ser a mesma, seja quem for a pessoa com esta envolvida.

Misabel Derzi, invocando a análise *kelseniana* do princípio da isonomia expressa esta idéia, com absoluta propriedade, afirmando: “A igualdade de todos perante a lei supõe tão-somente uma aplicação correta da lei, a qual decorre da própria estrutura lógica da norma”. E esclarece que, segundo *Kelsen*, “o princípio da igualdade, materialmente considerado, não tem substância científica. Assim, o legislador pode contemplar, na norma, as diferenças ou uniformidades que quiser, na proporção ou forma que lhe aprouver, que não haverá, cientificamente, como apreciar o teor da norma” (*Misabel de Abreu Machado Derzi, Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*, ed. RT, São Paulo, 1988, p. 98).

Deste modo, se a norma estabelece que *quem for proprietário de imóvel deve pagar imposto*, o imposto é devido, seja quem for o proprietário do imóvel. Mas isto não quer dizer que a norma não possa excluir alguém dessa hipótese, concedendo isenção subjetiva, como faz, por exemplo, ao dizer que ficam isentos desse imposto os funcionários públicos que possuam apenas um imóvel. A norma isenta, como se vê, formula uma exceção àquela outra norma, a de tributação, mas não viola o princípio da isonomia, posto que mantém o *caráter hipotético* da norma jurídica. Estabelece uma hipótese, a saber, *ser funcionário público e não possuir outro imóvel*. A isonomia está preservada posto que qualquer pessoa que se enquadre nessa hipótese terá direito ao mesmo tratamento jurídico. Violada estaria a isonomia se a norma isentiva singularizasse determinada pessoa, em lugar de referir-se a uma categoria de pessoas.

Nesta linha de pensamento, *Celso Antônio Bandeira de Mello*, em excelente monografia sobre o tema, coloca como primeira de suas conclusões a assertiva de que há violação do princípio constitucional da isonomia quando *a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada* (*O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, ed. RT, S. Paulo, 1978, p. 59). Em outras palavras, pode-se dizer o mesmo afirmando que há lesão ao princípio da isonomia quando a norma não tem o *caráter hipotético*.

Inadmissível a idéia de igualdade absoluta. “*Aucune conception de cet genre n’apparaît dans la Déclaration des droits de 1789: des inégalités de fait existent, il n’y a point obligation pour l’Etat de les faire disparaître, mais seulement d’assurer à tous une égale protection. Cela n’exclut point au reste; bien au contraire, l’égalité véritable, celle qui consiste, suivant une vieille formule, à traiter également les choses égales et inégalement les choses inégales. L’égalité absolue, mathématique des hommes, comprise à la manière de 1793, est, on l’a dit très justement, le paradoxe de l’égalité; elle aboutit, en réalité, à l’inégalité. Ce n’est point celle d’ailleurs qu’avait en vue l’Assemblée de 1789*” (*Léon Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, Fontemoing, Paris, 1930, vol. III, p. 629*).

Rui Barbosa, reproduzindo essa mesma idéia, afirmou que: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam” (*Oração aos Moços*, pp. 24/25).

A verdadeira igualdade reside, indubitavelmente, na proporcionalidade. Não pode haver maior iniquidade do que tratar igualmente pessoas desiguais.

A Constituição Federal de 1988 admite, claramente, a distinção por nós apontada. Assim é que consagra o princípio da isonomia jurídica em termos amplos, estabelecendo que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* (art. 5.º), e estabelece, no campo da tributação, norma vedando à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios *instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente*. Todavia, ao tratar da capacidade contributiva adota fórmula diversa, determinando a observância do princípio da capacidade contributiva *sempre que possível* (art. 145, § 1.º).

Todos sabem que a regra do artigo 150, II, teve um objetivo específico: fazer com que os militares, magistrados e parlamentares paguem o imposto de renda sobre a totalidade da respectiva remuneração. Teve inspiração puramente demagógica, posto que na verdade a distinção que favorece tais categorias profissionais é inegavelmente menos lesiva ao princípio da capacidade contributiva do que os incentivos fiscais, concedidos quase sempre em favor de pessoas consideravelmente ricas. Grandes empresas industriais sediadas no Nordeste, empresas proprietárias de luxuosos hotéis, empresas de pesca são isentas do imposto de renda. Tais isenções são concedidas a pretexto de estimular o desenvolvimento regional, ou setorial. Não passam, porém, de simples privilégios. Qualquer atividade econômica razoavelmente rentável atrai pessoas para o seu exercício, sendo, portanto, desnecessária a isenção do imposto de renda. Por outro lado, se a atividade não é rentável, de nada valerá a isenção, posto que não existindo lucro não haverá imposto de renda a ser pago, sendo, assim, inútil a isenção desse imposto.

Em relação aos militares, magistrados e parlamentares, a verdadeira questão na verdade não consiste em pagar, ou não pagar imposto de renda. A verdadeira questão consiste em saber se recebem, ou não, a remuneração compatível com suas atribuições, com as responsabilidades inerentes ao desempenho de suas funções.

É geralmente muito superficial o conhecimento que as pessoas têm das atribuições das três aludidas categorias, de servidores públicos. Destaquemos, aqui, a categoria dos magistrados, para uma ligeira referência. Todos, ou quase todos os que se manifestaram de público, especialmente pela televisão, a respeito das virtudes da nova Constituição, apontaram entre elas os novos instrumentos de defesa dos direitos individuais e sociais, como o *habeas data*, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção. Não queremos questionar, aqui, a valia desses instrumentos jurídicos, mas podemos afirmar, com absoluta convicção, que ela estará seriamente comprometida se a magistratura não estiver bem dotada de recursos materiais e sobretudo humanos. Por isto, de nada vale dotar a ordem jurídica de excelentes instrumentos processuais para a defesa de direitos, se as condições para o exercício da magistratura não forem atrativas.

Não se pode esperar que a *vocação para a magistratura* seja tão forte a ponto de fazer com que os juízes aceitem as privações a que são levados por uma remuneração miserável. Nem se pode acreditar que os mais capazes escolhem suas profissões sem considerar o aspecto econômico. Magistratura mal paga seguramente terá juízes menos qualificados, e mais vulneráveis, em cujas mãos pouco ou nada valem os melhores instrumentos jurídico-processuais. É razoável, por isto, que a magistratura constitua uma profissão atrativa, sob todos os aspectos.

Não nos parece que o tratamento fiscal diferenciado de uma categoria profissional, ou funcional, seja indesejável, se essa discriminação tem por objetivo

atrair o interesse das pessoas para o desempenho das profissões incentivadas. A verdadeira questão reside em saber quais as profissões estão a merecer incentivo. Seja como for, porém, o artigo 150, II, da vigente Constituição proíbe essa discriminação, vale dizer, veda a utilização extrafiscal do tributo em relação às pessoas físicas.

A discriminação, entre pessoas físicas, está expressamente vedada pela Constituição. Não se trata apenas de preservar o princípio da isonomia, pois este, como dito acima, pode significar simplesmente o caráter hipotético da norma jurídica e, neste sentido, não estaria violado pela regra que concedesse isenção a uma categoria de pessoas, como, por exemplo, os parlamentares, os militares e os magistrados.

Aliás, a perquirição que se há de fazer, em torno do princípio da isonomia, consiste em saber se o critério utilizado pelo legislador para estabelecer a discriminação é, ou não é, um critério *justo*. Retorna-se, deste modo, à antiga e sempre problemática questão de saber o que é justo e o que é injusto.

Por isto mesmo nos parece que, no âmbito do Direito Tributário, o princípio da isonomia jurídica tem utilidade bem menor que o princípio da capacidade contributiva. Enquanto o princípio da isonomia fica a depender da definição dos critérios de justiça, o princípio da capacidade contributiva já está a indicar que o justo é o proporcional a tal capacidade. Este é, por assim dizer, o princípio da isonomia com aplicação de um critério de justiça já definido: *a capacidade contributiva*.

Com isto não queremos dizer que a aplicação do princípio da capacidade contributiva não ofereça grandes dificuldades. A existência destas é incontestável, como se verá a seguir. De todo modo, parece-nos que apesar de tudo é menos problemático trabalhar com o princípio da capacidade contributiva do que com o princípio da isonomia jurídica. Por isto mesmo, é plenamente justificável a colocação, no texto constitucional, do princípio da isonomia, com alcance abrangente de toda a ordem jurídica, e do princípio da capacidade contributiva, que é, ainda quando considerado uma forma de manifestação daquele, restrito à matéria tributária.

3.3 Anterioridade e irretroatividade

Na letra “b”, do item III, do artigo 150, está consagrado o princípio da anterioridade da lei tributária. Há, entre esse dispositivo e o contido no § 29, do artigo 153, da Constituição anterior, diferença meramente redacional. Aliás, na redação do dispositivo da vigente Constituição foi corrigido um defeito técnico do dispositivo da Constituição anterior, consagrando, aliás, o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Explica-se: o dispositivo da Constituição anterior dizia que o tributo não seria cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o instituiu ou aumentou estivesse em vigor antes do primeiro dia do exercício respectivo (*Curso*, p. 5). Havia um equívoco nessa expressão. Para vigorar, em determinado exercício, a lei que cria ou aumenta tributo deve ser *publicada* no exercício anterior. Ela não deve ter *entrado em vigor* antes do primeiro dia do exercício, pois na verdade se tivesse entrado em vigor já estaria podendo ser aplicada, o que seria um absurdo.

O artigo 150, III, “a”, consagra o princípio da irretroatividade da lei que cria ou aumenta tributo. Na verdade tem-se aí mera explicitação do princípio geral da irretroatividade das leis, contido no artigo 5.º, XXXVI, segundo o qual *a lei não prejudicará o direito adquirido*.

Realmente, os fatos em geral produzem os efeitos que lhes atribui a norma jurídica vigente na data de seus acontecimentos. Assim, se na data em que determinado fato acontece não existe norma atribuindo-lhe o efeito de fazer nascer a obrigação tributária, é inadmissível, em face do princípio da irretroatividade das leis, que uma lei posterior lhe venha atribuir tal efeito. O contribuinte tem, indiscutivelmente, o direito adquirido de pagar o tributo nos termos da lei em vigor na data em que se verificam os fatos de que o mesmo resulta.

(Veja-se, a esse respeito, nosso estudo "*Obrigações Tributárias e Direito Adquirido*", publicado na "*Revista da Faculdade de Direito da UFC*", n.º 28).

3.4 *Vedação de tributo confiscatório*

Novidade digna de destaque é a introdução, no texto da vigente Constituição, de dispositivo vedando expressa e explicitamente, o tributo confiscatório (art. 150, IV). Dizemos dispositivo expresso e explícito porque, mesmo na vigência da Constituição anterior, houve quem sustentasse a existência de vedação constitucional nesse sentido, resultante da garantia constitucional da propriedade.

Não é fácil definir o que seja um tributo com efeito de confisco, de todo modo, o dispositivo constitucional em referência abre espaço ao debate e dá ensejo à fixação jurisprudencial desse conceito.

3.5 *Imunidades e isenções*

Outra importante novidade do Sistema Tributário, decorrente da Constituição de 1988, reside no fato de que a União Federal já não pode conceder isenções de tributos estaduais e municipais. O artigo 151, III, é expresso nesse sentido.

Aliás, entendemos que bastaria a omissão de dispositivo constitucional atribuindo à União tal competência.

Merece atenção, a nosso ver, a nova redação dada à norma que torna imune o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos, os sindicatos e as instituições de educação e assistência social, albergada pelo artigo 150, VI, "c". Em face dessa norma, pode ser reaberta a questão da imunidade das instituições de previdência privada, já decidida pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos. Pode-nos, outrossim, curiosamente, questionar se a Imunidade alcança os sindicatos que não sejam de trabalhadores, ou pelo menos perquerir a respeito do sentido dessa qualificação.

4. *Dos impostos da União*

4.1 *Impostos mantidos*

Foram mantidos na competência da União Federal os impostos sobre o comércio exterior (importação e exportação), o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, o imposto sobre produtos industrializados, o imposto sobre operações financeiras e o imposto sobre propriedade territorial rural.

4.2 *Impostos extintos*

Foram extintos os denominados impostos únicos (sobre minerais, energia elétrica e combustíveis), e o imposto sobre transportes.

A extinção desses impostos federais, todavia, não implicou redução da carga tributária, posto que os fatos econômicos que lhes davam suporte ficaram com a nova Constituição, no campo de competência de outras entidades tributantes, vale dizer, tais fatos, ficaram sujeitos ao ICMS (estadual) e ainda, no que pertine aos combustíveis líquidos e gasosos, exceto o óleo diesel, incidirá o IVVC (municipal).

4.3 *Imposto sobre grandes fortunas*

A grande novidade, no âmbito da competência tributária da União, é a previsão do imposto sobre grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

Sobre esse imposto não há o que dizer, no plano do Direito Positivo vigente, pela razão óbvia de que nem mesmo a lei complementar definidora do que seja uma grande fortuna foi editada. Pode-se, todavia, fazer uma incursão no plano da Política Tributária, para apontar algumas idéias sobre o mesmo. Assim é que, no I Congresso Nacional de Estudos Tributários, realizado em São Paulo pela Academia Brasileira de Direito Tributário, em setembro de 1988, fizemos uma palestra sobre esse imposto, na qual colocamos as seguintes conclusões:

a) É um excelente instrumento para o desenvolvimento social, e pode ser de grande utilidade também para o desenvolvimento econômico, gravando especialmente o patrimônio improdutivo.

b) É instrumento de preservação da economia de mercado, vale dizer, de livre empresa.

c) Tem fato gerador de constatação menos problemática do que o imposto de renda.

d) As dificuldades administrativas, alegadas como argumento contrário a sua instituição, também existem nos outros tributos, propostos como alternativa, e podem ser superados, até porque não existe tributo cuja administração não os ofereça.

e) Presta-se como excelente instrumento complementar do imposto de renda, sendo possível uma fórmula que evite a superposição de ambos, que em muitos casos seria injusta.

4.4 *Competência residual*

A competência residual segue sendo da União, quando a nosso ver deveria ser dos Municípios, posto que a sua utilização deve estar ligada à tributação de fatos que constituem peculiaridades locais e que, em princípio, não são relevantes em termos nacionais.

A novidade, nessa matéria, reside em que a competência residual só poderá ser exercida mediante lei complementar, e só autoriza a criação de impostos não cumulativos e que não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição.

5. Dos Impostos dos Estados e do Distrito Federal

5.1 O ICMS

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias sofreu algumas transformações, passando a incidir também sobre os serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicações.

A nova Constituição manteve nesse imposto o princípio da *não-cumulatividade*, que a nosso ver deveria ter sido abolido, e incorporou algumas normas constantes de emendas à Constituição anterior, que haviam sido introduzidas para contornar orientação jurisprudencial e elevar a receita dos Estados.

Introduziu, outrossim, a possibilidade de ser o ICMS seletivo em função da essencialidade das mercadorias.

5.2 Imposto sobre doações e heranças

Aos Estados e ao Distrito Federal cabe instituir e cobrar o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos.

Na vigência da Constituição anterior, cabia aos Estados e ao Distrito Federal o imposto sobre transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre a cessão de direitos à sua aquisição (CF de 1967 c/Emenda/1, de 1969, art. 23, I). Estava, portanto, no âmbito desse imposto incluída a transmissão *causa mortis*. Por outro lado, o imposto incidia apenas sobre a transmissão de *bens imóveis*. Agora, o imposto estadual é apenas sobre a transmissão *causa mortis* e *doação*, mas incide na transmissão, a tais títulos, de quaisquer bens ou direitos.

5.3 Adicional ao Imposto de Renda

Foi atribuída aos Estados e ao Distrito Federal competência para instituir e cobrar um imposto adicional de até 50% do que for pago à União por pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas nos respectivos territórios, a título de imposto de renda incidente sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital (art. 155, II).

Como é sabido, a Constituição não cria tributos. Não descreve seus fatos geradores. Descreve, todavia, a área na qual terá de ficar contida a hipótese de incidência dos tributos. Descreve o que chamaríamos de *âmbito de incidência do tributo*. Assim, o fato gerador do adicional de que se cuida, que a lei dos Estados e do Distrito Federal deve descrever, tem de situar-se nos limites de seu *âmbito de incidência*, indicado pelo item II, do art. 155, da vigente Constituição.

Alguns Estados já legislaram a respeito. Vejamos como as leis de dois dos mais importantes Estados brasileiros definem a hipótese de incidência do adicional em estudo.

A Lei 6.352, de 29-12-88, do Estado de São Paulo, diz que “são fatos geradores do Adicional os eventos definidos na legislação da União como sujeitos à incidência do imposto de renda sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital” (art. 2.º).

A Lei 1.394, de 2-12-88, do Estado do Rio de Janeiro, estabelece que o fato gerador do adicional é o pagamento à União Federal, por pessoa física ou jurídica domiciliada no Estado do Rio de Janeiro, de imposto sobre a renda incidente sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital.

A nosso ver, a primeira dessas definições está fora do âmbito delimitado pelo item II, do art. 155, da Constituição, que alberga apenas a segunda.

Realmente, refere-se a norma da Constituição a adicional de até 5% do que for pago à União. O fato gerador do dever jurídico de pagar o adicional, efetivamente, é o pagamento do imposto à União. O exame da evolução sofrida pelo dispositivo em tela durante a elaboração constitucional bem demonstra o que estamos afirmando. Na redação primitiva referia-se o dispositivo a imposto devido. Tal referência constou na redação aprovada pela Subcomissão de Tributos. Participação e Distribuição das Receitas (§ 9.º, do art. 14, do Anteprojeto publicado no “*Diário da Assembléia Nacional Constituinte*” (Suplemento), do dia 20-6-87), pela Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças (§ 1.º, do art. 15, do Anteprojeto publicado em junho de 1987), pela Comissão de Sistematização (§ 1.º, do art. 272, do Projeto de Constituição publicado no “*Diário da Assembléia Nacional Constituinte*” (Suplemento ao n.º 94), de 15-7-87). Constou, ainda, da redação do primeiro Substitutivo do Relator *Bernardo Cabral* (§ 1.º, do art. 209, do Projeto de Constituição, Substitutivo do Relator, publicado em agosto de 1987). No segundo Substitutivo apresentado pelo Relator *Bernardo Cabral*, todavia, a redação do dispositivo pertinente ao adicional em questão surgiu diferente. Neste *o adicional é sobre o imposto de renda incidente sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital, até o limite de 5% do imposto pago à União*. Nota-se que houve dupla redução dos limites nos quais há de operar o legislador estadual. A primeira, com a exclusão dos lucros e rendimentos do trabalho, e a segunda com referência a imposto *pago* em lugar de imposto *devido* à União.

Parece-nos, portanto, que o legislador estadual há de definir como hipótese de incidência do adicional *o pagamento à União, por pessoas físicas ou jurídicas, de imposto de renda incidente sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital*.

Coerente com tal entendimento, tem-se que a base de cálculo do adicional em referência é *o valor pago à União, a título de imposto de renda incidente sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital*.

Daí resulta que os Estados não podem questionar se é devido, ou não, o imposto de renda, em determinados casos. O acertamento do que o devido, ou não, a título de imposto de renda, o contribuinte há de fazer com a União. Carecem os Estados de competência para aplicar a legislação pertinente ao imposto de renda. Cabe-lhes apenas verificar quanto foi pago, e lançar o adicional sobre esse valor. Assim, “quando a União não tributar determinado lucro, ganho ou rendimento de capital, os Estados e o Distrito Federal não poderão fazê-lo” (Luiz Mélega, “Limites da Competência Estadual para a Criação do Imposto sobre Lucros, Ganhos e Rendimentos de Capital”, “Repertório IOB de Jurisprudência”, n.ºs 24/88, p. 367).

6. Dos Impostos dos Municípios

6.1 IPTU progressivo

No que se refere aos impostos municipais, registramos, entre as alterações que reputamos mais importantes, a expressa referência à possibilidade de ser adotada alíquota progressiva para o IPTU.

Realmente, agora, superada pela Constituição a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbano poderá ser progressivo, e a progressividade poderá ser referida, também, ao tempo, nos termos do art. 182, § 4.º, II, da vigente Constituição.

A técnica da progressividade, como se sabe, é a que melhor realiza o princípio da capacidade contributiva.

6.2 O ITBI e o IVVC

Aos municípios foi também atribuída competência para instituir e cobrar o imposto de transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.

É importante que tenham sido atribuídos à mesma entidade tributante o ITBI e o IPTU, pois isto permite a utilização de dados cadastrais relativos a esses dois impostos, facilitando consideravelmente a respectiva administração.

Destaque merece também a atribuição, aos municípios, da competência para instituir e cobrar o imposto sobre *vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, exceto óleo diesel*.

Cuida-se de imposto de fácil administração, visto como é muito simples o controle das vendas de combustíveis, pois é muito pequeno o número de empresas distribuidoras desses produtos. Para que um rigoroso controle das vendas a varejo de combustíveis, sujeitas ao imposto, seja efetivado, basta que o fisco municipal obtenha, junto a essas poucas distribuidoras, a relação das vendas feitas anualmente aos revendedores varejistas.

Merece consideração, a propósito do IVVC, o conceito de venda a varejo. Em estudo que escrevemos para o “Repertório IOB de Jurisprudência” (1.ª quinzena de fevereiro de 1989) concluímos, com base em conceitos do Direito Comercial e do próprio Direito Tributário, que a venda a varejo caracteriza-se pela pequena quantidade, e não pelo fato de não ser feita a um revendedor.

**Publicado originalmente na Revista nº 30 jul./dez. 1989, p. 84.*

INCIDÊNCIA DO IPTU SOBRE BENS DA UNIÃO EM POSSE DE ENTIDADES NÃO IMUNES

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS*

Tratarei, neste estudo, de tema que ainda suscita controvérsia judicial, não se podendo afirmar que tenha o Supremo Tribunal Federal pacificado a inteligência sobre a competência impositiva dos Municípios, no que concerne ao IPTU, quando se cuida de sua incidência em bens da União detidos por terceiros.

Omissa a exegese da Suprema Corte sobre a incidência do IPTU sobre terrenos de marinha – que são bens, com seus acréscidos, pertencentes à União – faz-se, ainda, necessário, que se debruce, o Pretório Excelso, objetivando conformar a exata extensão de sua inteligência, principalmente no que concerne à natureza jurídica, quando tais bens são detidos por terceiros e sobre os quais, sem nenhuma contestação, incide o tributo municipal. Tal argumento contrapor-se-ia ao utilizado nas expressas manifestações do Tribunal Maior, que fundamentaram a exclusão impositiva, sempre que explorados economicamente por terceiros, como no caso da consulta presente¹.

Por outro lado, não se deteve, o Supremo Tribunal do país, a examinar, em toda a sua magnitude, a expressão “posse a qualquer título” constante do artigo 34 do CTN².

Compreende-se a reticência da Excelsa Corte, na medida em que o desumano trabalho a que estão submetidos seus 11 ilustres membros, nem sempre lhes permite – como afirmou o Ministro Moreira Alves, em Seminário da Academia Internacional de Direito e Economia – exaurir os temas que chegam a seu conhecimento, o que, em outros tempos, era possível, por força de carga incomensuravelmente menor do que aquela a que estão submetidos, nos dias de hoje.

* IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional e Presidente do Centro de Extensão Universitária.

1 Exemplo típico são os imóveis construídos em terrenos de marinha (bens da União) que são incididos pelo IPTU em todos os Municípios litorâneos do Brasil. Escreve DIÓGENES GASPARINI: “No que respeita à tributação sobre construções erguidas por foreiros ou ocupantes das marinhas, incide o imposto predial urbano. As construções sobre esses terrenos são dos respectivos foreiros, quase sempre particulares. Sendo assim, sobre elas caem as imposições fiscais, porque não se está tributando bem da União. Também é devido pelo foreiro particular o imposto territorial urbano, pois, tendo a União transferido o domínio útil, não cabe falar em imunidade. Essa só alcança os bens da União enquanto não aforados. É esse entendimento aceito pela doutrina (cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 28) e pela jurisprudência (cf. RT, 136:601; e RDA, 60:74 e 5:71), quando outro era o regime constitucional-tributário. Essas decisões, apesar disso, estão afinadas com o atual regime fiscal. Por fim, diga-se que, nos termos do art. 32 do CTN, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana tem entre outros, como fato gerador, o domínio útil (aforamento) ou a posse (ocupação) de bem imóvel. O art. 34 desse mesmo Código, por sua vez, elege como contribuinte desse imposto, entre outros, o detentor do domínio útil (foreiro). Destarte, não há como retirar o foreiro de marinha da incidência desses tributos municipais. Além do mais, por força do art. 682 do CC, o foreiro é responsável pelos impostos que gravam o imóvel” (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 72, pp. 424/425).

2 Tem-se atido a outros aspectos, como se lê no Informativo STF 292: “**Bens Públicos de Uso Especial e Imunidade** – Tendo em conta que os imóveis da Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP – delegatária do serviço de exploração do Porto de Santos –, são bens de uso especial e, portanto, estão acobertados pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, da C.F., a Turma deu provimento ao recurso extraordinário para reformar acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo que entendera incidente o IPTU sobre o patrimônio do referido porto.” RE 253.394, rel. Min. Ilmar Galvão, 26/11/2002” (p. 2).

Tanto assim é que, não poucas vezes, o Pretório Excelso alterou posições antes adotadas pelos supremos magistrados da Nação, em face de novos aspectos não sopesados por ocasião de decisões pretéritas³.

No caso concreto, acresce-se fator de relevância, qual seja, em matéria de legalidade, por unanimidade, decidiu, a 2ª. Turma do STJ, que o IPTU incide sobre bens da União explorados pelas concessionárias de serviços públicos⁴.

No passado, cheguei a defender que, nos serviços essenciais delegados pela União a concessionárias e que dissessem respeito à segurança nacional, não haveria incidência de impostos. No caso, entendia que a navegação aérea não poderia ser tributada pelos Estados (ICMS). A Suprema Corte reconheceu a não-incidência, mas por outro motivo, ou seja, por força de inexistência de lei complementar estabelecendo normas gerais para que os Estados pudessem instituir essa tributação. Restou, portanto, desacolhido o argumento da intributabilidade por tratar-se de concessão de serviços essenciais de competência da União e de segurança nacional⁵.

Esta é a razão pela qual, nada obstante no passado ter tido posição mais abrangente, no que diz respeito à imunidade, hoje reconheço – e já o disse nos

3 A questão do ingresso diretamente de advogados e membros do Ministério Público nos Tribunais de Justiça, sem passar pelas Alçadas, é típica, visto que, por 7 votos a 4, decidiu que os Tribunais de Justiça do Paraná e Rio Grande do Sul deveriam obedecer o ingresso direto, tendo alguns meses depois, por 7 votos a 4, decidido que o Tribunal de São Paulo não poderia recebê-los, sem que passassem pelos Tribunais de Alçada, ou seja, o chamado ingresso pelo quinto constitucional na Magistratura de advogados e membros do Ministério Público. O mesmo ocorreu na ADI 1585 MC/DF, em que o Tribunal, seguindo voto do Ministro Pertence, decidiu que, tendo a Constituição delegado à lei complementar (C.F. art. 169) a fixação do limite das despesas de pessoal, a superação desse limite configuraria questão de ilegalidade e só mediata ou reflexamente de inconstitucionalidade tornando incabível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Consulte-se a ementa: “*Ação Direta de Inconstitucionalidade* – Relator: Min. Sepúlveda Pertence – Publicação: DJ data 3/4/98 PP.. 00001 EMENTÁRIO Vol. 01905-01 pp. 00029 – **Julgamento:** 19/ 12/1997 – TRIBUNAL PLENO. EMENTA: **I. Despesas de pessoal: limite de fixação delegada pela Constituição à Lei Complementar (C.F., art. 169), o que reduz sua eventual superação à questão de ilegalidade e só mediata ou reflexamente de inconstitucionalidade, a cuja verificação não se presta a ação direta; existência, ademais, no ponto, de controvérsia de fato para cujo deslinde igualmente é inadequada a vida do controle abstrato de constitucionalidade. II. Despesas de pessoal: aumento subordinado à existência de dotação orçamentária suficiente e de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias (C.F., art. 169, paragr. único, I e II): além de a sua verificação em concreto depender da solução da controvérsia de fato sobre a suficiência da dotação orçamentária e da interpretação da LDO, inclina-se a jurisprudência no STF no sentido de que a inobservância por determinada lei das mencionadas restrições constitucionais não induz à sua inconstitucionalidade, impedindo apenas a sua execução no exercício financeiro respectivo: precedentes” (grifos meus) (votação unânime – resultado: não conhecida a ação direta e prejudicada a medida cautelar – Site STF, via Internet). Já em recente decisão, na ADI 2728, Sua Excelência sustentou posição contrária, entendendo que, quando a Constituição outorga à lei complementar a competência para definir determinada matéria, o conflito da lei ordinária com a lei complementar configura invasão do campo de competência deste último diploma, representando ofensa direta à Lei Maior. Veja-se a publicação no *Informativo do STF* n. 310, 26 a 30 de maio de 2003.**

4 “RECURSO ESPECIAL Nº 267.099- BA (2000/0070300-1) - RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON - RECORRENTE: MUNICÍPIO DE SALVADOR – PROCURADOR: Gustavo Adolfo Hasselmann e outros – RECORRIDO: COMPANHIA DAS DOCAS DO ESTADO DA BAHIA - CODEBA - ADVOGADO: Aurélio Pires e outros. EMENTA: **Tributário - IPTU - Contribuinte: Art. 34 do CTN - Imóvel enfitêutico. 1.** Por força do disposto no art. 34 do CTN, cabe ao detentor do domínio útil, o enfitenteu, o pagamento do IPTU. **2.** A imunidade que possa ter o senhorio, detentor do domínio indireto, não se transmite ao enfitenteu. **3.** Bem enfitêutico dado pela UNIÃO em aforamento. **4.** Recurso especial conhecido e provido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins - Brasília-DF, 16 de abril de 2002 (data do julgamento) - Ministra Eliana Calmon - Presidente e Relatora” (STJ D.J. 27 MAIO 2002).

5 *Dialética*, n. 19, p. 86 (ICMS na Navegação Aérea).

Comentários à Constituição (2ª. edição), que elaborei com o saudoso Professor CELSO BASTOS — que inexistia a pretendida desoneração constitucional, no que concerne aos terrenos da marinha e a outros bens da União, quando não estejam sendo utilizados diretamente por ela⁶.

Acresce-se, ainda, aspecto relevante, qual seja, o de que a enfiteuse, figura que ganhou foros constitucionais pelo artigo 49 do ADCT, deixou de existir no Código Civil, promulgado em 11 de janeiro de 2003, com o direito real, mas foi mantida para os contratos anteriores e, de forma definitiva, para os terrenos de marinha e seus acrescidos (§ 3º do artigo 49 do ADCT)⁷.

E, como último aspecto relevante, é de se esclarecer a questão da existência ou não de imunidade para empresas públicas ou sociedades de economia mista, à luz do § 3º do artigo 150, em face da dualidade de iniciativa econômica (arts. 173 e 175 da C.F.).

Pelo prisma, portanto, da divergência que remanesce, na doutrina e na jurisprudência, ainda não pacificada na Suprema Corte, é que decidi elaborar o presente estudo.

De início, mister se faz examinar o que determina o Código Tributário Nacional, em seu artigo 32, “*caput*”:

6 Escrevi sobre o inciso VII do art. 20 da C.F. que: “Houve por bem o constituinte reiterar que estes terrenos, assim como seus acrescidos, são bens da União. Parece-me o discurso desnecessário. Não constava do Texto Constitucional anterior, porque explícito nos bens que pertenciam à União. Há de se esclarecer que toda a legislação sobre terrenos de marinha está suficientemente trabalhada, doutrinária e jurisprudencialmente, de tal forma que, se não houvesse o inc. VII, o inc. I já garantiria a União em relação a tais terras. À evidência, o terreno de marinha pertence à União, mas sua posse é mantida por variadas pessoas físicas e jurídicas de direito público e privado. Como as praias marítimas também não constavam do Texto Constitucional anterior, haverá necessidade de se esclarecer qual a extensão das praias marítimas, dos terrenos de marinha e seus acrescidos. O que haverá de se acrescentar é que a extensão, como já se viu no comentário ao inc. III, poderá acarretar problemas exegéticos. Entendo que a legislação anterior poderá ser considerada inteiramente recepcionada, à luz dos três tipos de bens patrimonializados a favor da União e não constantes expressamente do texto anterior: praias marítimas, terrenos de marinha e acrescidos. A melhor inteligência do Texto Constitucional é aquela que o torna meramente explicativo, com o que a legislação infraconstitucional anterior foi recepcionada, em seus exatos termos. Essa interpretação não é desavisada na medida em que o constituinte não condiciona o esclarecimento do que sejam praias marítimas, terrenos de marinha e acrescidos à promulgação de lei, com o que lei anterior recepcionada, em uma concepção abrangente, deve ser considerada. Esclareça-se que o discurso do art. 20 é taxativo no elenco indicado, enquanto o art. 4º da Constituição pretérita era exemplificativo, visto que principiava com a dicção: “*Incluem-se entre os bens da União*” (grifos meus), o que vale dizer, além dos bens relacionados, outros poderiam pertencer à União. Não o mesmo no atual, em que o constituinte preferiu ser taxativo ao dizer: “*São bens da União...*”. É bem verdade que a discussão é meramente teórica, na medida em que o inc. I faz menção a bens que serão acrescidos ao patrimônio da União, com o que os dois discursos se equiparam”. (*Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo I, ed. Saraiva, 2001, pp. 85 a 87).

7 Os artigos 1225 do atual Código Civil e 674 do pretérito estão e estavam assim redigidos: “**Art. 1.225.** São direitos reais: **I** - a propriedade; **II** - a superfície; **III** - as servidões; **IV** - o usufruto; **V** - o uso; **VI** - a habitação; **VII** - o direito do promitente comprador do imóvel; **VIII** - o penhor; **IX** - a hipoteca; **X** - a anticrese”. “**Art. 674.** O artigo 49 do ADCT da Constituição Federal, por outro lado, tem a seguinte dicção: “**Art. 49** A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos. § 1º Quando não existir cláusula contratual, serão adotados os critérios e bases hoje vigentes na legislação especial dos imóveis da União. § 2º Os direitos dos atuais ocupantes inscritos ficam assegurados pela aplicação de outra modalidade de contrato. § 3º A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima. § 4º Remido o foro, o antigo titular do domínio direto deverá, no prazo de noventa dias, sob pena de responsabilidade, confiar à guarda do registro de imóveis competente toda a documentação a ele relativa”.

“O imposto de competência dos Municípios sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município”,

a que se acresce o artigo 34, cuja dicção é a seguinte:

“Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título”.

A explicitação complementar, decorrente do dispositivo no artigo 146 da Constituição Federal, está assim redigido:

“Cabe à lei complementar:

I. *dispor sobre conflitos de competência, em material tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;*

II. *regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;*

III. *estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:*

a) *definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;*

b) *obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;*

c) *adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas”,*

determina 3 situações diversas, para que possa a Municipalidade, por lei, impor o referido tributo, ou seja:

a) a propriedade;

b) o domínio útil;

c) a posse a qualquer título⁸.

8 Em comentários por mim coordenados, AIRES FERNANDINO BARRETO esclarece: “O ‘imposto predial e territorial urbano’ grava, pois, a propriedade, ou seja, recai sobre esse gozo jurídico de uso, fruição e disposição. Também o “domínio útil” constitui fato imponible do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. Surge o domínio útil quando o proprietário, despojando-se dos poderes de uso, gozo e disposição da coisa, outorga-os a outrem (denominado enfiteuta), reservando-se, tão-só, o domínio direto ou eminente, por força do que passa a denominar-se senhorio direto. Mesmo sem ser proprietário, o titular do domínio útil exerce o mais complexo direito sobre o imóvel, qual seja, o decorrente da utilização, fruição e disposição, ressalvadas as obrigações de pagamento da pensão anual e do laudêmio. Recebendo, outrossim, a terra, sob a forma de arrendamento perpétuo, pode transferir a terceiro o domínio útil do imóvel, hipótese em que fica sujeito ao pagamento, devido ao senhorio direto, do “laudêmio”.

Não obstante os poderes que enfeixa, de uso, gozo e disposição, o enfiteuta, reafirme-se, não configura proprietário. No aprazamento ou aforamento não há a plenitude de poderes insita à propriedade. Celebrado o contrato de enfiteuse, embora se trate, dentre os direitos reais, do mais amplo, o enfiteuta não chega a receber todos os poderes de proprietário. Falta-lhe o domínio eminente. Como titular do domínio útil, retira, no entanto, todas as vantagens, bem assim as utilidades que lhe são próprias, tais como o uso, gozo e disposição. Por força desse proveito se o elege contribuinte do imposto. A posse apresenta-se como terceira variável da hipótese de incidência. Examinada de per si, reflete o exercício de poderes inerentes

À evidência, tais situações não se confundem, cabendo lembrar que Aliomar Baleeiro, relator do projeto do CTN no Congresso Nacional, incluía qualquer espécie de posse no âmbito de incidência do IPTU.

São dele as seguintes palavras:

“Se a posse está em mãos de terceiros, pouco importa que o titular do domínio goze de imunidade fiscal em relação a seus bens, como a União em relação às terras de fronteiras (C.F. de 1967, art. 4º, I; Lei n. 2.597, de 12 de setembro de 1955 *etc.*) e aos terrenos de marinha (C.F., art. 4º, V, Dec.-lei n. 9.760, de 1945 *etc.*), ou os Estados em relação às terras devolutas (C.F., art. 5º). O ocupante e o foreiro desses bens públicos ficam sujeitos ao imposto territorial rural, do mesmo que os chamados “posseiros” de terras do domínio particular, podendo o legislador, neste último caso, por mera conveniência administrativa, escolher o proprietário ou o possuidor”⁹.

De início, é mister esclarecer que a lei complementar, a que se refere o artigo 146 da C.F. não pode inovar. Apenas explicita o que está no texto constitucional.

Escrevi sobre a mesma:

“Em direito tributário, como, de resto, na grande maioria das hipóteses em que a lei complementar é exigida pela Constituição, tal veículo legislativo é explicitador da Carta Magna. Não inova, porque senão seria inconstitucional, mas complementa, esclarecendo, tornando clara a intenção do constituinte, assim como o produto de seu trabalho, que é o princípio plasmado no Texto Supremo.

É, portanto, a lei complementar norma de integração entre os princípios gerais da Constituição e os comandos de aplicação da legislação ordinária, razão pela qual, na hierarquia das leis, posta-se acima destes e abaixo daqueles. Nada obstante alguns autores entendam que tenha campo próprio de atuação — no que têm razão —, tal esfera própria de atuação não pode, à evidência, nivelar-se àquela outra pertinente à legislação ordinária. A lei complementar é superior à lei ordinária, servindo de teto naquilo que é de sua particular área mandamental”¹⁰.

A pergunta que se coloca é se, em relação à Constituição de 1988, os artigos 32 a 34 foram ou não recepcionados.

Entendo — e a doutrina e a jurisprudência também — que foram recepcionados.

à propriedade. Encerra, pois, o fato econômico de relevância jurídica, no caso, contido na hipótese de incidência do tributo em exame. Enfeixando o poder que se manifesta quando alguém age como se fora titular do domínio, a posse abriga — notadamente quanto a uso e gozo — direitos nos quais se faz presente o substrato econômico tributável. Exemplo característico dá-se com o usufruto, em que não se cogita de alcançar o nu-proprietário, em que pese o poder de disposição, porque a substância econômica do fato jurígeno não lhe foi trespassada, continuando em poder do usufrutuário” (*Comentários ao Código Tributário Nacional*, ed. 2002, Ed. Saraiva, pp. 227/228).

⁹ *Direito Tributário Brasileiro*, Forense, 1970, p. 141.

¹⁰ *Comentários à Constituição do Brasil*, 6º vol., tomo I, Ed. Saraiva, pp. 79/80.

Vale dizer, as 3 hipóteses de detenção do imóvel são abrangidas pela materialidade do imposto, tal como definida na Constituição, com explicitação pelo CTN, em seus artigos 32 a 34.

O artigo 1228 do atual Código Civil determina, em seu *caput*, que:

“O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Por outro lado, o artigo 1196 declara, sobre a posse, que:

“Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

No antigo Código Civil, a propriedade tinha, em seu artigo 524, *caput*, a seguinte conformação:

“A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”,

assim como a posse, no artigo 485, era definida nos seguintes termos:

“Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”.

É de se realçar que o artigo 486 do Código Civil pretérito determinava que:

“Quando, por força de obrigação, ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula esta às pessoas, de quem eles a houveram, a posse indireta” (grifos meus),

merecendo a norma o seguinte comentário de CLÓVIS BEVILACQUA:

“Observações – 1 – Sendo a posse o estado de facto, que corresponde ao exercício, pleno ou limitado da propriedade: não sendo a intenção de ter a coisa como sua elemento constitutivo da posse, o usufrutuário, o credor pignoratício, o locatário são possuidores directos, ou immediatos, e os proprietários, em nome dos quais eles possuem, são possuidores indirectos ou mediatos. Estabelecida uma relação jurídica, em virtude da qual o direito ou obrigação de possuir caiba a uma pessoa que não possui, a título de propriedade, a relação possessória se desdobra, sendo directa para os que detêm a coisa e indirecta para os que lhes concedem o direito de possuir. Esta posse directa ou derivada é, por definição, conceitualmente, temporária, porque se funda numa relação de direito transitória. ENDEMANN destaca os principais casos de posse indirecta: 1º O usufrutuário e o credor pignoratício têm a posse necessária para o exercício do seu direito real de usufructo e penhor;

2º O locatário, o arrendatário, o commodatário e todos os que retêm, juridicamente, a coisa, gozam da protecção possessória, com fundamento no direito obrigacional de que estão investidos.

3º O depositário e o encarregado do transporte de uma coisa têm a posse para o cumprimento da sua obrigação;

4º Os directores de uma sociedade, o administrador judicial, o testamenteiro necessitam da posse para exercer a sua administração;

5º Ao marido na direcção da sociedade conjugal, e ao progenitor, no exercício do pátrio poder, attribue-se a posse, por causa da administração e do usufructo, que lhes são concedidos” (grifos meus)¹¹.

CLÓVIS entendia, portanto, que a locação representa título de posse direta provisória, sendo os proprietários ou transferentes da posse provisória, detentores de posse indireta.

O novo Código Civil não reproduz, nestes termos, o dispositivo anterior, mas declara que (art. 1197):

“A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto” (grifos meus),

evidentemente abrangendo o locatário, o comodatário, o usufrutuário, o credor pignoratício na titulação referida¹².

Por fim, o “domínio útil” é uma “quase propriedade”. No dizer de LIMONGI FRANÇA:

“DOMÍNIO ÚTIL – v. Domínio direto

É o mesmo que domínio foreiro (v.), i. e., a espécie de desmembramento da propriedade que pertence ao titular da enfiteuse, por oposição ao domínio direto (v. que concerne ao patrimônio do proprietário de origem (v. CC, art. 678)”¹³.

11 *Código Civil*, vol. 3, Livraria Francisco Alves, 1953, pp. 11/12.

12 ROSA e NELSON NERY, nas limitações ao Novo Código Civil lembram que: “**2. Posse direta ou imediata e posse indireta ou mediata.** A doutrina admite a existência de duas posses paralelas criadas para prover a defesa daquele que tem a guarda, o uso ou a administração da coisa e dela fica temporariamente privado. V. BEVILACQUA, *Coisas*, v. I, p.17. **3. Possuidor direto. Protecção contra o possuidor indireto.** Nos casos de convivência simultânea de posse direta e indireta, o possuidor direto (v.g. usufrutuário, credor pignoratício, locatário etc.) tem protecção possessória interdita contra o possuidor indireto (v.g. nu-proprietário, dono da coisa empenhada, locador etc.), caso sua posse direta seja molestada indevidamente, com atos de turbação ou mesmo de esbulho. **4. Possuidor indireto. Protecção possessória contra terceiros.** O possuidor indireto – como por exemplo o nu-proprietário, o dono da coisa empenhada, o locador etc. – tem direito à defesa de sua posse, contra terceiros, por meio dos interditos possessórios. Nesse sentido: NERY, “Protecção judicial da posse” (RDPriv 7/112); GONDIM NETTO, *Posse indireta*, 1972, p. 121; BGB § 869” (*Novo Código Civil e legislação extravagante – Anotados*, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, pp. 393/394).

13 *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 29, p. 348.

Ora, nada obstante as manifestações do STF sobre os dispositivos do direito pretérito, não creio ter sido examinado, em profundidade, a disposição do artigo 34 do CTN que determina que:

“o possuidor a qualquer título”

é contribuinte do IPTU.

É de se realçar que o CTN não faz qualquer distinção quanto ao título do detentor da posse. Qualquer que seja o título, qualquer que seja a “forma legal” que lhe permita usufruir da posse, torna o detentor, se a lei assim determinar, contribuinte do IPTU.

O próprio locatário ou comodatário têm títulos hábeis para a posse provisória, nos termos do art. 486 da lei pretérita, ou 1197 da lei nova – e no entendimento de CLÓVIS BEVILACQUA, autor do anteprojeto do Código Civil anterior – visto que o CTN, *que é lei complementar*, ou com eficácia de, declara no artigo 34 – dicção que repito –:

“o possuidor a qualquer título”

será contribuinte do IPTU.

E define corretamente, visto que, se se admitisse que apenas o titular da propriedade e o domínio útil, com características de “quase propriedade”, poderia ser colocado na condição de contribuinte do imposto, à evidência, o “possuidor a outros títulos” que não aqueles, estaria excluído da tributação, com o que a expressão

“a qualquer título”,

não deveria constar do texto. Todos os títulos que não representassem “a quase propriedade”, ou melhor dizendo, aqueles títulos de posse direta transitória, estariam excluídos da expressão “a qualquer título”, reescrevendo-se a lei complementar com dicção diversa, via doutrina e jurisprudência¹⁴. Em vez de “a qualquer título”, ler-se-ia “a alguns títulos”. O legislador negativo transformar-se-ia em legislador positivo.

Não desconheço o posicionamento da Suprema Corte, redutor da exegese no que diz respeito às posses diretas transitórias, mas não posso deixar de expor aquela que me parece a adequada interpretação, como homenagem aos juristas, todos eles de notável conhecimento jurídico-tributário, como RUBENS GOMES, GILBERTO DE ULHÔA CANTO, TITO REZENDE, CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES, ALIOMAR BALEIRO e outros, que elaboraram o anteprojeto do CTN.

Esta é a razão pela qual espero que um dia possa a Suprema Corte, hoje com nova composição, reexaminar a questão à luz dos argumentos aqui apresentados.

¹⁴ Sei não ser esta a posição da maioria da doutrina, inclusive de AIRES FERNANDINO BARRETO, que comigo escreveu o *Manual do IPTU*, no qual afirma à p. 107 que: “o outro ponto a merecer registro diz respeito a poder ou não a autoridade administrativa eleger como contribuinte o possuidor, nos casos em que há proprietário. Vale dizer, pode a autoridade administrativa optar pela escolha do possuidor direto, p. ex., quando há proprietário? Defendem alguns que há uma escala de preferência a ser observada, de tal sorte que, havendo proprietário, não poderá ser escolhido como contribuinte o possuidor. Não nos parece que assim seja. A escolha é livre. Opta-se por um ou por outro – ambos são contribuintes – segundo as conveniências da arrecadação. Basta que a posse seja “*ad usucapionem*” para poder ser alcançada, mesmo quando há propriedade (como se dá no compromisso de compra e venda) do promitente vendedor e posse do promitente comprador” (*Manual do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – Manuais de Direito Tributário 1*, Revista dos Tribunais, 1985, p. 107).

Um segundo aspecto merece reflexão.

A enfiteuse deixou de figurar entre os direitos das coisas no atual Código Civil.

O art. 1225 passou a ter a seguinte redação, que repito:

“São direitos reais:

I - a propriedade;

II - a superfície;

III - as servidões;

IV - o usufruto;

V - o uso;

VI - a habitação;

VII - o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII - o penhor;

IX - a hipoteca;

X - a anticrese” ,

contrastando com o artigo 674 do Código Civil pretérito, que, repito, declarava: “São direitos reais, além da propriedade:

I - a enfiteuse;

II - as servidões;

III - o usufruto;

IV - o uso;

V - a habitação;

VI - as rendas expressamente constituídas sobre imóveis;

VII - o penhor;

VIII - a anticrese;

IX - a hipoteca” (grifos meus).

Por outro lado, o ADCT da lei suprema determina, em seu artigo 49, que repito:

“**Art. 49** A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos.

§ 1º Quando não existir cláusula contratual, serão adotados os critérios e bases hoje vigentes na legislação especial dos imóveis da União.

§ 2º Os direitos dos atuais ocupantes inscritos ficam assegurados pela aplicação de outra modalidade de contrato.

§ 3º *A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima.*

§ 4º Remido o foro, o antigo titular do domínio direto deverá, no prazo de noventa dias, sob pena de responsabilidade, confiar à guarda do registro de imóveis competente toda a documentação a ele relativa” (grifos meus),

sendo de se realçar que o § 3º, que cuida dos terrenos de marinha, garante aos que usufruem da posse desses bens, a **enfiteuse** permanente¹⁵.

A legislação sobre a enfiteuse dos terrenos de marinha é uma legislação especial que, à evidência, só poderia ser alterada pela legislação geral (Código Civil) se houvesse expressa menção a tal alcance na própria lei geral e se não houvesse disposição da Carta Magna. Ocorre que a “enfiteuse” sobre terrenos de marinha não pode ser retirada do ordenamento jurídico nacional, por determinação da lei suprema,¹⁶ a não ser por emenda constitucional.

Ora, entre os bens da União estão os terrenos de marinha, com o artigo 20, inciso VII, assim redigido:

“São bens da União:

...

VII. os terrenos de marinha e seus acrescidos”.

Tais terrenos, à evidência, pertencem à União, mas os que deles usufruem não podem eximir-se do pagamento do IPTU.

Fossem os terrenos de marinha — que são bens da União— imunes, por pertencerem àquela entidade federativa (imunidade subjetiva), não poderiam os Municípios cobrar IPTU de nenhum dos prédios lindeiros à praia, grande parte deles, em função de sua distância da orla, terrenos de marinha¹⁷.

15 Comentei-o, com críticas: “Típico artigo sem nenhum perfil constitucional. Matéria própria de direito ordinário, salvo nos privilégios outorgados. Que a lei deva dispor sobre a enfiteuse nos imóveis urbanos não resta dúvida, e tal disposição desnecessária já constava da legislação sobre a enfiteuse, substantivo que se pode definir como “ato do foreiro que restitui ao senhorio direto o prédio enfiteutico, em caso de esterilidade, destruição parcial ou perda total de seus frutos; ou gratuidade, em qualquer circunstância, nesse caso na dependência dos credores prejudicados com a renúncia. CC, arts. 687, 691. Obs. A expressão ‘abandono’ constante desses dispositivos é imprópria, pois se trata de autêntica renúncia. Cf. L 6015, de 31/12/1973, art. 258”. A continuação do dispositivo parece indicar o respeito às disposições constitucionais. Se, de um lado, é facultado aos foreiros, na extinção, a remição dos aforamentos mediante a aquisição do domínio direto, de outro lado, a Constituição determina que tal remição se dê de conformidade com o disposto nos respectivos contratos, o que vale dizer, o cumprimento do pactuado. Os parágrafos seguintes, todavia, explicitam a razão do dispositivo, e: “O § 3º excetua do regime novo, criado pelo art. 49, os terrenos de marinha e seus acrescidos, que se situam em faixa de segurança a partir da orla marítima. Para estes, o regime de enfiteuse, como confirmado pelo direito pretérito, continua integralmente, não havendo alteração da disciplina legal” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 9º vol., Ed. Saraiva, 2002, pp. 428/429 e 432).

16 MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO escreveu: “**Terrenos de marinha** — Estes constituem uma faixa de terras banhada pelo mar ou por rios e lagos que sofram a influência das marés. Tal faixa é de trinta e três metros a contar da linha do preamar médio de 1831, por força de definição que data da Lei de 15 de novembro de 1831 e da Decisão n. 274, de 3 de outubro de 1832. A Constituição anterior não os incluía entre os bens da União, mas assim já era por força da legislação ordinária (Decreto-Lei n. 9.760/46, art. 1º)” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, Ed. Saraiva, 2000, p. 150).

17 Na história dos terrenos de marinha, deu-se apenas exceção, ao tempo do Império, no que diz respeito aos laudêmios do Distrito Federal, o que perdeu sentido com sua transferência para Brasília. JOSÉ CRETELLA lembra: “Incluíram-se, depois, na renda da União, “os foros dos terrenos de marinha, exceto os do Distrito Federal, e produto da renda de posses ou domínios úteis dos terrenos de marinha, nos termos da legislação em vigor” (Cf. Lei n. 25, de 20 de dezembro de 1891). Os terrenos de marinha pertencem à União, exceto, apenas, o direito da municipalidade no Distrito Federal. Isto é, apenas a renda dos aludidos terrenos (Cf.

É de se lembrar, finalmente, que as áreas portuárias deixam de estar expressamente mencionadas no artigo 20, em face de estarem abrangidas pelas disposições relativas aos terrenos de marinha¹⁸.

Quero reiterar, no presente estudo, que, no passado, entendia, considerando não do texto complementar (art. 34), mas apenas o constitucional, que a posse direta ou indireta, pela União, de seus bens, seria suficiente para afastar a tributação municipal. O fato de jamais o artigo 34 ter sido inquinado de inconstitucional, sem redução de texto, para efeitos de bens públicos, levou-me a reconsideração de minha inteligência pretérita.

O que dá a característica de bem tributável é a detenção tanto em virtude da propriedade, como da efetiva posse direta, a qualquer dos títulos (domínio útil ou posse).

E, neste particular, não pode a lei tributária, mesmo em nível de legislação complementar, alterar conceitos próprios de direito civil, utilizado pela Constituição para atribuir competências, como aquele do que seja posse “**a qualquer título**”. Abrange, assim, se a lei o determinar, a própria locação ou comodato — nada obstante a jurisprudência do STF — a meu ver, por gerarem, ambos os institutos, posse direta, embora transitória, visto que a transferência do usufruto para terceiros obriga a estes terceiros e não mais ao proprietário, se assim a lei municipal o determinar¹⁹.

Não há, pois, a meu ver, imunidade, a favor de bens da União, quando não seja ela a possuidora direta, no que concerne ao IPTU, nada obstante, — reitero mais uma vez — a jurisprudência e a doutrina em contrário.

É de se lembrar que o IPTU, por ser um imposto real, que não leva em conta a capacidade contributiva ou econômica do detentor — e esta é a jurisprudência do STF —, é exigível daqueles que possam deter o domínio útil ou posse, **a qualquer título**, de imóvel pertencente a pessoa de direito público.

Por este prisma, à evidência, os terrenos de marinha — que são bens da União — podem sofrer a incidência de IPTU, desde que estejam na posse de entidade não imune, qualquer que ela seja, nos termos do artigo 486, do Código Civil pretérito, ou do artigo 1197, do atual.

Ora, se bem da União, em posse de particular, pode ser tributado pelo IPTU — como os terrenos de marinha — é de se perguntar se empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas ou gestoras de serviços públicos que estão na posse direta de tais bens, podem ou não ser contribuintes do imposto, em face do disposto no artigo 150, inciso VI, letra “c”, e do 150, § 3º, ambos da Constituição.

É, pois, aspecto relevante, para exame no presente estudo, este que diz respeito às imunidades das entidades federativas e de suas autarquias, desonerações não extensivas às empresas públicas e sociedades de economia mista.

BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de direito administrativo*. 4ª. ed., 1958, v. III, p. 415). O Decreto-lei n. 710, de 1938, modificou a política do governo da União em relação aos terrenos de marinha, no Distrito Federal, voltando para o domínio pleno da União, com a extinção do usufruto concedido à municipalidade, todos os terrenos de marinha, no Distrito Federal (Cf. BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de direito administrativo*, 4ª. ed., 1956, v. 111, p. 415)” (*Comentários à Constituição 1988*, vol. III, Forense Universitária, 1990, p. 1248).

18 O artigo 20 da Constituição Federal está assim redigido: “**Art. 20.** São bens da União: **VII.** os terrenos de marinha e seus acrescidos; ...”.

19 Os artigos 109 e 110 do CTN estão assim redigidos: “**Art. 109.** Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários. **Art. 110.** A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”.

Reza o § 3º do artigo 150 da Constituição Federal que:

“**Art. 150** As vedações do inciso VI, “a”, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel”²⁰.

Como se percebe, não só as empresas públicas ou sociedades de economia mista, que atuam sob o regime de direito privado do art. 173, estão excluídas da imunidade (atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis aos empreendimentos privados), como aquelas sujeitas ao regime de direito público, do artigo 175 (em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário).

Na dualidade de iniciativa econômica, o tipo de disciplina legal a que a atividade estiver subordinada é irrelevante, para efeitos de afastar a imunidade, visto que o § 3º cuidou dos dois regimes sobre os quais já me manifestei, dizendo:

“Ora, em nenhum momento o art. 173 comporta a exploração de serviços públicos, mas apenas a exploração de atividades econômicas – daí a prevalência do direito privado –, lembrando-se de que o § 1º, na redação da EC n. 19/98, refere-se à exploração de atividade econômica de: **a)** produção de bens; **b)** comercialização de bens; ou **c)** prestação de serviços sem qualquer adjetivação.

Ocorre que, repetidas vezes, o Estado pode intervir em área de prestação de serviços ou comercialização de bens por “interesse coletivo relevante” ou “imperativos de segurança nacional”, sem que tais serviços ou circulação de bens possam ser considerados serviços públicos, como, por exemplo, já aconteceu durante a Segunda Guerra Mundial, em que houve período de racionamento de alimentos (leite, pão *etc.*). Poderia, se quisesse, criar empresas para explorar tais atividades. Mais recentemente, na importação da borracha, instituiu a contestada Taxa de Organização e Regulamentação do Mercado da Borracha (TORMB), para regularizar segmento descompassado da economia. Durante o conflito de 1939/1945, a distribuição de combustíveis passou a ser de segurança nacional, assim como a produção da borracha. E a “Petrobrás” surgiu, no fim da década de 40, como imperativo de segurança nacional, sem que se possa dizer que a extração, a produção e a comercialização de combustíveis sejam serviços públicos.

20 Escrevi: “O § 3º tem espectro de atuação maior que aquele do Texto pretérito (art. 19, § 1º). De início, exclui a vedação absoluta ao poder de tributar relacionado ao patrimônio, renda e serviços dos entes tributantes referentes à exploração de atividades econômicas cujo regime jurídico seja próprio dos empreendimentos privados ou de serviços públicos pertinentes à ordem econômica. Em outras palavras, a imunidade não beneficia União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações do Poder Público sempre que explorarem atividades econômicas mencionadas no art. 173 da Constituição Federal ou prestarem os serviços públicos a que se refere o art. 175. Os dois dispositivos cuidam da atividade econômica e da dualidade de sua iniciativa” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º vol., tomo I, Ed. Saraiva, 2001, pp. 221/222).

Dessa forma, a dicção constitucional sinaliza que imperativos de segurança nacional e interesse público relevante podem conformar exploração de atividades econômicas que impliquem serviço, no texto constitucional, sem que sejam necessariamente públicos.

O segundo regime jurídico para atuação do Estado na prestação de serviços públicos com densidade econômica desenhado está no “caput” do art. 175 da CF, com o seguinte discurso:

“Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (grifos meus).

Aqui, ao contrário do § 1º do art. 173, nitidamente o constituinte fala em serviços públicos e não apenas em serviços, sendo este regime de direito administrativo, devendo, por conseqüência, as empresas privadas que nele atuem seguirem as estritas regras daquele ramo da árvore jurídica.

Não há como confundir os dois regimes. São distintos. No primeiro, o Estado atua como agente vicário na exploração própria da atuação particular, regida por normas que pertinem ao direito privado e, no segundo, o segmento privado pode atuar como agente acolito do Estado na prestação de serviços públicos, que não se confundem com os aspectos pertinentes ao art. 173”²¹.

Vale dizer, seja sob regime de direito privado, seja de direito público, a empresa pública ou sociedade de economia mista, enquanto entidade empresarial, não goza da imunidade de impostos, que beneficia, apenas, as entidades federativas ou suas autarquias.

Mais do que isto, o IPTU é imposto que incide sobre o patrimônio das entidades que compõem a administração indireta das entidades federativas, constituída de empresas públicas e sociedade de economia mista, nem por isto sendo, este patrimônio das controladas, objeto da imunidade. Até mesmo na venda de imóvel de entidade federativa para pessoa jurídica ou física não imune, o imposto sobre transmissão é devido, por força do referido § 3º do artigo 150 da C.F.

O aspecto, portanto, relevante, é que, na dualidade de iniciativa econômica, é a condição de empresa (pública ou de economia mista) que afasta a imunidade, e não o regime jurídico sob o qual atua (arts. 173 ou 175), por força do § 3º do artigo 150, assim por mim comentado:

“O constituinte houve por bem afastar a imunidade daqueles serviços públicos remunerados por preço público (gênero), assim como as atividades econômicas dos entes tributantes, cujo regime jurídico seja de natureza privada, no que agiu bem. A intervenção concorrencial, à evidência, é típica atuação do Estado em área de atuação preferencial do setor privado, razão pela qual a imunidade não se justifica”²².

21 *Dimensões do Direito Contemporâneo*, Ed. Thomson/IOB, divs. auts., coordenação Ives Gandra Martins e José Renato Nalini, pp. 6/7.

22 *Comentários à Constituição do Brasil*, 6º vol., tomo I, ob. cit., p. 224.

Um outro aspecto relevante é o que diz respeito ao entendimento de que se aplicaria à hipótese o regime da substituição tributária do artigo 128 do CTN, assim redigido:

“Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário à terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

A meu ver, há um equívoco ao se entender que o regime jurídico aplicável é o da substituição tributária.

Reza o artigo 121 do CTN que:

“Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

§ único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I. contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II. responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”.

E, nitidamente, divide o sujeito passivo da obrigação tributária em contribuinte e responsável, sendo, pois, o artigo 128, o conformador da definição do que seja responsável, hoje com acréscimo do § 7º do artigo 150 da Constituição Federal, assim redigido:

“§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de impostos ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”²³

Ora, segundo o artigo 34, cuja dicção, repito, declara que:

“Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título” (grifos meus),

23 LUIZ ANTONIO CALDEIRA MIRETTI, em estudo para obra que coordenei, escreve sobre o artigo 121 que: “Após a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, conforme já explanado, estamos diante da classificação do sujeito passivo em contribuinte (inciso I do parágrafo único) e responsável (inciso II do parágrafo único). Classificação para a qual a doutrina adotou as correspondentes expressões de sujeito passivo direto, para o contribuinte, e de sujeito passivo indireto, para o responsável.

A intenção do legislador na abrangência de situações fáticas ou jurídicas foi alcançada com tais previsões, ou seja, estabeleceu a sujeição passiva e, por conseguinte, o cumprimento da obrigação, por aquele que efetivamente pratica e realiza o fato gerador (contribuinte-sujeito passivo direto), bem como por aquele que, não praticando o fato gerador, não realizando o fato previsto na norma, tendo ou não interesse na ocorrência do fato gerador, a lei o coloca na condição de responsável (sujeito passivo indireto) — pelo pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária” (*Comentários ao Código Tributário Nacional*, ed. 2002, Saraiva, pp. 204/205).

“o possuidor a qualquer título”, isto é, qualquer que seja o possuidor — e a meu ver, nada obstante a decisão do STF, até o locatário e o comodatário, visto que, pela lei civil, têm título provisório de posse direta (art. 486 do C.C. pretérito e 1197 do C.Civil atual) — é o contribuinte de direito, e não apenas responsável. O artigo 34 cria uma relação direta de sujeição passiva e não substitutiva — como tenho defendido, o responsável tributário é sempre um substituto do contribuinte, mesmo nas hipóteses em que seja o único sujeito passivo, com exclusão de qualquer responsabilidade do contribuinte —, com o que qualquer empresa pública ou sociedade de economia mista exploradora de qualquer atividade, ocupando terrenos de marinha ou bens da União, é contribuinte de IPTU, por força dos artigos 150, § 3º da C.F. e 32 e 34 do CTN.

Ora, se a sub-contratada detém o imóvel por posse direta — e, nos caso de enfiteuse, sem a polêmica que podem ensejar outros títulos mais precários — é constitucional a incidência, por força do artigo 34 do CTN, devendo-se lembrar que a lei poderia definir responsabilidade solidária da empresa concessionária, que deixaria a condição de “contribuinte” para transfigurar-se em “responsável”, visto que o contribuinte é o detentor da posse direta do imóvel, afastada, pois, a concessionária, por determinação legal.

É o que dispõe o artigo 34 e o 128 do CTN, sendo, neste caso, contribuinte o sub-contratado e, responsável, o contratante ou concessionário²⁴.

Um último aspecto, no que diz respeito à exploração dos portos, com regimes jurídicos diversos, em cada Estado, das empresas que recebem concessões, permissões, autorizações ou direito de gerir. Os bens da União, em que se instalam, continuam no patrimônio dessa entidade da federação, mas a sua posse indireta não elimina aquela direta das empresas públicas ou privadas que atuam nesta área.

E a enfiteuse, para os terrenos de marinha, foi assegurada, neste tipo de exploração, pela lei suprema, artigo 49 § 3º do ADCT²⁵.

Encerro, pois, este estudo, transcrevendo decisão, que me parece a que melhor contempla a questão, da lavra da eminente Ministra Eliana Calmon, com o apoio de todos seus pares na Turma que integra:

“Na hipótese dos autos, temos imóvel do domínio da CODEBA, não importando para o deslinde da querela que seja ele regido pela enfiteuse, em que o domínio indireto seja da UNIÃO, porque

24 Escrevi sobre o artigo 128: “O artigo pretende consubstanciar uma norma geral formalizada em duas idéias básicas, a saber: **1)** a responsabilidade tributária é aquela definida no capítulo; **2)** a lei, entretanto, pode estabelecer outros tipos de responsabilidade não previstos no capítulo, a terceiros. O artigo começa com a expressão “sem prejuízo do disposto neste capítulo”, que deve ser entendida como exclusão da possibilidade de a lei determinar alguma forma de responsabilidade conflitante com a determinada no Código. Isto vale dizer que a responsabilidade não prevista pelo Capítulo pode ser objeto de lei, não podendo, entretanto, a lei determinar nenhuma responsabilidade que entre em choque com os artigos 128 a 138. A seguir, o artigo continua: “a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa”, determinando, de plano, que esta escolha de um terceiro **somente pode ser feita se clara, inequívoca e cristalinamente exposta na lei**. Uma responsabilidade, entretanto, sugerida, indefinida, pretendidamente encontrada por esforço de interpretação nem sempre juridicamente fundamentada, **não pode ser aceita**, diante da nitidez do dispositivo, que exige que a determinação deva ser apresentada “de forma expressa”. (*Comentários ao CTN*, ed. 2002, Ed. Saraiva, pp. 223/5).

25 MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO assim interpreta o § 3º do artigo 49: “Terrenos de marinha. O texto é claro. Quando o senhorio direto é particular, a enfiteuse virá a ser extinta pela lei prometida, mas se for ele o Estado, não, a enfiteuse será mantida” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 2, Ed. Saraiva, 1999, p. 346).

é contribuinte do IPTU não só o *dominus*, mas também o titular do domínio útil, o que descarta a possibilidade de escapar a abordagem quanto ao sujeito passivo da relação tributária referente ao IPTU.

Assim, sendo a CODEBA empresa pública detentora do domínio útil, é contribuinte do IPTU, não sendo alcançada pela imunidade do senhorio, a UNIÃO, detentora do domínio direto.

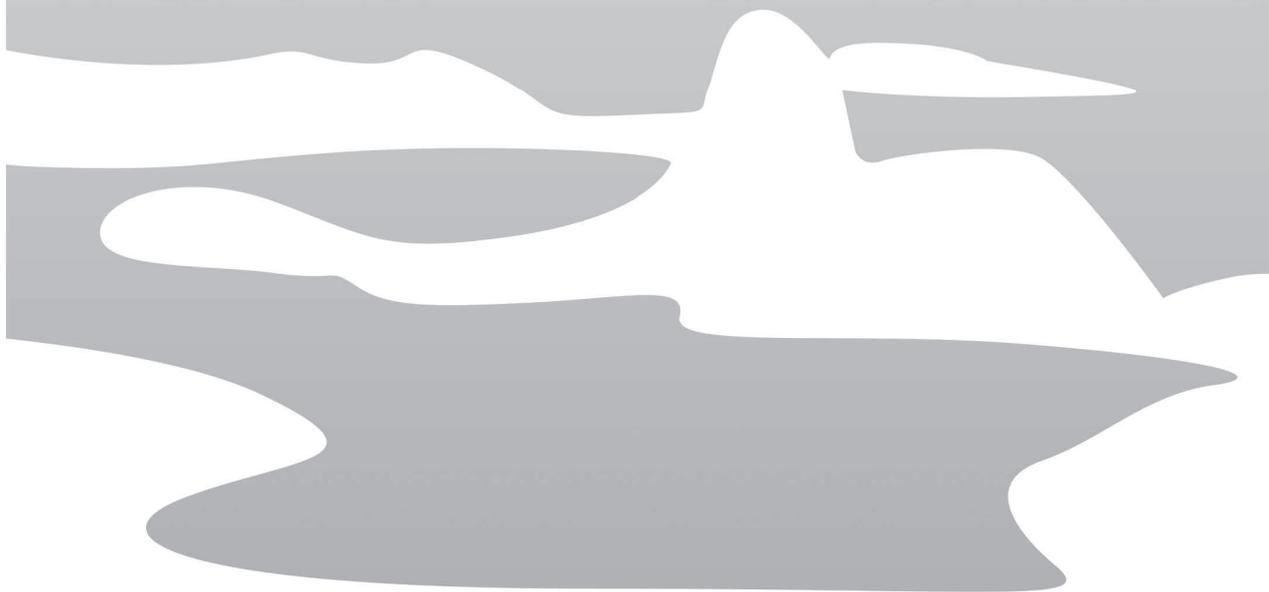
Este foi o encaminhamento do acórdão aqui impugnado, em nível infraconstitucional, o que leva ao conhecimento e provimento do recurso especial para, reformando o acórdão, atribuir à CODEBA responsabilidade pelo pagamento do IPTU” (REsp 267099-BA (2000/0070300-1) - Recorrente: Município de Salvador - Procurador: Gustavo Adolfo Hasselmann e outros - Recorrido: Cia. das Docas do Est. da Bahia - CODEBA - Adv.: Aurélio Pires e outros).

Como se percebe, a matéria, nada obstante as decisões da Suprema Corte, ainda está em aberto.

São Paulo, 31 de julho de 2003.

**Publicado originalmente na Revista nº 19 jan./jun. 2004, p. 171.*

Direito Eleitoral



O ABUSO DE PODER NO PROCEDIMENTO ELETIVO¹

EMERSON GARCIA*

SUMÁRIO

PROÊMIO

I - Abuso de Poder. 1. Introdução. **2.** Princípio da potencialidade. **3.** Princípio da impersonalidade. **4.** Da Casuística. **5.** Tentativa. **6.** Responsabilidade penal. **7.** Meios de coibição ao abuso.

II - Ação de Impugnação ao Registro. 8. Introdução. **9.** Prazo. Preclusão. **10.** Competência. **11.** Legitimidade ativa e passiva. **12.** Capacidade postulatória. **13.** Prova. **14.** Procedimento. **15.** Intimação do Ministério Público. **16.** Efeitos. **17.** Recursos.

III - Investigação Judicial Eleitoral. 18. Introdução. **19.** Representação. Natureza jurídica. **20.** Representação. Termo inicial para oferecimento. **21.** Representação. Termo final para oferecimento. **22.** Competência. **23.** Legitimidade ativa e passiva. **24.** Capacidade postulatória. **25.** Procedimento. **26.** Efeitos. **27.** Inelegibilidade. Termo Inicial. **28.** Recursos.

IV - Recurso Contra a Diplomação. 29. Introdução. **30.** Cabimento. **31.** Prova pré-constituída. Necessidade. **32.** Prazo. **33.** Competência. **34.** Legitimidade ativa e passiva. **35.** Capacidade postulatória. **36.** Efeitos.

V- Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. 37. Introdução. **38.** Prazo. **39.** Preclusão. Inocorrência. **40.** Competência. **41.** Legitimidade ativa e passiva. **42.** Capacidade postulatória. **43.** Procedimento. **44.** Antecipação de tutela. **45.** Reconvenção. **46.** Efeitos. **47.** Recursos. Conclusões.

* EMERSON GARCIA é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

¹ O presente estudo obteve o 3º lugar (empatado) no "Concurso de Ensaios Jurídicos - Prêmio Luiz Carlos Cáffaro", promovido pela FEMPERJ e pelo CEJUR.

À análise do poder, sob qualquer prisma, deve estar atrelado o balizamento de sua amplitude, sempre objetivando o implemento da harmonia nas relações sociais, desiderato maior do Estado Social de Direito. O presente ensaio, de proporção e fim nitidamente modestos, busca estabelecer parâmetros para a identificação dos atos que exorbitem a esfera de seu regular exercício durante as diferentes fases do procedimento eletivo. Neste, a normalidade e a legitimidade devem preponderar, sempre com o objetivo de garantir a identidade entre o resultado do pleito e a vontade popular.

Identificado o abuso do poder, inicia-se o estudo dos diferentes meios utilizados para coibi-lo. São analisadas a ação de impugnação ao registro de candidato, a investigação judicial eleitoral, o recurso contra a diplomação e a ação de impugnação de mandato eletivo, sempre sob a ótica doutrinária e jurisprudencial. Considerando o poder normativo atribuído pela legislação vigente ao Tribunal Superior Eleitoral, à sua jurisprudência é atribuído especial relevo, procurando-se sempre relacioná-la à dissertação realizada, identificando-se as dissonâncias e os pontos de contato existentes. Não olvidando a dogmática, ao ensaio é atribuída praticidade condizente com a vida hodierna, onde o aplicador do direito busca múltiplas soluções para incontáveis problemas. Este quadro se agrava no Direito Eleitoral, onde os prazos são exíguos e incomensuráveis são as responsabilidades.

Esperançosos da consecução dos objetivos almejados, esperamos que este ensaio seja útil àqueles que militam na Justiça Eleitoral, fornecendo-lhes subsídios para que o abuso de poder, se não extirpado, seja ao menos confinado nos estreitos limites de sua reprovabilidade. Em especial, desejamos que o Ministério Público continue a cumprir, com afinco e perseverança, sua destinação constitucional, zelando pelas instituições democráticas de direito.

I. ABUSO DE PODER

1. INTRODUÇÃO. Aqueles que se elevem ao poder utilizando-se de métodos que não reflitam de forma cristalina a vontade popular, em essência, não poderão apresentar-se como representantes desta, pois destituídos de legitimidade. Partindo-se desta premissa, quaisquer atos idôneos a desvirtuar, modificar ou suprimir a vontade exteriorizada pela coletividade que participa do procedimento eletivo devem ser coibidos.

Ultrapassada a fase embrionária de constituição do Estado, momento tortuoso em que a força subjugava a razão, deu-se o paulatino aperfeiçoamento das instituições democráticas, com o conseqüente surgimento do Estado Social de Direito. Neste, onde os direitos e garantias fundamentais evoluem em proporção semelhante ao aumento das obrigações do ente estatal, o acesso ao poder deve erigir-se como consectário lógico da democracia, garantindo-se a participação de muitos na escolha dos poucos que conduzirão o destino de todos. A igualdade na escolha dos representantes deve encontrar ressonância na igualdade de oportunidades para aqueles que pretendem ascender ao poder; e, neste particular, a igualdade somente restará assegurada com a instituição de mecanismos que possam coarctar a liberdade que tende a subjugá-la.

Garantida a livre iniciativa, é inevitável que o evolover de todos não seja uniforme, acarretando a lenta formação de estratos sociais. Com a estratificação, deflagram-se as desigualdades mais marcantes, pois a ascensão de poucos terminará por aniquilar a vontade de muitos; não apenas como consecutório de eventual superioridade intelectual, mas como derivação direta da superioridade econômica, a qual tem decisiva participação no procedimento eletivo, onde possibilita um atuar amplo e sistemático, alcançando o colégio eleitoral em sua amplitude.

Alcançado o poder, aquele que o exerce tem a irresistível tendência de tentar perpetuar-se no mesmo. Ainda que óbices sejam opostos à sua permanência, tudo fará para contorná-los, inclusive exercendo cargos distintos até que cesse a incompatibilidade ou o impedimento. Neste diapasão, o detentor do poder não hesitará em mutilar os fins de seu obrar, desviando-os da coletividade e direcionando-os para si, ou mesmo para terceiros que, de alguma forma, possam beneficiá-lo. É oportuno ressaltar que não somente o ato comissivo pode assumir contornos abusivos; também o ato omissivo pode apresentá-los, inobservando o agente seu dever jurídico em benefício próprio ou alheio. Ademais, além de ter seu obrar norteado pelo interesse público, deve o agente atuar nos estreitos limites de sua competência, sendo-lhe defeso praticar atos atribuídos a outro órgão em detrimento do procedimento eletivo.

Na perene lição de MONTESQUIEU (*in O Espírito das Leis*), “temos, porém, a experiência eterna de que todo o homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar do mesmo; e assim irá seguindo até que encontre algum limite”. Compreendido o alcance do abuso do poder, quer seja político ou econômico, deve o ordenamento jurídico cercá-lo de mecanismos aptos a contê-lo, sempre buscando garantir a igualdade de todos e o efetivo exercício da cidadania no procedimento eletivo, abrangendo a mesma as faces ativa e passiva, vale dizer, o direito de votar e ser votado em igualdade de condições com os demais.

Encontra-se ultrapassada a idéia de que os direitos seriam absolutos; hodiernamente, compreende-se a relatividade dos mesmos, reconhecendo-se a íntima correlação do poder com a ordem jurídica, sempre com o fim precípua de resguardar os interesses alheios. Assim, ocorrerá o abuso do poder sempre que a atividade exercida pelo agente apresentar-se formalmente amparada pelo direito, mas o seu exercício almejar fim diverso daquele previsto e amparado pela norma.

Especificamente no âmbito do procedimento eletivo, identificar-se-á o ato abusivo sempre que alguém, ao exercer o seu direito, prejudicar o direito de igualdade de todos no pleito, afetando sua normalidade e legitimidade. Neste caso, quando alguém exerce seu direito e não observa o dever jurídico de preservar o direito alheio, vindo a prejudicá-lo, encontra-se presente um conflito de direitos; o qual somente será contornado a partir da identificação de um ponto de equilíbrio, considerando-se abusivos todos os atos que venham a exorbitá-lo, pois eivados de potencialidade para infirmar a igualdade entre os concorrentes ao pleito.

2. PRINCÍPIO DA POTENCIALIDADE. Os atos que transbordem a igualdade e que tenham potencialidade para afetar a normalidade e a legitimidade das eleições devem ser severamente coibidos, garantindo-se sempre uma representatividade idônea. Para que seja identificada a potencialidade do ato, é despicienda a apresentação de cálculos aritméticos que venham a refletir diferença quantitativa de votos em favor de quem os praticou; ou mesmo a demonstração de relação de causa e efeito entre o ato e o resultado do pleito. Pelo contrário, bastará que o ato, analisado em si e

sob a ótica da conjuntura em que foi praticado, denote ser potencialmente daninho à legitimidade do pleito, sendo apto a influir sobre a vontade popular. Desta forma, prebendas de nenhum ou de insignificante valor, inobstante ilícitas e imorais, não terão aptidão para deflagrar as medidas elencadas nos capítulos subseqüentes. Esta interpretação afigura-se consentânea com o disposto no art. 14, § 9º, da CR/88, sendo a que melhor se afeição à sistemática legal. Também exigindo a potencialidade do ato: TSE, REsp. nº 11.841, j. em 17.05.94, rel. Min. **Torquato Jardim**, *RJTSE* vol. 6, nº 3, p. 136 e RO nº 10, j. em 02.10.97, rel. Min. **Maurício Corrêa**, *RJTSE* vol. 9, nº 4, p. 11.

3. PRINCÍPIO DA IMPERSONALIDADE. Considerando que a coibição do abuso de poder objetiva garantir a normalidade das eleições, aquele que ascenda ao poder em detrimento da igualdade que deve existir entre os concorrentes não ostentará um mandato legítimo, eis que em dissonância com a vontade popular. Sendo a legitimidade do mandato o fim último da democracia, o beneficiário do ato abusivo, ainda que não tenha participado da consecução do mesmo, arcará com suas conseqüências para recompor a normalidade do procedimento eletivo. O ordenamento pátrio não agasalha o princípio da personalidade, punindo tanto o praticante quanto o beneficiário do ato (art. 22, XIV, da LC 64/90); resguardando-se, em qualquer caso, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CR/88). O TSE decidiu no mesmo sentido no REsp. nº 12.030, j. em 16.09.91, rel. Min. **Sepúlveda Pertence** e no REsp. nº 11.841, j. em 17.05.94, rel. Min. **Torquato Jardim**, *RJTSE* vol. 6, nº 3, p. 136.

4. DA CASUÍSTICA. À guisa de ilustração, são elencadas algumas situações que, em tese, a depender da potencialidade, podem caracterizar o abuso de poder, *verbis*: **a)** veiculação de propaganda por emissora irregular (art. 22 da LC 64/90); **b)** violação ao princípio da impessoalidade (art. 37, § 1º, da CR/88); **c)** utilização indevida de transportes nas eleições (Lei 6.091/74); **d)** violação ao disposto nos arts. 73 *usque* 77 da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições); **e)** realização de gastos eleitorais em montante superior ao declarado (art. 25 da Lei 9.504/97).

Em reiteradas oportunidades, o Tribunal Superior Eleitoral tem sido instado a se pronunciar sobre situações fáticas caracterizadoras do abuso de poder. São relacionadas abaixo algumas decisões que reconheceram a abusividade de determinados atos e outras em sentido negativo.

Atos configuradores do abuso de poder: **a)** “Consustancia abuso de autoridade a utilização do serviço gráfico do Senado Federal em confecção de calendários contendo a imagem do parlamentar e que tenham sido enviados aos cidadãos do Estado no qual possui o domicílio eleitoral, ocorrendo a remessa em pleno ano destinado a eleições” (Caso Humberto Lucena, RO nº 12.244, j. em 13.09.94, rel. Min. **Marco Aurélio**, *RJTSE* vol. 7, nº 1, p. 251); **b)** “Admitidas como contundentes e robustas as provas do cometimento de abuso de poder de autoridade quando da utilização de dinheiro público para propaganda pessoal e de seu marido; demonstrada, ademais, a infringência de dispositivo constitucional - CF/88, art. 37, § 1º - (RO nº 9.104, j. em 05.03.91, rel. Min. **Bueno de Souza**, *RJTSE* vol. 3, nº 3, p. 018); **c)** “1. Abuso de poder econômico: utilização indevida de meios de comunicação social (LC 64/90, art. 22). 2. Propaganda de curso gratuito ministrado por deputado estadual candidato à reeleição em recinto da própria Assembléia; propaganda eleitoral de configuração gráfica análoga à do curso. Inelegibilidade.” (RO nº 9.356, j. em 21.03.96, rel. Min. **Torquato Jardim**, *RJTSE* vol. 8, nº 1, p. 131); **d)** “Abuso de poder econômico e de meios de comunicação social na propaganda eleitoral (Const., art. 14, § 10; LC 64/90, art. 22)” ... “A prova consistente como firmada pelo aresto recorrido bem revela o abuso de poder econômico e o uso indevido do Jornal de propriedade dos

recorrentes para fins de propaganda eleitoral.” (RO nº 11.925, j. em 14.03.96, rel. Min. **Torquato Jardim**, *RJTSE* vol. 8, nº 1, p. 156); e) “Abuso de poder econômico e utilização indevida de meios de comunicação social (LC 64/90, art. 22). 2. Tais ações ilícitas ficam caracterizadas quando o candidato, durante o período da propaganda eleitoral, e com recursos próprios, publica e divulga livro de sua autoria versando matéria pertinente à campanha eleitoral, e mediante ‘outdoors’ e anúncios em jornais cujos ‘lay outs’ são coincidentes, na imagem e na mensagem, com os outros ‘outdoors’ e anúncios de sua candidatura a cargo eletivo...” (RO nº 12.394, j. em 05.12.95, rel. Min. **Torquato Jardim**, *RJTSE* vol. 8, nº 1, p. 178); f) Considera-se suficiente à configuração do abuso a produção de cartazes de festas e convites de bailes onde constava o nome do candidato apoiando a realização dos eventos. (RO nº 9.354, j. em 04.05.93, rel. Min. **Torquato Jardim**, *RJTSE* vol. 6, nº 1, p. 532); g) Caracteriza o abuso do poder político a distribuição de dinheiro e a promoção de tratamentos médicos custeados pela máquina administrativa, eis que hábeis a provocar um desequilíbrio no processo de disputa política (REsp. nº 12.577, j. em 02.04.96, rel. Min. **Torquato Jardim**, *RJTSE* vol. 8, nº 1, p. 222).

Atos que não caracterizam o abuso: a) “A mera extemporaneidade da apresentação das contas de campanha à Justiça Eleitoral não se consubstancia em indício suficiente a se presumir a utilização indevida do poder econômico para fins eleitorais (REsp. nº 15.064, j. em 30.09.97, rel. Min. **Maurício Corrêa**, *RJTSE* vol. 9, nº 4, p. 191); b) “Recurso. Propaganda indevida. Abuso de poder econômico. Não caracterização. Ausência de prova de sua interferência no resultado do pleito” (REsp. nº 9.450, j. em 05.10.93, rel. Min. **Diniz de Andrada**, *DJ* de 26. 11.93, p. 25.588); c) Promessa de sorteio de dois aparelhos de rádio na programação da emissora não configura abuso do poder econômico, pois não é meio hábil a promover um desequilíbrio na disputa política (RO nº 10, j. em 02.10.97, rel. Min. **Maurício Corrêa**, *RJTSE* vol. 9, nº 4, p. 11); d) Sorteio de fogão durante a realização de ‘showmício’; fato de insignificante dimensão no cenário da disputa política, sem potencialidade para desigualar os candidatos, não se presta a configurar abuso do poder econômico (RO nº 28, j. em 18.06.96, rel. Min. **Costa Leite**, *RJTSE* vol. 8, nº 2, p. 33).

5. TENTATIVA. A aquisição de bens para distribuição com o intuito de auferir repercussão favorável junto ao eleitorado não configura abuso do poder econômico se a almejada distribuição não chegou a se consumir, permanecendo a conduta apenas no campo da tentativa. Do mesmo modo, não há que se falar em abuso do poder político se o ocupante de cargo na Administração Pública não chegou a utilizar-se da sistemática que encetou junto à mesma, o que não impedirá a apuração de sua responsabilidade, em sede própria, pelos prejuízos porventura causados. Não obstante resulte clara a vontade do agente e eventualmente seja iniciada a execução do ato inquinado de abusivo, inexistirá causa de inelegibilidade se a incompleta concreção deste não apresentar potencialidade para afetar a normalidade do pleito. *In casu*, não é punível o desvalor do móvel do agente, mas tão somente a potencial alteração da situação fática de igualdade dos candidatos. Neste sentido: TSE, REsp. nº 15.161, j. em 16.04.98, rel. Min. **Eduardo Ribeiro**, *DJ* de 08.05.98, p. 69; REsp. nº 15.031, j. em 19.08.97, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, *RJTSE* vol. 9, nº 3, p. 121; REsp. nº 11.519, j. em 14.06.94, rel. Min. **Pádua Ribeiro**, *RJTSE* vol. 6, nº 3, p. 61.

6. RESPONSABILIDADE PENAL. Além de erigir-se como causa de inelegibilidade, o abuso de poder pode acarretar a responsabilidade penal daquele que o praticar. Para a configuração da tipicidade objetiva, afigura-se dispensável que o obrar do agente tenha potencialidade para afetar a normalidade do pleito; pressuposto indispensável à consubstanciação da causa de inelegibilidade. Esta será apurada com

o oferecimento de representação e a instauração de investigação judicial eleitoral, ou mesmo com a ação de impugnação de mandato eletivo; enquanto a persecução penal será deflagrada mediante o ajuizamento de ação penal pública incondicionada (art. 355 do Código Eleitoral - Lei 4.737/65), ou, excepcionalmente, através de ação penal privada subsidiária (art. 5º, LIX, da CR/88). Não se confundem a sanção de inelegibilidade e a pena por crime eleitoral, estando o autor do abuso passível de sofrer ambas (TSE, Acórdão nº 12.526, rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJ de 14.04.92; Acórdão nº 13.221, rel. Min. **Diniz de Andrada**, DJ de 15.04.93; REsp. nº 11.766, rel. Min. **Diniz de Andrada**, DJ de 07.10.94; REsp. nº 11.915, rel. Min. **Flaquer Scartezzini**, DJ de 09.12.94). O Código Eleitoral, em seus arts. 299, 334 e 346 c/c 377, prevê a incriminação de condutas que merecem melhor análise sob a ótica do abuso de poder.

Aquele que oferece vantagem com o fim de obter voto somente responderá pelo crime tipificado no art. 299 do Código Eleitoral se o seu pedido for determinado, possibilitando-se a identificação do eleitor; e condicional, estabelecendo-se estreita correlação entre a vantagem e a almejada obtenção do voto. Ao agente que oferece vantagem de forma indeterminada e incondicional pode ser atribuído o abuso de poder, não o tipo penal. Para que a conduta se subsuma ao tipo e configure causa de inelegibilidade, é imprescindível que estejam presentes os requisitos daquele e a conduta tenha potencialidade para afetar a normalidade do pleito (*v.g.*, oferecimento de vantagens a determinada e substancial parcela do eleitorado em troca do voto). E, ainda, o oferecimento de vantagem pode não acarretar qualquer consequência para o agente, como na hipótese daquele que realiza sorteio de prêmios de reduzido valor econômico em comício, pois o oferecimento é indeterminado e ineficaz para afetar a normalidade da eleição. No mesmo sentido já se pronunciou o TSE: HC nº 283, j. em 11.09.97, rel. Min. **Eduardo Alckmin**; HC nº 299, j. em 26.06.97, rel. Min. **Nílson Naves**; HC nº 323, j. em 02.12.97, rel. Min. **Costa Porto**; REsp. nº 15.110, j. em 23.10.97, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, todos na *RJTSE*, vol. 9, nº 4, respectivamente às pp.41/45, 45/54, 73/76 e 228/230. Sobre a novel Lei 9.840, de 28 de setembro de 1999, *vide* item 18.

A utilização de organização comercial de vendas, distribuição de mercadorias, prêmios e sorteios para propaganda ou aliciamento de eleitores tipifica o crime descrito no art. 334 do Código Eleitoral e, em regra, materializa a causa de inelegibilidade consistente no abuso de poder. Justifica-se a assertiva, pois a simples leitura do tipo denota que a conduta incriminada assumirá proporções aptas a afetar a legitimidade das eleições. No entanto, é plenamente admissível prova em contrário.

O serviço público, inclusive o respectivo prédio e suas dependências, não pode ser utilizado para beneficiar partido ou coligação de caráter político (art. 377 do Código Eleitoral). A infringência deste dispositivo importará na prática do crime tipificado no art. 346 do Código Eleitoral. Tal conduta, que caracteriza nítido abuso do poder político, somente importará em causa de inelegibilidade se apresentar potencialidade para comprometer a normalidade das eleições. A rigidez do dispositivo foi mitigada pelo art. 37, § 3º da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições), tendo sido permitida a veiculação de propaganda eleitoral nas dependências do Poder Legislativo, o que, é importante frisar, não é digno de encômios.

7. MEIOS DE COIBIÇÃO AO ABUSO. Afora o diuturno e imprescindível preparo ético-moral daqueles que almejam exercer a representatividade popular, o que produz nítido efeito profilático, o ordenamento jurídico prevê meios de repressão aos atos que objetivam denegrir a legitimidade do pleito, com o conseqüente comprometimento da representatividade que pretendem auferir os candidatos.

Cada um dos meios de repressão é passível de ser utilizado durante as fases próprias do procedimento eletivo, sempre com o desiderato final de garantir a lisura do pleito. Consoante clássica divisão, bem exposta por JOEL J. CÂNDIDO (*Direito Eleitoral Brasileiro*, 7ª ed., Edipro, p. 125), o procedimento eletivo desenvolve-se em quatro fases distintas. Inicia-se por uma fase preparatória, a qual abrange as convenções partidárias, o registro dos candidatos, a propaganda eleitoral e as medidas que antecedem a votação e a apuração. Posteriormente, são identificadas as fases de votação, apuração e diplomação.

Anteriormente à eleição, podem ser utilizadas a ação de impugnação ao registro e a investigação judicial eleitoral; esta, em determinadas hipóteses, pode ser instaurada antes mesmo do pedido de registro até a diplomação; e aquela, no prazo para impugnação ao registro. Posteriormente à eleição, são passíveis de utilização o recurso contra a diplomação e a ação de impugnação de mandato eletivo, a qual relegou o uso daquele a plano secundário, já que possui prazo mais dilatado para ajuizamento, independe de prova pré-constituída e atingirá os mesmos efeitos práticos. Nos capítulos subseqüentes, serão estudados cada um dos meios disponíveis para se coibir o abuso de poder, sendo minuciosamente analisada a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, pois, além de ser a mais alta corte especializada em tal matéria, encontra-se autorizada por lei a emitir comandos com força normativa (arts. 1º, parágrafo único e 23, IX, do CE) equivalente à lei ordinária (TSE, Recurso nº 1.943, BE 13/16).

II. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AO REGISTRO

8. INTRODUÇÃO. Escolhidos os candidatos em potencial nas convenções partidárias, devem os partidos ou coligações encaminhar requerimento de registro das candidaturas à Justiça Eleitoral, o qual deve ser instruído com os documentos elencados no art. 11, §1º, da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições). No processo de registro, será analisada a presença das condições (*rectius*: requisitos) de elegibilidade dos candidatos, das causas de inelegibilidade e eventuais incompatibilidades.

Para que um cidadão que esteja no pleno gozo de seus direitos políticos possa candidatar-se a determinado cargo eletivo, é necessário que preencha certos requisitos, *v.g.*, domicílio eleitoral na circunscrição. Tais requisitos recebem a denominação de condições de elegibilidade (art. 14, § 3º, da CR/88). Incompatibilidades são restrições de natureza administrativa que erigem-se como óbice ao deferimento do registro ou ao exercício do mandato, sendo afastadas pela oportuna desincompatibilização. Causas de inelegibilidade, por sua vez, na lição do Min. **Moreira Alves**, “são impedimentos que, se não afastados por quem preencha os pressupostos de elegibilidade, lhe obstam concorrer a eleições, ou – se supervenientes ao registro ou de natureza constitucional – servem de fundamento à impugnação de sua diplomação, se eleito.” (*Estudos de Direito Público em Homenagem a Aliomar Baleeiro*, Ed. Universidade de Brasília, 1ª ed., p. 228).

Aqueles que tenham praticado atos de abuso do poder econômico ou político devidamente apurados em processo com sentença transitada em julgado são inelegíveis, respectivamente, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes à eleição em que se verificou o abuso ou, conforme o caso, naquelas que se realizarem no tríduo posterior ao término de seu mandato ou do período de sua permanência no cargo (art. 1º, I, “d” e “h” da LC 64/90). Presentes tais causas de inelegibilidade, as mesmas devem ser suscitadas por intermédio da ação de impugnação ao registro.

9. PRAZO. PRECLUSÃO. Nos 5 (cinco) dias subsequentes à publicação do pedido de registro dos candidatos na imprensa ou na sede do órgão jurisdicional, podem os legitimados impugná-lo em petição fundamentada (art. 3º, *caput*, da LC 64/90). Quaisquer causas de inelegibilidade preexistentes ao pedido de registro devem ser suscitadas nesta fase preparatória ao pleito, importando a inércia em perda da faculdade de impugnação, com a conseqüente preclusão da matéria (TSE, AI nº 968, j. em 18.11.97, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, *RJTSE* vol. 9, nº 4, pp. 93/96).

Não são alcançadas pela preclusão as inelegibilidades supervenientes, já que não valoradas por ocasião do registro; e as de natureza constitucional (arts. 223 e 259 do Código Eleitoral), sendo ambas passíveis de análise em fase ulterior do procedimento eletivo (TSE, Acórdão nº 11.934, j. em 30.04.91, rel. Min. **Hugo Gueiros**), *v.g.*, por ocasião da diplomação. Fatos preteritamente ocorridos e ulteriormente conhecidos não são considerados fatos supervenientes, não sendo possível a retroação de uma das fases do procedimento eletivo em virtude da desídia do interessado em perquiri-los e suscitá-los. A título de ilustração, pode-se dizer que a inelegibilidade decorrente de parentesco (art. 14, § 7º, da CR/88) e a ausência de condição de elegibilidade consistente no domicílio eleitoral na circunscrição (art. 14, § 3º, IV, da CR/88 – TSE, REsp. nº 14.992, j. em 16.10.97, rel. Min. **Nilson Naves**, *RJTSE* vol. 9, nº 4, p. 149) poderão ser posteriormente argüidas; o mesmo não ocorrendo com as causas de inelegibilidade advindas de abuso do poder econômico ou político, cuja disciplina é tão somente remetida pela Constituição à lei complementar (art. 14, § 9º, da CR/88), não tendo natureza constitucional.

Para que os atos caracterizadores de abuso de poder pretéritos ao pedido de registro e que ainda não tenham sido objeto de apreciação judicial não venham a ser alcançados pela preclusão, é imprescindível que, antes de expirar o prazo de impugnação ao registro, seja oferecida representação para instauração de investigação judicial. Esta interpretação preserva a lisura do pleito e garante a harmonia entre o evoluir das fases do procedimento eletivo e a indispensável valoração de todos os atos passíveis de conturbá-lo.

10. COMPETÊNCIA. As ações de impugnação ao registro são julgadas pela Justiça Eleitoral (arts. 22, I, “a”; 29, I, “a” e 35, XII, todos do Código Eleitoral). Nas eleições municipais, os Juízes Eleitorais terão competência para apreciá-las. Os Tribunais Regionais Eleitorais, nas eleições gerais (Senador, Governador, Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital); e o Tribunal Superior Eleitoral, nas eleições presidenciais.

11. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. O Ministério Público e qualquer candidato, partido político ou coligação têm legitimidade para ajuizar a ação de impugnação ao registro de candidato (art. 3º, *caput*, da LC 64/90), sendo que a impugnação por parte destes não afasta a ação do Ministério Público no mesmo sentido (art. 3º, § 1º, da LC 64/90).

Em havendo coligação, deve-se atentar para o fato de que os partidos que a integram perdem parte de sua individualidade na eleição para a qual estejam coligados, devendo a coligação funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários (art. 6º, § 1º, da Lei 9.504/97). Um partido coligado, assim, não terá legitimidade para, isoladamente, ajuizar a ação de impugnação.

Em rigor formal, somente seria possível falar-se em candidato após o deferimento do pedido de registro da candidatura. Aqueles que pleiteiam o registro ainda não são candidatos, logo, salvo nas reduzidas hipóteses de registro tardio (art. 13 da Lei 9.504/97), não haveria possibilidade de impugnação por outrem que não o Ministério Público, os partidos políticos e as coligações. Entendemos, no entanto, que esta interpretação não

preserva a *ratio* da lei. Ao falar em candidato (art. 3º, *caput*, da LC 64/90), pretendeu o legislador referir-se àqueles que concorreriam às eleições, acaso tivessem seu registro de candidato deferido (A favor: JOEL J. CÂNDIDO, *Direito Eleitoral Brasileiro*, 7ª ed., Edipro, pp. 136/137 e TSE, RD nº 324, Acórdão nº 5.698, j. em 07.08.75, rel. Min. **Barros Barreto**, BE 307/114; contra, entendendo não ter legitimidade o pretendente ao registro, FÁVILA RIBEIRO, in *Direito Eleitoral*, Forense, 4ª Edição, p. 240). A imprecisão terminológica do legislador, o qual utilizou o vocábulo candidato com diferentes sentidos na LC 64/90, jamais poderia acarretar a supressão da legitimidade dos que pretendem concorrer ao pleito, devendo ser afastada qualquer interpretação que conduza à ineficácia da norma. Na lição de CARLOS MAXIMILIANO, “a linguagem, embora perfeita na aparência, pode ser inexata; não raro, aplicados a um texto, lúcido à primeira vista, outros elementos de interpretação conduzem a resultado diverso do obtido com o só emprego do processo filológico.” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 18ª Edição, Forense, p. 113).

Aquele que pleiteia o registro para concorrer a determinado cargo eletivo tem legitimidade para ajuizar a ação de impugnação contra os demais que requereram o registro, ainda que venham a concorrer para outros cargos, sendo desinfluyente o fato de participarem de eleições distintas (v.g., majoritária e proporcional; presidencial e municipal). Inexistindo limitação legal, esta interpretação deve prevalecer, sendo vislumbrado o interesse processual no desiderato final de garantir a lisura do pleito.

Encontra-se impedido de ajuizar a ação o representante do Ministério Público que, nos 4 (quatro) anos anteriores, tenha disputado cargo eletivo, integrado Diretório de partido ou exercido atividade político-partidária (art. 3º, § 2º, da LC 64/90). Salvo os casos expressos em lei, aos membros do Ministério Público é vedado exercer atividade político-partidária (art. 128, § 5º, II, “e” da CR/88), como tal sendo considerada a filiação partidária (TSE, REsp. nº 8.139 – MG, Acórdão nº 10.752, j. em 8.6.89, DJ nº 107, de 8.6.89, p. 10.044, rel. Min. **Bueno de Souza**). Forte em tal ressalva, o legislador infraconstitucional permitiu aos membros do Ministério Público a filiação a partido político (art. 44, V, da Lei 8.625/93); no entanto, vedou-lhes o exercício de funções eleitorais até dois anos do seu cancelamento (art. 80 da LC 75/93).

Embasando-se neste preceptivo legal (art. 80 da LC 75/93), JOEL J. CÂNDIDO (*op. cit.*, pp. 75/76) sustenta a derrogação do lapso constante do art. 3º, § 2º, da LC 64/90, o qual prevê o impedimento absoluto do representante do Ministério Público para impugnar o registro de candidato quando, nos 4 (quatro) anos anteriores, tenha disputado cargo eletivo, integrado diretório de partido ou exercido atividade político-partidária. Aduz que os dispositivos têm o mesmo grau hierárquico (lei complementar) e os fatos impeditivos previstos na LC 64/90, em suma, exaurem-se na filiação partidária, a qual foi vedada pelo art. 80 da LC 75/93 para o exercício das funções eleitorais nos dois anos posteriores à sua cessação. Desta forma, em consonância com este preceito, o período de impedimento, que era de quatro, passou a ser de dois anos a contar do cancelamento da filiação.

Com a máxima vênia do consagrado doutrinador, com ele não concordamos. O art. 80 da LC 75/93 estabelece impedimento ao exercício da função eleitoral, enquanto o art. 3º, § 2º, da LC 64/90 limita-se a estabelecer impedimento ao exercício de determinada parcela da referida função na fase preparatória do procedimento eletivo, qual seja, o manejo da ação de impugnação ao registro de candidato. O art. 80 da LC 75/93 é norma geral; já o art. 3º, § 2º, da LC 64/90 tem nítido caráter especial, devendo-se concluir que *lex generalis specialis non derogat*. Tratando-se de dispositivo de natureza restritiva, a interpretação do art. 3º, § 2º, da LC 64/90 não

pode acarretar a ampliação de seus efeitos para hipóteses ali não previstas, *v.g.*, para a ação de impugnação de mandado eletivo (art. 22, XV, da LC 64/90), o que reforça o argumento de sua especialidade. O TSE rende observância ao prazo de 4 (quatro) anos de impedimento (Resolução nº 20.100, j. em 26.02.98, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, art. 22, § 3º). Cumpre ressaltar não serem ignorados os inconvenientes de ordem prática que tal entendimento pode acarretar, pois não é difícil prever a situação do representante do Ministério Público que exerça funções eleitorais e há mais de dois e menos de quatro anos fora filiado a partido político, estando impossibilitado de ajuizar a ação de impugnação. No entanto, não se pode olvidar a axiologia do sistema para solucionar dificuldades de ordem prática advindas de sua correta aplicação.

Ainda sob a ótica da legitimidade, deve ser analisada a possibilidade de o eleitor ajuizar a ação de impugnação ao registro. É certo que todo o Poder emana do povo, sendo direito do eleitor zelar pela lisura do pleito. No entanto, não menos certo é o fato de que a legitimidade deve encontrar esteio na lei; e esta, além de não prever a possibilidade de o eleitor ajuizar a ação de impugnação como substituto processual de toda a coletividade (art. 6º do CPC), não o elencou dentre os legitimados para o ajuizamento da mesma (art. 3º, *caput*, da LC 64/90, o qual revogou o art. 97, § 3º, do Código Eleitoral), o que afasta sua legitimidade. Frise-se que esta posição em nada irá comprometer a normalidade do procedimento eletivo, pois, ante a natureza da matéria, deve o órgão jurisdicional conhecer de ofício quaisquer causas de inelegibilidade, inclusive aqueles que lhe sejam comunicadas por algum eleitor.

TITO COSTA (*Recursos em Matéria Eleitoral*, 6ª ed., RT, p. 236) entende que o eleitor, mesmo filiado a partido político, não tem legitimidade. O TSE, através da Resolução nº 20.100 (j. em 26.02.98, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, *RJTSE* vol. 9, nº 3, p. 191/105), pertinente às eleições de 1998, estabeleceu que qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos poderia, no prazo de impugnação, mediante petição fundamentada, dar notícia de inelegibilidade sobre a qual decidiria o Juiz. Note-se que não foi reconhecida a legitimidade do eleitor para o ajuizamento da ação de impugnação, e sim fixado o entendimento de que o órgão jurisdicional pode apreciar quaisquer causas de inelegibilidade passíveis de verificação pela documentação apresentada por aqueles que pleiteiam o registro, ou mesmo mediante informação de qualquer cidadão (art. 41, *caput*, da Resolução nº 20.100).

Tanto aquele que pretende o deferimento do registro como o partido político ou coligação devem figurar no pólo passivo da ação, tratando-se de litisconsórcio passivo necessário. Justifica-se a assertiva, pois a decisão influirá na esfera jurídica de ambos, podendo ser denegado o registro daquele que o pleiteia, bem como restar inacolhido o que foi deliberado na convenção partidária.

12. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. Regulamentando o art. 133 da CR/88, segundo o qual o advogado é indispensável à administração da Justiça, estatuiu o legislador ordinário ser atividade privativa de advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais (art. 1º, I, da Lei 8.906/94). Em sede de cognição sumária na ADIn nº 1.127-8, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade deste dispositivo legal em 06.10.94, mas concedeu liminar para excluir sua aplicação aos Juizados Especiais, à Justiça do Trabalho e à Justiça de Paz. Desta forma, somente através de advogado poderiam os interessados postular na Justiça Eleitoral, aplicando-se à mesma o disposto no art. 1º, I, da Lei 8.906/94. No mesmo sentido: JOEL J. CÂNDIDO, *op. cit.*, p. 136 e TITO COSTA, *op. cit.*, p. 66/67.

Não obstante isto, em reiteradas oportunidades tem o Tribunal Superior Eleitoral decidido ser dispensável a representação por advogado nas impugnações de registro deduzidas perante o Juiz Eleitoral, já que os candidatos, partidos políticos e coligações teriam capacidade postulatória em primeira instância. Assim decidiu no REsp. nº 13.389, j. em 27.11.96, rel. Min. **Francisco Rezek**, PSESS de 27.11.96, *in verbis*: “Recurso Especial. Registro de Candidato. Impugnação. Representação por advogado. Sanção de inelegibilidade. Decurso de prazo. Desnecessidade em impugnação perante o Juiz Eleitoral, da parte ser representada por advogado. Transcorridos os cinco dias previstos no art. 1º, “g”, da LC 64/90, afastada está a inelegibilidade. Recurso não conhecido.” No mesmo sentido: REsp. nº 5.345, j. em 1.10.82, rel. Min. **José Villela**, BEL vol. 376, Tomo 1, p. 645; REsp. nº 13.952, j. em 01.10.96, rel. Min. **Nilson Naves**, PSESS de 01.10.96. Somente as impugnações deduzidas perante os Tribunais, ou mesmo os recursos aos mesmos endereçados, devem ser subscritos por advogados, isto sob pena de não conhecimento da impugnação ou da irresignação (REsp. nº 12.832, j. em 26.08.96, rel. Min. **Nilson Naves**, PSESS de 26.08.96; e REsp. nº 8.604, j. em 10.10.89, rel. Min. **Villas Boas**, BEL vol. 466, p. 662).

13. PROVA. Em consonância com o art. 3º, § 3º da LC 64/90, devem ser especificados na petição inicial da ação de impugnação ao registro de candidato os meios de prova com que o impugnante pretende provar a veracidade do alegado. Não obstante isto, convém esclarecer que as causas de inelegibilidade previstas no art. 1º, I, alíneas “d” e “h” (abuso do poder), conforme ressalta de seu próprio texto, pressupõem sentença transitada em julgado proferida em processo no qual tenha sido garantido o contraditório e a ampla defesa do demandado (art. 5º, LV, da CR/88). Tratando-se de norma de direito estrito, é incabível qualquer interpretação que elasteça o seu conteúdo, impondo-se a interpretação conjunta da regra insculpida no art. 22, XIV, da LC 64/90 e das causas de inelegibilidade previstas no art. 1º, I, alíneas “d” e “h”, do mesmo diploma legal. Desta forma, é injurídico suscitar nesta fase do processo eletivo referidas causas de inelegibilidade sem que as mesmas tenham sido apreciadas em investigação judicial eleitoral (art. 22 da LC 64/90). No mesmo norte pronunciou-se o TSE, *in verbis*: “Registro de candidatura. Impugnação com fundamento em ato de abuso do poder econômico. Fato a ser apurado em processo específico. Inépcia da inicial. Recurso a que se nega provimento” (RO nº 100, j. em 2.9.98, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, PSESS 2.9.98). No mesmo sentido: RO nº 12.085, j. em 5.8.94, rel. Min. **Pádua Ribeiro**; RO nº 93, j. em 3.9.98, rel. des. Min. **Neri da Silveira**; e RO nº 92, j. em 4.9.98, rel. Min. **Eduardo Alckmin**. Assim, a impugnação fundada em abuso de poder deve ser instruída com prova pré-constituída, qual seja, decisão da Justiça Eleitoral proferida em investigação judicial transitada em julgado (RO nº 8.968, j. em 31.8.90, rel. Min. **Célio Borja**, RJTSE vol. 2, nº 3, p. 111).

14. PROCEDIMENTO. A ação de impugnação ao registro de candidato tem seu rito disciplinado nos arts. 3º *usque* 9º da LC 64/90. Encerrado o prazo para impugnações, será notificado (*rectius*: citado) o candidato impugnado (*rectius*: aquele que pleiteia o registro), o partido político ou a coligação, os quais terão o prazo de 7 (sete) dias para apresentar contestação, ocasião em que serão apresentadas as provas de que dispõem, podendo protestar pela produção de outras. Em que pese a omissão da lei, é plenamente admissível o oferecimento de exceção (arts. 297 e 304 do CPC; e art. 28, §§ 2º e 3º, do Código Eleitoral). O Ministério Público deve ser necessariamente intimado para acompanhar o feito (art. 127 da CR/88 e arts. 82, III, 83, I e 246 do CPC). Decorrido o prazo para resposta, com ou sem ela, versando o feito sobre

matéria unicamente de direito, deve o órgão jurisdicional, após pronunciamento do Ministério Público, julgar antecipadamente a lide (art. 330, I e II do CPC). Não se tratando unicamente de matéria de direito e sendo relevante a prova requerida, nos 4 (quatro) dias posteriores deve ser produzida, em assentada única, a prova oral pleiteada. Nos 5 (cinco) dias subseqüentes serão realizadas as últimas diligências, de ofício ou a requerimento das partes, sendo permitida neste prazo a inquirição de testemunhas referidas. Encerrada a instrução, as partes e o Ministério Público terão o prazo comum de 5 (cinco) dias para alegações finais, permanecendo os autos em cartório. No dia imediato ao encerramento do prazo para alegações, os autos serão conclusos ao juiz, ou ao relator, para sentença, ou julgamento pelo Tribunal.

Nas impugnações ao pedido de registro de candidatos a eleições municipais, o Juiz Eleitoral apresentará a sentença em cartório 3 (três) dias após a conclusão dos autos, passando a correr deste momento o prazo para interposição de recursos para o Tribunal Regional Eleitoral (art. 8º da LC 64/90). Caso a sentença seja entregue em cartório antes dos 3 (três) dias contados da conclusão ao Juiz, o prazo para o recurso ordinário, salvo intimação pessoal anterior, só se conta do termo final daquele tríduo (Súmula nº 10 do TSE). Apresentada a sentença posteriormente ao decurso do tríduo legal, o prazo para recurso começará a fluir após a publicação da mesma por edital, em Cartório (art. 9º, *caput*, da LC 64/90). O ajuizamento da ação de impugnação ao registro com fundamento no abuso de poder de forma temerária ou de manifesta má-fé ensejará a responsabilidade penal do autor, o qual estará sujeito às penas previstas no art. 25 da LC 64/90.

15. INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Não rendendo-se ao disposto no art. 41, IV, da Lei 8.625/93 e no art. 18, II, "h", da LC 75/93, segundo os quais o Ministério Público será pessoalmente intimado de todos os atos processuais com entrega dos autos, o TSE vem consolidando sua jurisprudência no sentido de que nos pedidos de registro de candidatura (e também na investigação judicial eleitoral) é "dispensável" a intimação pessoal do Ministério Público. Assenta seu entendimento no art. 16 da LC 64/90, o qual dispõe que os prazos previstos nos arts. 3º e ss. da referida lei correm em Secretaria ou Cartório, sendo norma especial em relação à estabelecida na Lei Orgânica do Ministério Público (REsp. nº 13.743, j. em 02.10.96, rel. Min. **Eduardo Ribeiro**, *RJTSE* vol. 8, nº 3, p. 192 e RO nº 89, j. em 04.03.99, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, *DJ* de 26.03.99, p. 63).

Tal posição, embasada na aceção de indispensável celeridade do procedimento, em muito dificultará a atuação de uma Instituição que zela pela democracia e presta incomensuráveis benefícios à moralidade, correção e legitimidade das eleições. Com o máximo respeito e admiração que merece o Tribunal Superior Eleitoral, à lei deveria ser dispensada interpretação consentânea com a realidade. A não organização de carreiras específicas da Magistratura e do Ministério Público para atuar em matéria eleitoral torna inafastável o acúmulo de funções, o que não condiz com a importância e magnitude do procedimento eletivo, consectário lógico e razão de ser da própria democracia. No caso específico do Ministério Público, tal realidade apresenta contornos mais distorcidos, já que, em grande parte dos Estados membros da Federação, a Instituição ainda não dispõe de suporte administrativo suficiente ao suprimento de suas necessidades, o que faz com que o Promotor de Justiça, órgão de atuação em primeira instância, se desdobre em vários para cumprir suas múltiplas obrigações, inclusive secretariar a si próprio. Desta forma, como esperar que possa acompanhar as publicações da imprensa oficial ou mesmo as vicissitudes do feito na serventia eleitoral? Deve-se acrescentar que a prioridade estabelecida para os feitos eleitorais no período compreendido entre o registro das candidaturas até 5 (cinco)

dias depois das eleições (art. 94, *caput*, da Lei 9.504/97) também não tem o condão de alterar a realidade, máxime por comportar exceções (processos de *habeas corpus*, mandado de segurança e aqueles afeitos à infância e juventude – art. 4º da Lei 8.069/90 e art. 227 da CR/88). Dificuldades à parte e parafraseando CALAMANDREI, pode-se dizer que o Ministério Público ainda é jovem, e a juventude nunca é nostálgica, pois tem diante de si o futuro.

É relevante ressaltar que a LC 75/93 é posterior à LC 64/90, sendo certo que estabelece norma específica com relação à intimação dos membros do Ministério Público, logo, derogou a norma genérica prevista no art. 16 da LC 64/90, a qual somente seria passível de aplicação aos demais interessados. E, ainda, não é demais lembrar que o art. 16 da LC 64/90 sequer faz referência ao Ministério Público, o que reforça a assertiva de que não poderia ser desconsiderada a prerrogativa prevista na norma especial. Como se vê, o TSE também firmou parâmetros diversos para a identificação da norma geral e da norma especial, o que deve ser revisto. Em outro passo, sem adentrar na discussão pertinente à aplicabilidade da LC 75/93, o TSE anulou processo por não ter sido o Ministério Público “devidamente intimado” para acompanhar impugnação ao registro de candidato, tendo fundamentado a *decisum* no disposto nos arts. 246, parágrafo único, do CPC e 127 da CR/88 (REsp. nº 13.121, j. em 23.09.96, rel. Min. **Nílson Naves**, *RJTSE* vol. 8, nº 2, pp. 325/327); posição esta que entendemos ser correta, eis que consentânea com o espírito e a letra da lei.

16. EFEITOS. Julgada procedente a pretensão deduzida na ação de impugnação ao registro, aquele que o pleiteou terá sua candidatura negada. Acaso julgada inicialmente improcedente a impugnação, será deferido o registro àquele que o requereu, sendo-lhe permitido participar das ulteriores fases do procedimento eletivo. No entanto, julgados os recursos interpostos, a procedência definitiva da impugnação cancelará o registro; se o candidato já estiver diplomado quando do trânsito em julgado da decisão proferida na ação de impugnação, será declarada a nulidade do registro, dos votos obtidos e da diplomação, havendo impossibilidade de início ou continuidade do exercício do mandato. Desta forma, inexistirá interesse para interposição de recurso contra a diplomação ante a presença de irregularidade no registro da candidatura quando o deferimento deste estiver pendente de provimento final, isto por força do disposto no art. 261, § 5º, do CE. No mesmo sentido: TSE, RD nº 484, j. em 30.03.95, rel. Min. **Ilmar Galvão**, *DJ* de 12.05.95, p. 12.036.

Interpretando o disposto no art. 15 da LC 64/90, segundo o qual as decisões que declarem a inelegibilidade de candidato somente acarretarão a negação ou o cancelamento do registro após o trânsito em julgado, entendeu o TSE que recurso extraordinário interposto contra decisão sua que indeferira o registro de candidato não obsta o cancelamento do registro, ante a imediatidade dos efeitos das decisões da Justiça Eleitoral (AGREG nº 36, j. em 26.06.97, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, *RJTSE* vol. 9, nº 4, p. 13). Para participar do pleito é indispensável que haja registro deferido (art. 87 do CE), incidindo o art. 15 no caso de indeferimento deste em sede recursal. O indeferimento inicial do registro, mantido pelo órgão *ad quem*, impede a participação no pleito, o que não é ilidido pelo referido artigo (REsp. nº 14.854, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, *RJTSE* vol. 9, nº 2, p. 228), inexistindo efeito suspensivo da condição de inelegível.

17. RECURSOS. As decisões dos Juízes Eleitorais são passíveis de impugnação mediante recurso inominado (*rectius*: recurso ordinário) dirigido ao Tribunal Regional Eleitoral, com possibilidade de ulterior recurso especial para o Tribunal Superior Eleitoral. Das decisões do Tribunal Regional Eleitoral caberá recurso ordinário para o

Tribunal Superior Eleitoral. Os processos julgados originariamente por este não serão passíveis de reexame por outro tribunal, ressalvando-se a possibilidade de recurso extraordinário, sempre cabível quando estiverem presentes os seus pressupostos específicos. Não obstante a omissão do Código Eleitoral com relação às decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais de primeira instância (art. 275), podem ser opostos embargos de declaração contra todas as decisões da Justiça Eleitoral, o que é consectário lógico do próprio direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CR/88). Em virtude da exigüidade dos prazos recursais, o TSE tem firmado sua jurisprudência no sentido de que os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos, não obstante ser expresso o art. 275, § 4º, do CE no sentido que tão somente o suspendem (REsp. nº 12.071, j. em 08.08.94, rel. Min. **Marco Aurélio**, PSESS de 08.08.94, p. 1). Os recursos devem ser interpostos no prazo de 3 (três) dias a contar da publicação, ou da intimação, quer seja da parte ou de seu procurador (art. 258 do Código Eleitoral).

Interposto recurso perante o Juiz Eleitoral, independente de despacho, fluirá em cartório, a partir da respectiva protocolização, o prazo de 3 (três) dias para contra-razões, inclusive para o Ministério Público. Decorrido o prazo para apresentação das contra-razões, os autos serão imediatamente remetidos ao Tribunal Regional Eleitoral (art. 8º, § 2º, da LC 64/90). Recebidos os autos na Secretaria do Tribunal, no mesmo dia serão encaminhados ao Presidente, e deste para o relator, o qual determinará a abertura de vista ao Procurador-Regional pelo prazo de 2 (dois) dias (art. 10, *caput*, da LC 64/90). Findo o prazo, com ou sem parecer, em 3 (três) dias os autos serão apresentados em mesa para julgamento, independentemente de publicação em pauta (art. 10, parágrafo único, da LC 64/90). Julgado o feito, a partir da sessão de leitura e publicação do acórdão começará a correr o prazo para interposição de recurso para o Tribunal Superior Eleitoral (art. 11 da LC 64/90). Trata-se de recurso especial e não ordinário como se poderia concluir ante a falta de precisão do preceptivo legal (TSE, REsp. nº 11.629, j. em 8.9.94, rel. Min. **Pádua Ribeiro**, *RJTSE* vol. 7, nº 1, p. 138).

Tratando-se de pedido de registro julgado originariamente pelo Tribunal Regional Eleitoral, será observado o disposto no art. 13, *caput*, da LC 64/90. Do julgado caberá recurso ordinário para o Tribunal Superior Eleitoral (art. 13, parágrafo único, da LC 64/90). Nas eleições presidenciais o processo de registro será julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral, o qual, salvo nas hipóteses do art. 121, § 3º, da CR/88, proferirá decisão que não será passível de reexame por outro tribunal. O recurso de embargos infringentes é incabível no âmbito da Justiça Eleitoral (TSE-BE 153/315), o que é justificável, já que as decisões dos Tribunais Eleitorais são sempre proferidas pelo plenário (art. 19 do CE), não havendo motivação lógica para que o mesmo órgão, com os mesmos componentes, reaprecie a mesma matéria.

Em razão da preclusão, deve-se acrescentar que “no processo de registro de candidatos, o partido que não o impugnou não tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferiu, salvo se se cuidar de matéria constitucional” (Súmula nº 11 do TSE). É oportuno esclarecer que tal enunciado não se estende ao Ministério Público, o qual, por destinação constitucional, zela pelas Instituições Democráticas de Direito (art. 127, *caput*, CR/88). Desta forma, ainda que não tenha ajuizado a ação de impugnação de registro, atuará o Ministério Público como órgão interveniente e zelará pela correta aplicação da lei e da Constituição, tendo interesse e legitimidade para recorrer da decisão proferida (art. 499, § 2º, do CPC). No mesmo sentido pronunciou-se o TSE no Acórdão nº 12.371, REsp. nº 9.611, j. em 27.08.92, rel. Min. **Carlos Velloso**, *RJTSE* vol. 4, nº 4, p.124.

III. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL

18. INTRODUÇÃO. A investigação judicial eleitoral disciplinada nos arts. 19 e ss da LC 64/90 visa apurar e coibir o uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social em favor de candidato ou partido político, em detrimento da normalidade e legitimidade das eleições. A investigação é iniciada mediante representação oferecida por qualquer dos legitimados, podendo atingir dois objetivos distintos: **a)** acarretar a cassação do registro do candidato beneficiário do ato abusivo e a declaração de inelegibilidade do mesmo e dos que contribuíram para a prática do ato, ou apenas esta em determinadas hipóteses; **b)** servir de prova pré-constituída para a interposição do recurso contra a diplomação ou para o ajuizamento da ação de impugnação de mandato eletivo.

Ainda que o obrar do agente não tenha potencialidade para afetar a normalidade das eleições, a investigação judicial pode ser instaurada para apurar a existência de promessa ou efetiva entrega de dádivas ao eleitor com o fim de obter-lhe o voto, podendo consistir em vantagens de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública – excluindo-se os gastos eleitorais previstos em lei (art. 26 da Lei 9.504/97). Neste caso, a investigação é passível de ser instaurada desde o registro da candidatura até a data da eleição, podendo acarretar a aplicação de multa e a cassação do registro ou do diploma. Isto deflui do art. 1º da Lei 9.840, de 28 de setembro de 1999, o qual inseriu o art. 41-A na Lei 9.504/97 (Lei das Eleições). Tal inovação, motivada por projeto de lei de iniciativa popular, tem o mérito de coibir atos ilícitos não abrangidos pelo art. 22 da LC 64/90, eis que destituídos de potencialidade para influir no pleito, destinando-se, em essência, a aferir a moralidade dos atos daqueles que pretendem ser destinatários da representatividade popular. No entanto, não devem ser olvidadas as seguintes peculiaridades: **a)** o termo final para o oferecimento da representação é distinto daquele sustentado no item 21; **b)** a procedência da representação não acarreta a inelegibilidade do candidato, pois esta somente por lei complementar pode ser instituída (art. 14, § 9º, da CR/88), enquanto a Lei 9.840/99 tem natureza ordinária; **c)** a interpretação sistemática dos arts. 41- A da Lei 9.504/97 e 262, IV, do CE com a redação dada pela Lei 9.840/99 denota que a decisão proferida após a apuração não impedirá a diplomação ou acarretará a sua cassação, mas tão somente servirá de prova pré-constituída para o ajuizamento do recurso contra a diplomação, conclusão lamentável e que é robustecida pela remissão ao art. 22 da LC 64/90, o que inclui o seu inciso XV; **d)** a decisão proferida, ainda que não reconheça a potencialidade do ato, pode embasar o ajuizamento da ação de impugnação de mandato, eis que presente a corrupção que esta visa coibir (art. 14, § 10, da CR/88).

19. REPRESENTAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. A representação oferecida com o escopo de deflagrar a investigação judicial eleitoral guarda similitude com o direito de petição assegurado no art. 5º, XXXIV, da CR/88. Justifica-se a assertiva, pois, não obstante seja assegurado o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CR/88), a representação não precisa apresentar pedido certo, já que os efeitos do decisório variarão conforme o momento em que o mesmo seja proferido; e o desiderato maior da investigação judicial é assegurar a lisura do pleito, sendo a representação uma forma de exteriorização da liberdade política, a qual será passível de afetação pelo ato abusivo. Não se identificando com o direito de ação, às rígidas normas deste não deve estrita obediência. Por este motivo já decidiu o TSE, no REsp. nº 15.275, j. em 23.02.99, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, DJ de 19.03.99, não ser *extra petita* (art. 460 do CPC) a decisão que declara a inelegibilidade

do responsável pelo abuso sem que a mesma tenha sido requerida na representação, já que tal efeito decorre da própria lei (art. 22, XIV, da LC 64/90). Em outra oportunidade, decidiu que a “legitimidade estatuída pelo art. 22 da LC 64/90 não confere aos respectivos legitimados a titularidade de pretensão disponível, sendo irrelevante o pedido de desistência” (Resolução nº. 14.928, j. em 1.12.94, rel. Min. **Flaquer Scartezzi**).

20. REPRESENTAÇÃO. TERMO INICIAL PARA OFERECIMENTO. Em consonância com o disposto no art. 1º, I, “h”, da LC 64/90, somente os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional que beneficiarem a si ou a terceiros pelo abuso do poder econômico ou político podem ter contra si ajuizada representação para instauração de investigação judicial anteriormente ao início do procedimento eletivo. Nos demais casos, a representação somente poderá ser ajuizada após o requerimento de registro de candidatura (art. 1º, I, “d”, da LC 64/90). No mesmo sentido: TSE, REsp. nº 13.138, j. em 23.09.96, rel. Min. **Eduardo Ribeiro**.

21. REPRESENTAÇÃO. TERMO FINAL PARA OFERECIMENTO. Correlata ao evoluir do procedimento eletivo, deve-se ter presente a indispensável disponibilização de meios que possam coibir qualquer tipo de abuso que venha afetar sua legitimidade. Com a diplomação, podem os legitimados utilizar-se do recurso contra a mesma e da ação de impugnação de mandato. Até ela, considerando a inexistência de expressa previsão de termo final, deve ser admitido o oferecimento de representação para instauração de investigação judicial; empós, inadmissível será esta. Assim, ainda que ultimadas as fases de votação e apuração, é preservada a harmonia do sistema e coibido o abuso, erva daninha que prolifera com assustadora rapidez pelos verdes campos de nosso País. Analisando a questão, inicialmente entendeu o TSE ser intempestivo o ajuizamento da representação após as eleições (AG em REsp. nº 11.524, j. em 09.11.93, rel. Min. **Torquato Jardim**, *RJTSE* vol. 6, nº 1, p. 234); posteriormente, passou a decidir no sentido acima exposto (REsp. nº 12.531, j. em 18.05.95, rel. Min. **Ilmar Galvão**, *RJTSE* vol. 7, nº 4, p. 290; REsp. nº 11.994, j. em 12.12.95, rel. Min. **Torquato Jardim**, *RJTSE* vol. 8, nº 1, p. 164; REsp. nº 15.263, j. em 25.05.99, rel. Min. **Nelson Jobim**, *DJ* de 11.06.99).

22. COMPETÊNCIA. Serão competentes para conhecer e processar as representações o Corregedor-Geral (nas eleições presidenciais) e o Corregedor-Regional (nas eleições gerais – sendo o investigado candidato a Senador, Governador, Vice-Governador, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital). Encerrada a instrução e elaborado relatório, serão os autos, conforme o caso, remetidos ao Tribunal Superior Eleitoral ou ao Tribunal Regional Eleitoral para julgamento (art. 22, XII, da LC 64/90). Nas eleições municipais, caberá ao Juiz Eleitoral exercer todas as funções atribuídas ao Corregedor-Geral ou Regional (art. 24 da LC 64/90), acrescentando-se que não só irá conhecer e processar as representações, como também irá julgá-las (REsp. nº 12.532, j. em 04.05.95, rel. Min. **Diniz de Andrada**, *RJTSE* vol. 7, nº 2, p. 311 e REsp. nº 11.841, j. em 17.05.94, rel. Min. **Torquato Jardim**, *RJTSE* vol. 6, nº 3, p. 136).

De lege lata, entendemos não ser admissível a posição de JOEL J. CÂNDIDO (*op. cit.*, pp. 143/144) no sentido de que poderiam os Juizes Eleitorais processar as investigações judiciais nas eleições gerais e nas presidenciais, abstendo-se unicamente de julgá-las, o que seria feito pelo Tribunal competente; o mesmo ocorrendo com relação ao Tribunal Regional Eleitoral nas eleições presidenciais. Sustenta o consagrado autor que tal medida viabilizaria o cumprimento da lei e evitaria a expedição de sucessivas cartas de ordem. Não obstante a praticidade, entendemos que tal posição não encontra ressonância na Constituição Federal, a qual estabelece que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII).

Deve-se distinguir a condução do processo e a execução de determinados atos em cumprimento à carta de ordem: esta é admissível, aquela não. No entanto, *de lege ferenda*, deve ser adotado o entendimento preconizado.

23. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. Têm legitimidade para oferecer representação para deflagração da investigação judicial qualquer candidato, partido, coligação e o Ministério Público (art. 22, *caput*, da LC 64/90) aplicando-se aqui, ante a similitude, o que foi dito no item 11, pertinente aos legitimados para o ajuizamento da ação de impugnação ao registro. Ressalte-se ser inaplicável à hipótese o disposto no art. 3º, § 2º, da LC 64/90, o qual dispõe sobre o impedimento do representante do Ministério Público para impugnar o registro quando, nos 4 (quatro) anos anteriores, tenha disputado cargo eletivo, integrado Diretório de partido ou exercido atividade político-partidária. Tratando-se de norma que restringe o exercício da função eleitoral da Instituição, o resultado de sua interpretação não pode ser extensivo.

Coerentes com o que foi dito por ocasião da análise da natureza jurídica do instituto, entendemos que o eleitor tem legitimidade para o oferecimento de representação. A Constituição Federal coíbe qualquer ato abusivo que possa afetar a normalidade e a legitimidade das eleições (art. 14, § 9º, da CR/88), assegurando a todos o direito de petição aos Poderes Públicos contra o abuso de poder (art. 5º, XXXIV, “a”, da CR/88). Na Representação nº 14.156, j. em 03.03.94, rel. Min. **José Cândido**, *RJTSE* vol. 6, nº 2, p. 325, admitiu o TSE a legitimidade do eleitor, aduzindo que todo o poder emana do povo. Ulteriormente, no REsp. nº 13.332, j. em 05.12.96, rel. Min. **Costa Leite**, *RJTSE* vol. 8, nº 4, p. 160, entendendo que o elenco de legitimados encontra-se taxativamente previsto em lei, negou-a. Recentemente, mais especificamente ao expedir instruções para as eleições de 1998, voltou a admitir a legitimidade do eleitor (art. 57 da Resolução nº 20.105, de 04.03.98, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, com a redação dada pela Resolução nº 20.161 de 07.04.98, *DJ* de 24.04.98), ocasião em que foi indicado como precedente a Rep. nº 14.156, não obstante a existência de decisão posterior em sentido contrário (REsp. nº 13.332).

Devem figurar no pólo passivo da representação o candidato que tenha sido o autor ou o beneficiário do ato abusivo e todos os demais que hajam contribuído para a prática do mesmo. Aqueles que tenham sua candidatura vinculada à do representado (Vice-Presidente, Vice-Governador e Vice-Prefeito) são litisconsortes passivos necessários, já que eventual cassação do titular da chapa acarretará a impossibilidade de o vice concorrer ao pleito. Desta forma, produzindo a decisão efeitos na esfera jurídica do vice, o mesmo deve ser instado a integrar a relação processual. No mesmo sentido: TSE, REsp. nº 15.263, j. em 25.05.99, rel. Min. **Nelson Jobim**, *DJ* de 11.06.99. Por não haver votação nem registro diversos, a cassação do diploma do prefeito por abuso do poder econômico aferido em Investigação Judicial se estenderá ao vice, sendo este beneficiário direto do obrar daquele (REsp. nº 6.913, j. em 28.06.88, rel. Min. **Roberto Rosas**, *BEL* vol. 445, nº 1, p. 771). O partido político poderá atuar como assistente.

24. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. *Vide* item 12.

25. PROCEDIMENTO. A investigação judicial eleitoral tem seu rito previsto no art. 22 da LC 64/90. Os fatos caracterizadores do abuso de poder devem ser relatados na representação, indicando-se as provas que serão produzidas para comprovação dos mesmos. O órgão jurisdicional competente, verificando a verossimilhança das alegações, determinará a notificação do representado para apresentação de defesa em 5 (cinco) dias, momento em que o mesmo apresentará as provas de que dispõe,

podendo protestar pela produção de outras mais. Por ocasião do despacho da inicial, sendo relevante o fundamento da demanda e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida caso seja julgado procedente, determinará o órgão jurisdicional que se suspenda o ato que ensejou a representação. Indeferida a inicial ou retardado o prosseguimento da representação, poderá o interessado renová-la perante o Tribunal, que resolverá dentro de 24 h. Findo o prazo para defesa, com ou sem ela, realizar-se-á, no prazo de 5 (cinco) dias, assentada para inquirição das testemunhas arroladas, as quais comparecerão independentemente de intimação, tudo com a indispensável ciência do Ministério Público (art. 127 da CR/88 e arts. 82, III, 83, I e 246 do CPC). Nos 3 (três) dias seguintes, serão realizadas as diligências deferidas, podendo ser inquiridas testemunhas referidas e requisitados documentos que estejam em poder de terceiros. Encerrada a dilação probatória, as partes e o Ministério Público, caso não seja o representante, apresentarão alegações no prazo comum de 2 (dois) dias. Terminado o prazo para alegações, serão os autos encaminhados ao Corregedor, que apresentará relatório em 3 (três) dias, sendo os autos remetidos ao Tribunal, onde o Ministério Público terá prazo de 48 (quarenta e oito) horas para pronunciamento, submetendo-se o feito a julgamento na primeira sessão subsequente. Nas eleições municipais, caberá ao Juízo monocrático proferir decisão no prazo previsto para apresentação do relatório. O oferecimento de representação de forma temerária ou de manifesta má-fé acarretará a responsabilidade penal do autor (art. 25 da LC 64/90).

26. EFEITOS. Ultimada a investigação judicial eleitoral e restando comprovada a prática de abuso do poder político ou econômico, o órgão jurisdicional competente cassará o registro do candidato beneficiado e declarará a inelegibilidade do mesmo e de quantos hajam contribuído para a prática do ato para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos subsequentes à eleição em que se verificou (art. 22, XIV, da LC 64/90).

O art. 22, XV, da LC 64/90 estabelece que o julgamento de procedência da representação por abuso de poder após a eleição, a qual ocorre com a proclamação dos eleitos (TSE, REsp. nº 15.061, j. em 23.10.97, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, *RJTSE* vol. 9, nº 4, p. 178), acarretará a remessa de cópias de todo o processado ao Ministério Público para consecução do disposto no art. 262, IV, da Lei 4.737/65 (recurso contra a diplomação) e no art. 14, § 10, da CR/88 (ação de impugnação de mandato eletivo). Uma primeira leitura do dispositivo poderia conduzir à conclusão de que a proclamação dos eleitos retiraria quaisquer efeitos da representação, tornando-a mera peça informativa para o ajuizamento das referidas medidas. Tal conclusão, não obstante sua coerência, merece reparos. O art. 22, XIV, da LC 64/90 estabelece duas conseqüências para a procedência da representação, quais sejam: a sanção de inelegibilidade e a cassação do registro do candidato. Interpretando-se de forma sistemática o disposto nos incisos XIV e XV do art. 22 da LC 64/90, torna-se possível asseverar que a *mens legis* é melhor resguardar a situação jurídica daqueles que obtiveram o beneplácito dos eleitores, dando-se maior proteção ao diploma obtido, com a exigência de deflagração de novo procedimento para desconstituí-lo.

Desta forma, pode-se assentar que, julgada procedente a representação por abuso de poder (art. 22 da LC 64/90) anteriormente à proclamação dos eleitos, a mesma acarretará a cassação do registro da candidatura, sem prejuízo da imposição da sanção de inelegibilidade ao beneficiado e aos demais que concorreram para a prática do ato; no caso de julgamento ulterior, ainda que não interposto recurso contra a diplomação (art. 262, IV, do Código Eleitoral), ou mesmo ajuizada a ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10, da CR/88), persistirá a sanção de inelegibilidade para as eleições

que se realizarem nos 3 (três) anos subseqüentes àquela em que se verificou o abuso. No mesmo sentido: TSE, Acórdão nº 11.884, RO nº 9.104, j. em 05.03.91, rel. Min. **Bueno de Souza**, *RJTSE* vol. 3, nº 3, p. 18; Acórdão nº 11.889, j. em 23.05.95, rel. Min. **Jesus Costa Lima**, *RJTSE* vol. 7, nº 4, p. 201; e Acórdão nº 838, j. em 19.02.98, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, *DJ* de 13.03.98, p. 75. Excluir-se-á, tão somente, a possibilidade de cassação do mandato, a qual deve ser oportunamente perseguida pela via própria (recurso contra a diplomação ou ação de impugnação de mandato eletivo), sob pena de preclusão ou decadência, conforme o caso. Do mesmo modo decidiu o TSE: “As normas insertas nos incisos XIV e XV do art. 22 da LC 64/90 não se excluem, impondo-se a sanção de inelegibilidade prevista na primeira ainda que a representação seja julgada procedente após a eleição do candidato, não implicando, entretanto, a cassação do mandato eletivo” (Acórdão nº 11.469, j. em 21.05.96, rel. Min. **Costa Leite**, *RJTSE* vol. 8, nº 2, p. 112; e REsp. nº 11.844, j. em 15.09.94, rel. Min. **Marco Aurélio**, *RJTSE* vol. 7, nº 1, p. 188).

Não se poderá falar, assim, em perda de objeto da representação em razão da diplomação dos eleitos (Contra: TSE, Resolução nº 20.033, Rep. nº 14.636, j. em 27.11.97, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, *RJTSE* vol. 9, nº 4, pp. 303/307; REsp. nº 12.697, *DJ* de 30.08.96, p. 30.647, rel. Min. **Diniz de Andrade**). Interposto recurso contra a diplomação por outro motivo que não seja o abuso de poder, pois, neste caso, o mesmo deve ser instruído com decisão proferida na Investigação Judicial, deve ser julgada a representação, também não havendo perda de objeto por ser passível de aplicação a sanção de inelegibilidade (TSE, REsp. nº 15.031, j. em 19.08.97, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, *RJTSE* vol. 9, nº 3, pp. 121/132). Ajuizada a ação de impugnação de mandato eletivo anteriormente ao julgamento da representação, em havendo identidade de partes e causa de pedir, esta perderá o objeto com relação ao diplomado, já que a procedência daquela acarretará a inelegibilidade do mesmo (*vide* item 46), prosseguindo unicamente com relação aos demais – terceiros e não eleitos.

Não julgada a representação até a proclamação dos eleitos, posterior procedência da mesma, conforme já fora exposto, não acarretará a cassação do registro. Neste diapasão, para que o abuso seja coibido e seu autor punido, é indispensável que seja interposto recurso contra a diplomação, caso haja decisão definitiva na Investigação Judicial até a mesma; ou ajuizada a ação de impugnação de mandato eletivo no prazo decadencial de 15 (quinze) dias a contar da diplomação, ocasião em que serão renovados os argumentos demonstradores do abuso aduzido por ocasião da representação.

27. INELEGIBILIDADE. TERMO INICIAL. Interpretando o art. 22, XIV, da LC 64/90 em harmonia com o disposto no art. 15 da LC 64/90, o TSE inicialmente firmou jurisprudência no sentido de que o prazo de inelegibilidade começaria a fluir a partir do trânsito em julgado da decisão (Acórdãos nº 11.784, j. em 25.09.92; 11.082, j. em 16.12.93; 12.212, j. em 14.09.94; culminando em editar a Resolução nº 19.521, j. em 23.04.96, rel. Min. **Pádua Ribeiro**, *RJTSE* vol. 8, nº 2, p. 391). Posteriormente, reconhecendo que qualquer restrição aos direitos de cidadania deve ser entendida “nos limites mais estreitos de sua expressão verbal, segundo as boas regras de hermenêutica” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª Edição, Malheiros Editores, 1996, p. 364), o TSE alterou seu entendimento, assentando que o tríduo começará a correr a partir da eleição em que foi verificado o abuso, conforme ressalta da interpretação literal do art. 22, XIV, da LC 64/90 (REsp. nº 12.882, j. em 02.09.96, rel. Min. **Ilmar Galvão**, *RJTSE* vol. 8, nº 2, p. 223; REsp. nº 12.686, j. em 23.09.97, rel. Min. **Costa Porto**; RD. nº 592, j. em 15.06.99, rel. Min. **Edson Vidigal**; Resolução nº 19.974, Consulta nº 15.157, j. em 23.09.97, rel. Min. **Costa Porto**, *RJTSE* vol. 9, nº 4, pp. 272/274). A posição prevalecente, consentânea

com a boa técnica, é a mais benéfica ao que sofre a sanção de inelegibilidade, eis que não raro acontecerá de escoar-se o prazo de 3 (três) anos antes mesmo do trânsito em julgado da decisão que a aplicou, sendo certo que somente a partir deste momento aquela é oponível (art. 1º, I, alíneas “d” e “h”, da LC 64/90).

Em situação concreta, assim decidiu o TSE: “Recurso Ordinário. Investigação judicial. Abuso de poder. Sanção de inelegibilidade. Termo inicial. 1. O termo inicial da sanção de inelegibilidade prevista no art. 22, XIV, da LC 64/90 coincide com a data da eleição em que se verificou o ato impugnado. 2. Ultrapassados mais de três anos da eleição em que o fato em investigação teria ocorrido, não há como surtir efeito a penalidade que eventualmente seja imposta. Recurso prejudicado, por perda do seu objeto” (RO nº 18, j. em 21.05.98, rel. Min. **Maurício Corrêa**, DJ de 19.06.98, p. 64). Assim também no REsp. nº 12.738, j. em 06.08.96, rel. Min. **Ilmar Galvão**, RJTSE vol. 8, nº 3, p. 54. Isto ocorre em virtude da riqueza de nosso sistema recursal e de eventuais percalços na tramitação do feito, fato este que assume contornos de exceção na reconhecidamente célere Justiça Eleitoral.

Quando o abuso do poder político ou econômico for perpetrado por detentor de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, o período de 3 (três) anos de inelegibilidade começará a fluir a partir do término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo (art. 1º, I, “h”, da LC 64/90).

28. RECURSOS. Qualquer daqueles que detêm legitimidade concorrente para o oferecimento da representação pode interpor recurso contra a decisão proferida em sede de investigação judicial eleitoral, pois todos os agentes participantes do pleito têm interesse na lisura e legitimidade do procedimento eletivo. Neste sentido: TSE, REsp. nº 15.031, j. em 19.08.97, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, vol. 9, nº 3, pp. 121/132. Das decisões do Juiz Eleitoral caberá, no prazo de 3 (três) dias (art. 258 do CE), recurso inominado para o Tribunal Regional Eleitoral (art. 265 do CE), sendo admissível o juízo de retratação anteriormente ao encaminhamento dos autos ao órgão *ad quem* (art. 267 do CE); e as decisões do TRE serão passíveis de impugnação mediante recurso especial. Instaurada a investigação judicial perante o TRE, da decisão deste será cabível recurso ordinário para o TSE. Nos feitos de competência originária do TSE não será admissível recurso, salvo o disposto no art. 121, § 3º, da CR/88.

IV. RECURSO CONTRA A DIPLOMAÇÃO

29. INTRODUÇÃO. Ato contínuo à votação e à apuração, a Justiça Eleitoral proclamará os eleitos. O ato de proclamação é meramente formal e preparatório para a diplomação, não sendo passível de impugnação. Os tradicionais pedidos de recontagem aforados nesta fase são intempestivos, pois as irrisignações ainda não fulminadas pela preclusão deverão ser aduzidas por ocasião do recurso contra a diplomação, em conformidade com o art. 262 do Código Eleitoral. A diplomação produz efeitos meramente declaratórios, evidenciando-se os constitutivos com o resultado favorável nas urnas. Trata-se de ato único e indivisível, que se perfectibiliza independentemente da presença dos diplomados, os quais podem posteriormente retirar seu diploma junto à Justiça Eleitoral para assumir o cargo. A partir de sua realização iniciar-se-á o prazo para interposição de recurso e para o ajuizamento da ação de impugnação de mandato eletivo, o qual fluirá com relação a todos, titulares e suplentes, presentes ou ausentes ao ato.

30. CABIMENTO. O art. 262, IV, do Código Eleitoral prevê a possibilidade de interposição de recurso contra a concessão ou denegação do diploma sempre que este, na hipótese do art. 222, estiver em manifesta contradição com a prova dos autos. O art. 222, por sua vez, torna anulável a votação quando estiver viciada pelo uso de meios de que trata o art. 237, o qual versa especificamente sobre o abuso de poder apurado em investigação judicial. A LC 64/90 derogou os dispositivos do Código Eleitoral pertinentes à investigação judicial eleitoral, mas preservou a essência do instituto, conferindo-lhe outros contornos (art. 19 e ss). Com fundamento nos dispositivos legais retro mencionados, o TSE tem admitido o recurso fundado apenas em abuso de poder (REsp. n° 11.519, j. em 14.06.94, rel. Min. **Pádua Ribeiro**, *RJTSE* vol. 6, n° 3, p. 61). Também será admissível o recurso nas hipóteses de captação ilegal de sufrágio previstas no art. 41-A da Lei 9.504/97 com a redação determinada pela Lei 9.840/99, diploma este que também conferiu nova redação ao art. 262, IV, do CE; conforme restar apurado em investigação judicial (*vide* item 18).

31. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE. A exemplo da ação de impugnação ao registro, o recurso contra a diplomação fundado em abuso de poder deve ser instruído com prova pré-constituída obtida em investigação judicial eleitoral transitada em julgado (RD n° 490, j. em 02.06.98, rel. Min. **Eduardo Alckmin**, *DJ* de 19.06.98, p. 64; REsp. n° 11.946, j. em 01.12.94, rel. Min. **Torquato Jardim**, *RJTSE* vol. 7, n° 2, p. 239; Ag. em REsp. n° 8.501, j. em 13.03.90, rel. Min. **Villas Boas**, *RJTSE* vol. 1, n° 2, p. 58). Isto por inexistir possibilidade de dilação probatória nesta modalidade de impugnação ao diploma.

32. PRAZO. O recurso contra a diplomação deve ser interposto dentro dos 3 (três) dias subseqüentes à sessão de diplomação dos eleitos, momento a partir do qual começa a fluir o prazo recursal (art. 258 do Código Eleitoral).

33. COMPETÊNCIA. Nas eleições municipais, o recurso será interposto perante o Juiz Eleitoral, com ulterior encaminhamento ao Tribunal Regional Eleitoral, órgão competente para julgá-lo (art. 265 do Código Eleitoral). Nas eleições gerais será interposto perante o Tribunal Regional Eleitoral, sendo julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral (art. 121, § 4º, III, da CR/88). Inexiste previsão legal de recurso quando a diplomação é encetada pelo Presidente do Tribunal Superior Eleitoral; no entanto, de acordo com a lição de **TITO COSTA** (*op. cit.*, pp. 123/125), deve ser admitida, em casos excepcionais, a impetração de mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal. Também entendemos ser admissível a utilização do mandado de segurança; no entanto, deve o mesmo ser impetrado perante o próprio Tribunal do qual faz parte a autoridade coatora, sendo cabível a interposição de recurso ordinário perante o STF (art. 102, II, "a", da CR/88).

34. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. Têm legitimidade para interpor o recurso os candidatos, partidos políticos, coligações e o Ministério Público, isto em interpretação que resguarde a continuidade e a congruência do procedimento eletivo, garantindo-se a mesma legitimidade dos que podem impugnar o registro. No que concerne ao eleitor, o mesmo não tem legitimidade (*vide* item 11).

Poderá contra-arrazoar o recurso aquele cujo diploma se pretende invalidar, bem como o partido político a que esteja associado, tendo este interesse direto na solução da lide, o que acarreta a admissibilidade de sua intervenção. Neste sentido: **JOEL J. CÂNDICO** (*op. cit.*, p. 240) e acórdão por ele citado in BE 307/114.

35. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. *Vide* item 12.

36. EFEITOS. Enquanto o TSE não julgar eventual recurso interposto contra a diplomação, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude (art. 216 do CE). Em sendo assim, caso o Tribunal Regional Eleitoral julgue procedente recurso contra diplomação efetivada pela Junta Eleitoral, o diplomado poderá exercer o mandato até que o TSE se pronuncie sobre o recurso que venha a ser interposto, o que constitui exceção à regra geral insculpida no art. 257 do CE, o qual inadmitte efeito suspensivo nos recursos eleitorais (Neste sentido: TSE, MS nº 13.445, j. em 20.05.93, rel. Min. **Carlos Velloso**, *RJTSE* vol. 5, nº 4, p. 71).

V. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

37. INTRODUÇÃO. A ação de impugnação de mandato eletivo representa importante conquista da democracia, tornando possível a recomposição da legitimidade das eleições mediante a invalidação do diploma do candidato que tenha praticado abuso do poder econômico, corrupção ou fraude durante o procedimento eletivo (art. 14, § 10, da CR/88). Em que pese a lamentável omissão do Constituinte quanto à possibilidade de ajuizamento da ação com fundamento no abuso do poder político, em alguns casos poderá este ser coibido mediante o enquadramento da conduta nos permissivos da corrupção ou fraude. No que concerne à corrupção, independentemente da potencialidade do ato, aplica-se o que foi dito no item 18. Somente os fatos supervenientes ao registro poderão ser suscitados nesta ação (*vide* item 9). Tanto a ação de impugnação de mandato eletivo quanto o recurso contra a diplomação objetivam afastar o candidato eleito e diplomado mediante a invalidação de seu diploma na via judicial, cessando aí a identidade entre ambas. O recurso exige prova pré-constituída, aquela não. Tais medidas têm prazos distintos para ajuizamento e tramitação diversa, sendo que a interposição de recurso contra a diplomação não se erige como pressuposto da ação de impugnação, pois é inadmissível criar-se qualquer limitação ao dispositivo constitucional que a instituiu.

38. PRAZO. Nos 15 (quinze) dias posteriores à diplomação poderá o mandato ser impugnado através da ação em tela (art. 14, § 10, da CR/88). Trata-se de ação disponibilizada aos legitimados, cuja origem é idêntica à origem do direito, sendo simultâneo o nascimento de ambos. Considerando que o exercício da ação e o exercício do direito se identificam, já que a ação representa o meio de que deve servir-se o titular para realizar o efetivo exercício de seu direito, inequívoca é a conclusão de que trata-se de prazo decadencial, impassível de suspensão ou interrupção. Ademais, o prazo é previsto no texto constitucional, o que retira qualquer dúvida a respeito de sua natureza.

39. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. O abuso de poder praticado no decorrer das fases do procedimento eletivo, não tendo sido objeto de representação até a diplomação, poderá ser suscitado por intermédio da ação de impugnação de mandato eletivo. Neste caso, não há que se falar em preclusão, pois esta só atinge os atos abusivos pretéritos ao registro dos candidatos, não aqueles ulteriormente verificados (REsp. nº 11.835, j. em 09.06.94, rel. Min. **Torquato Jardim**, *RJTSE* vol. 6, nº 3, p. 132). Deve-se frisar que entendimento contrário culminaria em limitar e praticamente inutilizar o disposto no art. 14, § 10, da CR/88, inviabilizando o uso da referida ação.

40. COMPETÊNCIA. A ação de impugnação de mandato eletivo será julgada pelo órgão jurisdicional que diplomou os candidatos (TSE, REsp. nº 11.841, j. em 17.05.94, rel. Min. **Torquato Jardim**, *RJTSE* vol. 6, nº 3, p. 136), excepcionando-se

unicamente as eleições municipais, onde a expedição de diplomas é de competência da Junta Eleitoral (art. 40, IV, do Código Eleitoral), enquanto a ação de impugnação será julgada pelo Juiz Eleitoral - pois com diplomação cessa a competência daquela. Nas eleições gerais (Governador, Vice-Governador, Deputado Estadual, Deputado Distrital, Deputado Federal e Senador) competente será o Tribunal Regional Eleitoral; e nas eleições presidenciais a competência será do Tribunal Superior Eleitoral.

41. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. Ante a ausência de regramento específico, entendemos que somente aqueles legitimados à propositura da ação de impugnação ao registro têm legitimidade para ajuizar a ação de impugnação de mandato eletivo. Esta posição, consentânea com a lição de JOEL J. CÂNDIDO (*op. cit.*, pp. 259/260), evita o ajuizamento de lides temerárias e preserva a lógica do sistema, pois não teria sentido reconhecer-se uma legitimidade ativa mais abrangente para impugnação do mandato quando, na fase preliminar de obtenção do registro da candidatura ela é restrita. Em sendo assim, têm legitimidade para ajuizar a ação em tela qualquer candidato, o partido político, coligação e o Ministério Público, a este não se aplicando o impedimento previsto no art. 3º, § 2º, da LC 64/90. Com relação ao eleitor, assim se pronunciou o TSE: “1. Ação de impugnação de mandato eletivo (Const., art. 14, parágrafo 11). Legitimidade *ad causam* (Lei Complementar nº 64/90, art. 22). Não tem legitimidade “*ad causam*” os apenas eleitores. Recurso conhecido e provido nesta parte. 2. Preclusão. Inexiste preclusão na ação constitucional de impugnação de mandato eletivo quanto aos fatos, provas, indícios ou circunstâncias idôneos e suficientes com que se instruirão a ação, porque não objetos de impugnações prévias no curso da campanha eleitoral.” (REsp. nº 11.835, j. em 09.06.94, rel. Min. **Torquato Jardim**, *RJTSE* vol. 6, nº 3, p. 132).

Somente o diplomado cujo mandato se pretende impugnar tem legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual. Aquele que fora conjuntamente eleito com o mesmo (Vice-Presidente, Vice-Governador e Vice-Prefeito), salvo quando o pedido de impugnação lhe é extensivo, o que normalmente deve ocorrer (*vide* item 23), não é litisconsórcio passivo necessário, pois com a diplomação dissolve-se o vínculo que acarretava a unicidade dos votos atribuídos aos mesmos, tornando-se cada qual titular de situação jurídica distinta. No mesmo sentido decidiu o TSE no REsp. nº 11.640, j. em 08.03.94, rel. Min. **Flaquer Scartezini**, *RJTSE* vol. 6, nº 2, p. 166. O partido político ao qual está associado o diplomado pode intervir no feito, mas sua presença não é cogente, eis que atuará como assistente simples (art. 50 do CPC).

42. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. Aplica-se aqui o que foi dito no item 12.

43. PROCEDIMENTO. A ação de impugnação de mandato eletivo não tem rito especial disciplinado em lei, o que, por força do art. 271 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo eleitoral, acarreta a observância do procedimento comum; *in casu*, o ordinário. A exigência de que a ação seja instruída com provas do abuso de poder (art. 14, § 10, da CR/88) não guarda sinonímia com a necessidade de prova pré-constituída, bastando que a inicial contenha os elementos de convicção que indiquem, de imediato, que a pretensão deduzida encontra-se amparada em substratos fáticos aptos a corroborá-la, os quais serão devidamente provados no decorrer da instrução processual. No mesmo sentido: TSE, RO nº 11.640, j. em 08.03.94, rel. Min. **Flaquer Scartezini**, *RJTSE* vol. 6, nº 2, p. 166; e TIPO COSTA, *in Recursos em Matéria Eleitoral*, 6ª Edição, RT, pp. 97 e 186. Acrescente-se que a ação tramitará em segredo de justiça, sendo prevista a responsabilidade do demandante caso ajuíze de forma temerária ou de manifesta má-fé (art. 14, § 11, da CR/88 e arts. 16 *usque* 18 do CPC).

JOEL J. CÂNDIDO, também afastando a necessidade de prova pré-constituída, sustenta que à ação de impugnação de mandato deve ser atribuído o mesmo rito previsto para a ação de impugnação de registro (art 3º *usque* 8º da LC 64/90), pois a existência de rito processual viável já previsto na sistemática do Direito Eleitoral afasta a aplicação do rito comum previsto no Código de Processo Civil, o qual é reconhecidamente moroso (*op. cit.*, pp. 265/266). Não obstante os louváveis propósitos de se atribuir maior efetividade à referida ação, entendemos que somente a lei pode estabelecer procedimento especial para o tramitar do feito, não o intérprete. Consoante a lição de PONTES DE MIRANDA (*Com. ao CPC*, Tomo III, Forense, 2ª ed., p. 682), “os ritos especiais somente podem servir às ações que lhes forem apontadas, não se admitindo interpretação dilatante daquelas regras jurídicas que apresentem os pressupostos subjetivos e objetivos de cada uma das formas de processo que não sejam a ordinária”; acrescentando “que as regras jurídicas sobre o processo ordinário são enchedoras das lacunas da lei no trato dos outros processos, na medida em que não lhes apague a especialidade”. No mais, deve ser aplicado em toda sua plenitude o princípio da preferibilidade do rito ordinário, o qual não pode ser afastado por uma praticidade dissonante do sistema. No entanto, a adoção do rito previsto na LC 64/90 não importará em nulidade (Ac. nº 1.256, j. em 17.06.99, rel. Min. **Eduardo Alckmin**).

44. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Com a adoção do rito ordinário, é inevitável o surgimento de relevante questionamento, qual seja, é cabível o pleito de antecipação de tutela na ação de impugnação de mandato eletivo? Para respondê-lo, é indispensável que sejam tecidas breves considerações a respeito de tal instituto, o qual busca conferir maior efetividade ao processo, com a conseqüente redução da distância existente entre o direito objetivo e a concreção deste.

A antecipação de tutela no processo de conhecimento encontra esteio no art. 273 do Código de Processo Civil, com a redação determinada pela Lei 8.952/94. Diferentemente da tutela cautelar, destinada a assegurar a efetividade do processo principal, a antecipação da tutela consiste no poder de o órgão jurisdicional antecipar, provisoriamente, a própria solução definitiva almejada no processo. Ambas são medidas provisórias, sendo que esta tem cunho satisfativo, enquanto aquela tem cunho eminentemente preventivo.

Havendo requerimento do demandante, poderá o juiz antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela almejada, desde que presentes os seguintes pressupostos: a) existindo prova inequívoca, se convença o órgão jurisdicional da verossimilhança da alegação do autor; b) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que esteja caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; c) não haja perigo de ser irreversível a situação resultante da decisão que antecipar a tutela.

O legislador reformista não foi feliz ao exigir a constatação da verossimilhança do direito alegado mediante a produção de prova inequívoca, pois aquela exclui esta. No entanto, nenhuma interpretação pode conduzir ao absurdo. Desta forma, para melhor elucidação do tema, insta trazer à baila a lição do Mestre das provas, NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA (in *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, tradução da 3ª edição de 1.912 por Waleska Giroto Silverberg, Conan Editora Ltda), *verbis*: “Atendendo a patente etimologia, verossímil não é o que pode ser uma verdade real, mas o que tem semelhança com ela. E, para ter parença com a verdade real, não basta a simples condição da possibilidade, exige-se algo mais, um qualquer motivo que induza a crer uma verdade, mais que como simples possível, como real. Nesta aparência de realidade que assenta, direi assim, o perfil e o escorço da verdade real, que se chama verossimilhança.” ... “É

verossímil, para nós, não o que nos parece simplesmente possível, mas o que, por uma razão mais ou menos determinada, nós nos inclinamos a julgar real. Por isso indicamos com a verossimilhança o primeiro grau da probabilidade.” (pp. 69/70) ... “Em que consiste subjetivamente a probabilidade? Na percepção dos motivos convergentes e divergentes, julgados todos dignos, na medida dos seus diversos valores, de serem levados em conta.” ... “A probabilidade percebe os motivos convergentes e divergentes e os julga todos dignos de serem levados em conta, se bem que mais os primeiros e menos os segundos. A certeza acha, ao contrário, que os motivos divergentes da afirmação não merecem racionalmente consideração e, por isso, afirma.” (p. 61).

Em tese, afigura-se perfeitamente possível que os pressupostos necessários ao deferimento da antecipação de tutela estejam presentes na ação de impugnação de mandato eletivo, não se olvidando certas peculiaridades pertinentes à mesma. Quaisquer atos que afastem a normalidade e a legitimidade das eleições devem ser severamente coibidos, evitando-se que o desvirtuamento da vontade popular inicie um ciclo vicioso que culminará com a prática de danos irreversíveis ao erário e aos demais interesses públicos. Para tanto, poder-se-ia utilizar a antecipação de tutela, resultando em maior efetividade do processo, com o imediato afastamento do diplomado do cargo.

Instruída a ação com decisão proferida em Investigação Judicial Eleitoral na qual tenha sido reconhecida a prática do ato abusivo, suprido estará o pressuposto pertinente à prova da probabilidade do alegado, o mesmo podendo ocorrer com a apresentação de provas outras que não a investigação. O fundado receio de dano irreparável restará demonstrado sempre que o obrar do autor do ato abusivo denotar seu despreparo para a gestão da coisa pública, expondo-a a fundados riscos, o mesmo ocorrendo com a degradação de princípios que o impeçam de participar da edição de normas de conduta que serão seguidas pela coletividade. No que concerne ao abuso do direito de defesa e ao manifesto propósito protelatório, serão os mesmos passíveis de demonstração no decorrer do feito. Por derradeiro, a decisão que antecipar os efeitos pretendidos por ocasião do provimento final, com o consequente afastamento do diplomado do exercício do cargo para o qual foi eleito será passível de reversão em caso de reforma do decisório pelo Juízo *ad quem*. Neste particular, deve-se frisar que não impressiona o argumento de que o afastamento do cargo não suspenderá a fruição da legislatura, o que acarretaria a irreversibilidade da decisão, já que o demandado não mais poderia exercer o cargo durante período correspondente àquele em que esteve afastado. Esta linha de raciocínio ao mais leve sopro se espalha e desvanece, pois em qualquer causa, qualquer que seja o objeto mediato, aquele que sofre os efeitos da antecipação de tutela ficará definitivamente privado do bem jurídico durante o lapso em que a decisão produzir efeitos, e nem assim se dirá que a decisão é irreversível. No cotejo entre os graves danos que o autor do abuso já demonstrou ser capaz de perpetrar e a impossibilidade de exercer parte de seu mandato, àquele deve ser atribuída primazia, tudo devendo ser feito para evitá-lo.

Não obstante ser admissível, a antecipação de tutela raramente produzirá os efeitos almejados. Em reiteradas decisões tem o Tribunal Superior Eleitoral conferido interpretação extensiva ao art. 216 do Código Eleitoral, o qual estabelece que o diplomado exercerá o mandato em toda a sua plenitude até que o Tribunal Superior Eleitoral decida o recurso interposto contra a expedição do diploma, estendendo seus efeitos à ação de impugnação de mandato, *in verbis*: “Ação de impugnação de mandato eletivo. Art. 14, § 10, da Constituição Federal. Efeito da decisão que concluiu pela procedência. Orientação assentada nesta Corte no sentido da aplicação à hipótese da norma do art. 216 do CE, segundo a qual, enquanto o TSE não decidir eventual recurso contra a

decisão regional, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude. Recurso improvido.” (RMS nº 2.373, j. em 27.02.96, rel. Min. **Ilmar Galvão**, *RJTSE* vol. 8, nº 1, p. 63). No mesmo sentido: RMS nº 1.510, j. em 12.09.95, rel. Min. **Costa Lima**, *RJTSE* vol. 7, nº 4, p. 114. Consoante tal entendimento, bastará o diplomado interpor o recurso cabível para que o Juízo *ad quem* suspenda os efeitos da decisão que o afastou do exercício do cargo. Em suma, a antecipação de tutela não terá aplicação na ação de impugnação de mandato eletivo.

45. RECONVENÇÃO. No procedimento ordinário, realizada a citação e aperfeiçoada a relação processual, poderá o demandado oferecer resposta consistente em contestação, exceção e reconvenção (art. 297 do CPC). Neste passo, impende analisar o cabimento desta última modalidade na ação de impugnação de mandato. Em reconvenção, o demandado formula em face do demandante uma pretensão de direito material de que seja titular, conexa à pretensão deste, ou com os fundamentos da defesa, com a conseqüente ampliação do *thema decidendum* submetido à apreciação do órgão jurisdicional.

Pronunciando-se sobre o tema, sustenta TITO COSTA (*op. cit.*, pp. 202/203) que, como consectário do princípio da ampla defesa e da utilização do rito ordinário, deve ser admitida a reconvenção em situações especiais. Exemplifica com a situação do candidato que tenha contra si ajuizada ação de impugnação de mandato com embasamento no abuso de poder e, em resposta, oferece reconvenção em face do demandante que almeja seu lugar por ser suplente, objetivando não só obstaculizar a pretensão deste como também voltar contra o mesmo os efeitos pretendidos.

Em tese, poderia ser admitida a reconvenção em situações excepcionalíssimas, *v.g.*, quando um candidato diplomado acusa outro de praticar atos abusivos durante a campanha e este, em reconvenção, almeja provar que os atos abusivos foram praticados pelo próprio demandante, acarretando a invalidação do diploma deste. Vislumbramos, no entanto, óbice praticamente intransponível à admissibilidade desta forma de resposta, isto porque qualquer pretensão que almeje a invalidação do diploma deve ser ajuizada no prazo decadencial de 15 (quinze) dias a contar da diplomação (art. 14, § 10, da CR/88), sendo inadmissível a postergação do mesmo. Assim, raramente será aberta ao demandado a possibilidade de oferecer resposta no exíguo prazo previsto no texto constitucional, já que esta pressupõe uma ação ajuizada – cujo prazo para ajuizamento é de 15 (quinze) dias –, o recebimento da inicial com ulterior determinação de realização da citação e, finalmente, a consecução desta.

46. EFEITOS. A procedência da pretensão deduzida acarretará a invalidação do diploma, impedindo, uma vez transitada em julgado a decisão, que o demandado exerça ou continue a exercer o mandato que lhe foi outorgado. Afora isto, é relevante analisar se a inelegibilidade também é efeito da decisão que invalidou o diploma. Dispõe o art. 1º, I, “d”, da LC 64/90 serem inelegíveis aqueles “que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, transitada em julgado, em processo de abuso do poder econômico ou político...”. Por representação deve-se entender qualquer ação, requerimento ou petição apresentada ao órgão jurisdicional competente, e não unicamente a peça de deflagração da Investigação Judicial Eleitoral (art. 22 da LC 64/90). Não se trata de interpretação extensiva *in malam partem*, pois a lei pune o abuso e dispõe sobre os seus efeitos, sendo irrelevante o *nomen iuris* atribuído pelo legislador ao instrumento deflagrador da função judicante. Ademais, o art. 1º, I, “h”, da LC 64/90 sequer faz referência à representação. Assim, além da invalidação do diploma, ao autor do abuso deverá ser aplicada a sanção de inelegibilidade (A favor: TSE, REsp. nº 11.082, j. em 16.12.93, rel. Min. **Flaquer Scartezini**, *RJTSE* vol. 6, nº 2, p. 82) para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos subseqüentes àquela em que foi praticado (vide item 27).

47. RECURSOS. Adotando-se o rito ordinário, das decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais que conheceram originariamente a lide serão admissíveis os recursos previstos no Código de Processo Civil com os prazos ali indicados. Neste sentido: TITO COSTA (op. cit., pp. 190/196). O TSE, não obstante reconheça que ao tramitar do feito deve ser aplicado o procedimento ordinário, sob o argumento de que os processos eleitorais devem ser norteados pelo princípio da celeridade, tem decidido que das sentenças proferidas pelo Juiz Eleitoral caberá o recurso inominado previsto no Código Eleitoral, cujo prazo para interposição, consoante o art. 258, é de 3 (três) dias (RAREG nº 11.893, j. em 21.07.94, rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ de 26.08.94, p. 21.914 e REsp. nº 12.578, j. em 06.06.95, rel. Min. **Diniz de Andrada**, DJ de 23.06.95, p. 19.643). Decidindo assim, o TSE criou verdadeira simbiose de ritos, conduzindo o aplicador do direito à insegurança e à perplexidade, pois ora é aplicado um rito, ora outro, bem como por inexistir lógica em admitir-se o prazo de 15 (quinze) dias para resposta e de apenas 3 (três) para elaboração de irresignação que buscará infirmar o decisório guerreado. No que concerne à tese de que o processo de conhecimento esgota-se com a sentença definitiva, não havendo inafastável liame com o procedimento recursal, cumpre dizer que a inexistência de lei específica regulamentando a ação em tela impede que a disciplina recursal seja vinculada a lei outra que não o Código de Processo Civil.

Das decisões proferidas originariamente pelos Tribunais Regionais Eleitorais, por inadmissível o recurso de apelação, caberá recurso ordinário para o Tribunal Superior Eleitoral no prazo de 3 (três) dias; e, no mesmo prazo, recurso especial das decisões que reexaminem aquelas lançadas pelos Juízes Eleitorais. Como já foi dito, as decisões do TSE são irrecorríveis, salvo nas hipóteses do art. 121, § 3º, da CR/88.

O TSE, à míngua de lei específica regulamentando o art. 14, § 10, da CR/88, tem conferido interpretação extensiva ao art. 216 do Código Eleitoral, entendendo que os recursos interpostos devem ser admitidos em seu duplo efeito, suspensivo e devolutivo. Enquanto o TSE não se pronunciar sobre o recurso interposto, ou estiver precluso o manejo deste, poderá o diplomado exercer o mandato em toda sua plenitude (RMS nº 2.373, j. em 27.02.96, rel. Min. **Ilmar Galvão**, RJTSE vol. 8, nº 1, p. 63 e RMS nº 1.510, j. em 12.09.95, rel. Min. **Costa Lima**, RJTSE vol. 7, nº 4, p. 114). (Vide itens 36 e 44).

CONCLUSÕES

Consoante se extrai da leitura deste ensaio, suas conclusões foram paulatinamente exaradas no decorrer da explanação, vislumbrando-se, em cada item, um completo aperfeiçoamento do raciocínio encetado. Não obstante isto e sem desviar da objetividade que norteou o presente escrito, merecem maior destaque as ilações abaixo elencadas.

Restará configurado o abuso de poder sempre que o exercício de um direito prejudicar o direito de igualdade que deve nortear o procedimento eletivo, comprometendo sua normalidade e legitimidade. Serão abusivos todos os atos que exorbitem o ponto de equilíbrio que deve estar presente entre o exercício de um direito e a garantia de igualdade, sempre que estiverem revestidos de potencialidade para afetar a identidade que deve existir entre a vontade do colégio eleitoral e o resultado do pleito, arcando com as conseqüências do ato tanto aquele que o praticou como seu beneficiário, ainda que não se logre demonstrar a participação deste.

O eleitor pode exercer o seu direito de petição perante a Justiça Eleitoral, tendo legitimidade para informar fatos que impeçam o registro ou que possam acarretar a deflagração de investigação judicial eleitoral para apuração do abuso de poder.

O Ministério Público deve intentar todas as medidas que possam coibir o abuso, devendo ser pessoalmente intimado de todos os atos do processo.

Todas as causas de inelegibilidade preexistentes ao pedido de registro e que não tenham natureza constitucional devem ser suscitadas, sob pena de preclusão, no prazo de impugnação deste.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Antonio Alberto Alves. *Da Preclusão Processual Civil*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 6ª ed., Rio, Forense, 1993.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 16ª ed., Rio, Forense, 1995.
BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas, Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 2ª ed., Rio, Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. 1, 4ª ed., Rio, Livraria Francisco Alves, 1931.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª ed., Rio, Editora Paulo de Azevedo Costa, 1955.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, vistos por um advogado*, trad. port. da 4ª ed. por Eduardo Brandão, 1ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998.

CÂMARA LEAL. *Da Prescrição e da Decadência*, 2ª ed., Rio, Forense, 1959.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*, 7ª ed., Bauru, Edipro, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*, trad. esp. da 2ª ed. por Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1982.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo*, 3ª ed., Rio, Editora Lumen Juris, 1999.

CARVALHO SANTOS, José Manuel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. III, 2ª ed., Rio, Livraria Editora Freitas Bastos, 1937.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vols. II e III, trad. port. da 2ª ed. por J. Guimarães Menegale, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969.

COSTA, Tito. *Recursos em Matéria Eleitoral*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das Leis Processuais*, trad. port. da 1ª ed. por Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, 4ª ed., Rio, Forense, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litiscôncio*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

_____. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

FERRERA, Pinto. *Código Eleitoral Comentado*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 10ª ed., Rio, Forense, 1993.
- JARDIM, Torquato. *Introdução ao Direito Eleitoral Positivo*, 1ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 1994.
- LAUN, Rudolf. *La Démocratie, Essai Sociologique, Juridique et de Politique Morale*, 1ª ed., Paris, IIDP, 1933.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*, trad. port. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com atualização de Ada Pellegrini Grinover, 3ª ed, Rio, Forense, 1984.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, trad. port. de Cândido Rangel Dinamarco, 2ª ed., Rio, Forense, 1985.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, trad. port. da 3ª ed. de 1912 por Waleska Giroto Silverberg, 1ª ed., Campinas, Conan Editora, 1995.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 18ª ed., Rio, Forense, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993.
- MONTESQUIEU, Charles Secondat, Barão de. *Do Espírito das Leis*, trad. port. de Gabriela de Andrada Dias Barbosa, 1ª ed., São Paulo, Edições Publicações Brasil, 1960.
- MOREIRA ALVES, José Carlos e outros. *Estudos de Direito Público em Homenagem a Aliomar Baleeiro*, 1ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1976.
- NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos, Condições de Elegibilidade e Inelegibilidade*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.
- _____. *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, 1ª ed., Rio, Forense, 1973.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 14ª ed., Rio, Forense, 1991.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo IV, 2ª ed., Rio, Forense, 1979.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- RIBEIRO, Fávila. *Abuso de Poder no Direito Eleitoral*, 3ª ed., Rio, Forense, 1998.
- _____. *Direito Eleitoral*, 4ª ed., Rio, Forense, 1996.
- ROSA, Eliézer. *Dicionário de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, José Bushatsky Editor, 1973.
- SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *Programa de Direito Civil*, Parte Geral, 1ª ed., 4ª tiragem, Rio, Editora Rio, 1979.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, 3ª ed., Rio, Forense, 1982.
- _____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

*Publicado originalmente na Revista nº 11 jan./jun. 2000 p. 93.

A CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ELEITORAL

MARCOS RAMAYANA*

SUMÁRIO: 1. Conceito e considerações gerais. 2. Condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. 3. É possível a suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação por contravenção penal? 4. A transação penal imposta pelo art. 76 da Lei 9.099/95 acarreta a suspensão dos direitos políticos com subsunção no art. 15, III, da Carta Magna? 5. A suspensão condicional do processo suspende os direitos políticos com base no art. 15, III, da Carta Magna? 6. A condenação criminal transitada em julgado que aplica apenas a pena de multa acarreta a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, da Lei Maior)? 7. A sentença penal absolutória imprópria transitada em julgado acarreta a suspensão dos direitos políticos? 8. O livramento condicional e o cumprimento de *sursis* da pena importam na suspensão dos direitos políticos? 9. A suspensão dos direitos políticos subsiste em razão da decretação da extinção da punibilidade com subsunção nas causas elencadas no art. 107 do Código Penal? 10. Qual o juízo competente para tratar da execução da pena imposta pela Justiça Eleitoral? 11. A suspensão dos direitos políticos é automática? 12. É necessária a reabilitação para o restabelecimento dos direitos políticos? 13. A propositura de ação de revisão criminal afasta a causa de suspensão dos direitos políticos? 14. A relativa independência entre a decisão penal e a proferida no âmbito da justiça eleitoral. 15. Mister se faz ressaltar a análise dos arts. 15, III, e 55, VI, e § 2º, todos da Constituição da República Federativa do Brasil. 16. E a perda do mandato para os membros do Poder Executivo? 17. O artigo 1º, inciso I, letra e, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990 é *numerus clausus*? 18. A prescrição pode ser conhecida no pedido de registro de candidatos? 19. O princípio da moralidade pública considerada a vida progressiva do candidato é auto-aplicável? 20. Cabe a Justiça Eleitoral analisar no processo de registro de candidatos questões processuais penais relativas a nulidades? 21. A falta de apresentação no prazo legal de certidão criminal acarreta o indeferimento do pedido de registro de candidatura?

* Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

O eminente doutrinador PIMENTA BUENO (*apud* Pinto Ferreira, *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*), já definia os direitos políticos:

“Os direitos políticos são as prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos.

São o *jus civitatis*, os direitos cívicos, que se referem ao poder público, que autorizam o cidadão ativo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer o direito de vontade ou eleitor, os direitos de deputado ou senador, a ocupar os cargos políticos, e a manifestar suas opiniões sobre o governo do Estado” (RT, 5ª edição, p. 38).

No dizer expressivo do constitucionalista JOÃO BARBALHO em seus *Comentários a Constituição* (F. Briguiet e Cia. Editores, 1924), traça as linhas mestras dos direitos políticos:

“Políticos se dizem os direitos que entendem com a organização constitucional do estado e as relações entre este e os cidadãos no que pertence à governação pública. Nesses direitos se compreende o de intervir e tomar parte no exercício da autoridade nacional. E isto mostra a importância e fundamento da exigência da posse delles como condição de elegibilidade para o cargo de Presidente da República. Por isso não podem ser eleitos os que se acharem compreendidos nas hypotheses de suspensão e perda dos direitos políticos” (p. 221).

É sobretudo importante assinalar, as lições de SAVIGNY fazendo a distinção entre o *jus honorum* (direito de ser votado) e o *jus suffragii* (direito de votar).

Na suspensão dos direitos políticos, o cidadão fica afastado temporariamente da capacidade eleitoral ativa e passiva (direito de votar e ser votado). Na perda dos direitos políticos a privação é definitiva.

Leciona o mestre MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

“As pessoas privadas dos direitos políticos podem recuperá-los. Se essa privação for a dita definitiva, ou perda, dependerá do cumprimento de exigências legais. Se for a privação dita temporária ou ‘suspensão’, a recuperação se fará automaticamente, pelo desaparecimento de seu fundamento ou pelo decurso do prazo.

Perda e suspensão dos direitos políticos têm os mesmos efeitos. Daí decorre logicamente que a perda ou a suspensão acarretam a perda dos cargos que não possam ser preenchidos por quem não for cidadão, bem como dos mandatos representativos” (*Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 23ª edição, p. 100).

2. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO, ENQUANTO DURAREM SEUS EFEITOS

O art. 15, III, da Carta Magna disciplina esta hipótese de suspensão dos direitos políticos. Não existem controvérsias na doutrina ou jurisprudência quanto a natureza jurídica da norma. A regra constitucional é uma causa de suspensão dos direitos políticos.

A suspensão dos direitos políticos por condenação criminal é sanção ensejadora da perda dos mandatos eletivos (art. 55, VI, da CRFB).

No Egrégio Tribunal Superior Eleitoral destaca-se o verbete sumular nº 9:

“A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos.”

Algumas questões emergem sobre a causa de suspensão.

3. É POSSÍVEL A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS EM VIRTUDE DE CONDENAÇÃO POR CONTRAÇÃO PENAL?

Existem duas correntes: *a*) a primeira entende que os direitos políticos negativos devem ser interpretados restritivamente. No caso o intérprete somente poderá fazer uma interpretação literal ou gramatical da expressão “criminal”. Leia-se, as condenações decorrentes de crimes. Posição de alguns julgados jurisprudenciais, pois o art. 15, III, só alcançaria as penas que acarretassem prisões. Havia entendimento no sentido do afastamento da causa de suspensão na hipótese de aplicação do *sursis* da pena (posição minoritária); *b*) a segunda entende que o termo “condenação criminal” não faz diferença entre tipos penais dolosos ou culposos, abrangendo, inclusive as contrações penais (delitos anões no dizer do doutrinador NELSON HUNGRIA). Trata-se de aplicar a norma constitucional dentro do sistema jurídico vigente. A tutela reside na defesa da ordem democrática contra a indignidade penal. Nesse sentido é o voto do Ministro CELSO DE MELLO (STF, Pleno, Recurso Extraordinário nº 179.502-6-SP. *Ementário* nº 1.799-09). Para cargos públicos de menor escalão se exige que os cidadãos sejam insuspeitos, sendo assim, para os cargos mais elevados devemos evitar o acesso de condenados por delitos dolosos, culposos e contrações penais enquanto as decisões produzirem seus efeitos jurídicos. Na doutrina são os ensinamentos de PONTES DE MIRANDA, JOSÉ AFONSO DA SILVA, ALEXANDRE DE MORAES, TORQUATO JARDIM, TITO COSTA, JOEL JOSÉ CÂNDIDO, PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS e ADRIANO SOARES COSTA. No sentido de que a suspensão dos direitos políticos em razão de condenação criminal transitada em julgado é aplicável até nos delitos culposos, vide Acórdão 13.027, Recurso Especial 13.207, relator Ministro Marco Aurélio 18.09.1996. TSE 09/II, p. 19.

Assiste total razão a segunda corrente, por algumas premissas básicas: *a*) não é crível que se faça distinção entre condenação criminal e condenação contravencional. O gênero “infração penal, abrange as espécies “crime e contração”. Na verdade, o legislador quis dizer: “infração penal”. A interpretação constitucional no sentido favorável da segunda corrente leva em consideração: o efeito integrador; o efeito da justiça ou conformidade

funcional (JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO); a utilidade da norma no ordenamento jurídico; a interpretação da Constituição deve ser explícita e implícita, a fim de alcançar o verdadeiro significado; a Súmula 9 do TSE não tratou de diferenciar o crime da contravenção e, por fim, a Constituição não deve ser interpretada com o rigor exegético da norma penal, pois o legislador constituinte busca sempre fixar os princípios básicos.

4. A TRANSAÇÃO PENAL IMPOSTA PELO ART. 76 DA LEI 9.099/95 ACARRETA A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS COM SUBSUNÇÃO NO ART. 15, III, DA CARTA MAGNA?

É possível a transação penal nos crimes eleitorais independentemente da ritualidade especial. Nesse sentido a doutrina majoritária, DAMÁSIO E. DE JESUS, LUIZ FLÁVIO GOMES, JOEL JOSÉ CÂNDIDO, ADRIANO SOARES COSTA e outros renomados autores. Admitindo a transação penal (princípio da isonomia constitucional) aos procedimentos especiais destacam-se as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão 36.545/RS, 02/06/2003, Ministro Gilson Dipp e *Habeas Corpus* 22.881 de 26 /05/2003, Ministro Felix Fischer.

Sobre o assunto existem duas correntes de pensamento: a primeira é defendida pelo eminente doutrinador ADRIANO SOARES COSTA, no sentido de que “na hipótese de transação prevista no art. 76 desta lei, há inflicção de pena restritiva de direitos ou multa, com a incidência do art. 15, III., da CF/88”¹; a segunda sustentada pelo autor é no sentido de que a aplicação e aceitação da transação penal não importa na suspensão dos direitos políticos, porque a natureza da sentença não é condenatória própria nem imprópria. No dizer sempre expressivo da doutrinadora ADA PELLEGRINI GRINOVER, a sentença é simplesmente “homologatória” da transação. Outrossim, a decisão é inquestionavelmente uma sentença, que faz coisa julgada material acarretando um título executivo penal. Trata-se de sentença sem natureza jurídica condenatória (Tese 1 - Do 1º Congresso Brasileiro de Direito Processual e Juizados Especiais). Vê-se, portanto, que a sentença não ingressa no mérito da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, além de não produzir os efeitos da sentença condenatória comum.

Impende ainda frisar o fato relativo aos efeitos da transação homologada e transitada em julgado, ou seja, apenas impedirá ao autor do fato à obtenção de benefício idêntico (transação penal) no prazo de 5 (cinco) anos da data da homologação. Conclusivamente, a aceitação da transação penal não implica em considerar o réu reincidente e lançar o nome dele no rol dos culpados (art. 76, § 6º, da Lei 9.099/95).

A transação penal não acarreta os efeitos civis do art. 91, I, do Código Penal e, nas lições de JULIO FABBRINI MIRABETE, em sua obra *Juizados Especiais Criminais*, “não causa a sentença os efeitos civis e administrativos previstos no art. 92, do Código Penal, eventualmente aplicáveis ao autor da infração de menor potencial ofensivo, mesmo porque tais efeitos não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença (art. 92, parágrafo único, do CP)” (Editora Atlas, p. 151). Registre-se a posição do doutrinador MARCELLUS POLASTRI LIMA, ao comentar sobre a transação penal, quando traz à baila o art. 202 da Lei de Execução Penal que impede o fornecimento de certidão criminal para fins particulares possibilitando a inserção do autor do fato no mercado de trabalho. Se nem a certidão pode ser fornecida ao juiz eleitoral do registro de candidatura, exceto se houver requisição específica, é evidente que o controle jurisdicional da causa de suspensão dos direitos políticos torna-se inviável.

1 Adriano Soares de Costa. *Instituições de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 3ª ed., p. 88.

Ao ensejo da conclusão, é importante frisar a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, no sentido de que no crime do art. 334 do Código Eleitoral não é cabível a transação penal, pois adota como pena autônoma a cassação do registro do candidato (agente ativo da empreitada delitiva):

“(TSE) RESOLUÇÃO Nº 21.294, DE 7.11.2002 PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 18.956/DF. RELATOR: MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO EMENTA: Infrações penais eleitorais. Procedimento especial. Exclusão da competência dos juizados especiais. Termo circunstanciado de ocorrência em substituição a auto de prisão. Possibilidade. Transação e suspensão condicional do processo. Viabilidade. Precedentes. I - As infrações penais definidas no Código Eleitoral obedecem ao disposto nos seus arts. 355 e seguintes e o seu processo é especial, não podendo, via de consequência, ser da competência dos juizados especiais a sua apuração e julgamento. II - O termo circunstanciado de ocorrência pode ser utilizado em substituição ao auto de prisão em flagrante, até porque a apuração de infrações de pequeno potencial ofensivo elimina a prisão em flagrante. III - O entendimento dominante da doutrina brasileira é no sentido de que a categoria jurídica das infrações penais de pequeno potencial ofensivo, após o advento da Lei 10.259/2001, foi parcialmente alterada, passando a ser assim consideradas as infrações com pena máxima até dois anos ou punidas apenas com multa. IV - É possível, para as infrações penais eleitorais cuja pena não seja superior a dois anos, a adoção da transação e da suspensão condicional do processo, salvo para os crimes que contam com um sistema punitivo especial, entre eles aqueles a cuja pena privativa de liberdade se cumula a cassação do registro se o responsável for candidato, a exemplo do tipificado no art. 334 do Código Eleitoral. DJ de 7.2.2003.”

Na análise do art. 334 do Código Eleitoral, a jurisprudência apresenta alguns exemplos, distribuição de prêmios, sorteios, bingos, etc. Comprovada a autoria, co-autoria ou participação do candidato, é possível a imposição de pena privativa de liberdade, além da pena autônoma de cassação do registro de candidatura. Todavia, o registro só poderá ser cassado se a sentença transitar em julgado antes da diplomação, pois caso contrário deve-se seguir o sistema processual eleitoral da ação de impugnação ao mandato eletivo ou do recurso contra a diplomação.

Convém ressaltar, o fato de que a cassação do registro imposta no preceito secundário da norma incriminadora, a princípio, não é óbice à transação penal, porque, assim como na Lei de Abuso de Autoridade (Lei 4.898/65) a perda do cargo, também não é barreira intransponível a transação penal.

Sobre o relevante tema, trazemos à baila as lições sempre elucidadoras da professora ADA PELLEGRINI GRINOVER: “Haverá discussão, com certeza, sobre se tais delitos entram ou não no novo regime jurídico das infrações de menor potencial ofensivo.

Aliás, já se salientou a incompatibilidade entre o sistema punitivo da lei de abuso de autoridade (Lei 4.898/65, art. 6.º) e a transação penal. Impõe-se considerar a seriedade e a gravidade dos delitos de abuso de autoridade, que afetam os direitos

humanos mais fundamentais. Não é fácil conciliar uma ofensa grave à liberdade (ou *ius libertatis*) ou ao domicílio alheio com a noção de infração de menor potencial ofensivo.

Antes do advento da Lei 10.259/2001, o sistema dos juizados não se aplicava aos crimes de abuso de autoridade em razão de contarem com o procedimento especial (STF, HC 77.216, rel. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 21.08.1998, p. 4); agora, depois da citada lei, continuaria impossível essa incidência, porque a Lei 4.898/65 prevê um específico sistema punitivo (inconciliável com os juizados).

Os argumentos que acabam de ser lançados impressionam, mas não seriam absolutamente inabaláveis pelo seguinte: por força do § 4º do art. 6º da Lei 4.898/1965, “as penas previstas no parágrafo anterior [multa, detenção, perda de cargo e inabilitação poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente]”.

Como se vê, o sistema punitivo previsto para os delitos de abuso de autoridade é especial (não se pode questionar), mas não é inflexível. Leia-se: a pena de perda de cargo não deve ser imposta sempre. Cabe ao juiz, em cada caso concreto, decidir qual ou mais penas irá fixar. Rege aqui o princípio da suficiência (e o da proporcionalidade). Cada um deve ser punido na medida de sua culpabilidade.

Ora, se na própria cominação legal nada existe de inflexível, isto é, se cabe ao juiz, em cada caso concreto, decidir qual a resposta ou quais as respostas penais mais adequadas, então impõe-se concluir que, doravante, dentre todas as possibilidades com as quais ele conta, nos delitos que estamos examinando, uma delas (ou melhor, mais uma delas) é a da transação penal, afastando-se, evidentemente, a possibilidade de se transacionar sobre a perda de cargo (que, repita-se, é uma pena que nem sempre deve ter incidência).

Em fatos graves, gravíssimos, certamente o juiz refutará a transação penal (nos termos do art. 76, § 2º), por não ser ela suficiente para reprovar a culpabilidade do agente. Isso ocorrendo, instaura-se o processo criminal e no final o juiz imporá as sanções cabíveis.

De outro lado, observe-se que o Código Penal (art. 92) pode servir de parâmetro para o juiz e este diploma legal só permite a pena de perda de cargo quando a privativa de liberdade alcance pelo menos um ano².

5. A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO SUSPENDE OS DIREITOS POLÍTICOS COM BASE NO ART. 15, III, DA CARTA MAGNA?

Neste ponto, a questão é até o presente momento pacífica na doutrina (JOEL JOSÉ CÂNDIDO e ADRIANO SOARES COSTA). Trata-se de decisão sem julgamento de mérito. Nesse sentido, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, MARCELLUS POLASTRI LIMA, JULIO FABBRINI MIRABETE, AFRÂNIO SILVA JARDIM, ANTÔNIO JOSÉ CAMPOS MOREIRA, CLÁUDIO SOARES LOPES, MENDELSSONH KIELING e outros renomados doutrinadores. Desta forma, assiste total razão a doutrina, porque a decisão do *sursis* processual (art. 89 da Lei 9.099/95), evidentemente não ingressa no mérito da culpabilidade. Cumprido o *sursis* processual é declarada a extinção da punibilidade na forma legal (art. 89, § 5º, da Lei 9.099/95).

Destaca-se:

² *Juizados Especiais Criminais*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 379-380.

“(TSE). INELEGIBILIDADE CONDENAÇÃO CRIMINAL - Direito Eleitoral. Recurso ordinário. Registro. Condenação criminal. Suspensão condicional do processo. Lei nº 9.099/95. Inelegibilidade. Não-ocorrência. Precedentes. Recurso provido. I - A suspensão condicional do processo, nos moldes do art. 89 da Lei nº 9.099/95, não implica reconhecimento de culpabilidade e aplicação de pena. II - A suspensão dos direitos políticos e a conseqüente inelegibilidade somente ocorrem com o trânsito em julgado de sentença condenatória. Acórdão nº 546, de 10.9.2002. Recurso Ordinário nº 546 Classe 27ª/RO (Porto Velho). Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo. Decisão: Unânime em dar provimento ao recurso.”

6. A CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO QUE APLICA APENAS A PENA DE MULTA ACARRETA A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS (ART. 15, III, DA LEI MAIOR)?

Sim, a aplicação da pena de multa prevista na legislação penal produz os mesmos efeitos das penas restritivas de direito e privativas de liberdade para fins políticos (suspensão dos direitos políticos). Enquanto não paga a multa e declarada extinta a pena pelo seu cumprimento, o condenado não poderá votar e ser votado. Nesse sentido são as valiosas lições de ADRIANO SOARES COSTA.

O art. 66, V, g, da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, diz que compete ao juiz da execução penal declarar a extinção da pena pelo seu cumprimento.

7. A SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA TRANSITADA EM JULGADO ACARRETA A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS?

Cumprе trazer à baila as valiosas lições do doutrinador FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “a absolutória imprópria é aquela em que, sem embargo da absolvição, impõe medida de segurança, tal como previsto no art. 386, parágrafo único, III, do CPP. A rigor, tal decisão é condenatória, porquanto, no *decisum*, o órgão jurisdicional impõe a medida de segurança, que não deixa de ser, a despeito da sua finalidade, uma *sanctio juris*, prevista pela ordem jurídico-penal”³.

Nas letras de FREDERICO MARQUES citando ARTURO SANTORO, ALFREDO DE MARSICO e GIULIANO VASSALI nos ensina o mestre sobre a natureza da sentença absolutória imprópria. Impera uma *sanctio juris*. Trata-se de verdadeira condenação, inclusive dando causa a execução forçada (título penal executório). Ora, não é pelo rótulo que se identifica a *ratio essendi* de instituto jurídico, mas pela análise da sistemática. Se a medida de segurança é imposta (art. 96 do Código Penal) aos inimputáveis e semi-imputáveis, sendo suas espécies (detentiva e restritiva), sujeitando o paciente a internação hospitalar e acompanhamento por médico psiquiatra ou, a tratamento ambulatorial é inegável que é uma forma de sanção penal. Nesse sentido, ver DAMÁSIO DE JESUS (*Código Penal Comentado*).

De certo que entre os pressupostos das medidas de segurança, reside a análise do agente ter praticado fato previsto como crime e a avaliação da periculosidade.

³ Fernando da Costa Tourinho Filho. *Prática de Processo Penal*. São Paulo, Ed. Saraiva, pp. 395-396.

O art. 171 da Lei 7.210/84 (LEP) faz menção a expedição de guia para a execução da medida de segurança. Assim, verifica-se que o paciente cumpre pelo prazo legal e durante o tempo que for necessário a imposição da medida de segurança, inclusive dentro dos manicômios judiciários e, desta forma, estará sujeito a suspensão dos direitos políticos durante o prazo que perdurar a medida de segurança.

A hipótese pode dar ensejo a interdição pela incapacidade civil absoluta, por via independente dos efeitos automáticos da sentença absolutória imprópria (condenatória).

8. O LIVRAMENTO CONDICIONAL E O CUMPRIMENTO DE *SURSIS* DA PENA IMPORTAM NA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS?

É majoritário na doutrina e jurisprudência que a suspensão condicional da pena e o livramento condicional não afastam a inelegibilidade (TSE, Ac. 13.012, Relator Ministro Torquato Jardim). Nesse sentido na doutrina ADRIANO SOARES COSTA, ANTÔNIO CARLOS MENDES, JOEL JOSÉ CÂNDIDO e PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS.

Mister se faz ressaltar o disposto no art. 131 da Lei 7.210/84 (LEP) ao tratar do livramento condicional como forma de execução da pena privativa de liberdade. Só se executa a pena de réus condenados definitivamente. Trata-se de “medida penal de natureza restritiva da liberdade”. Ver lições de DAMÁSIO DE JESUS na sua obra, *Código Penal Comentado*. Seguimos a posição majoritária.

Destaca-se:

“(TSE). Ementa: Registro de candidato. Impugnação. Impugnado beneficiado pelo *sursis*. Direitos políticos suspensos. Exegese do art. 15, III e art. 14, § 3º, II da Constituição Federal. Indeferimento do registro. Constatando-se dos autos que o requerente está com os direitos políticos suspensos em virtude de sentença criminal transitada em julgado, com o benefício do *sursis*, é de se julgar procedente a impugnação, indeferindo-se seu pedido de registro de candidatura. Exegese dos arts. 15, III, e 14, § 3º, II, da Constituição Federal.”

Na decisão acima aviventada, o eminente Procurador Geral Eleitoral salientou que “a jurisprudência é tranqüila no sentido de que o dispositivo constitucional é auto-aplicável e que a suspensão dos direitos políticos decorre automaticamente do trânsito em julgado da sentença condenatória, não precisando nem mesmo ser nela declarada. É igualmente pacífico o entendimento de que, estando em curso o período de suspensão condicional da pena, continuam suspensos os direitos políticos, a inviabilizar o registro da candidatura. À guisa de ilustração sobre o tema, citamos os seguintes precedentes do colendo Supremo Tribunal Federal e deste egrégio Tribunal Superior Eleitoral. Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Interpretação do art. 15, III, da Constituição Federal. Em face do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena (Recurso Extraordinário nº 179.502/SP, relator

Ministro Moreira Alves, DJU de 8.9.95). Recurso especial. Recurso contra expedição de diploma. Condenação criminal transitada em julgado. *Sursis*. CF. Art. 15, III, auto-aplicabilidade. 1. A CF, art. 15, III, possui eficácia plena (RE nº 179.502, rel. Min. Moreira Alves, 8.9.95). 2. Deve-se cassar o diploma de candidato condenado por sentença transitada em julgado, independentemente da natureza do crime e mesmo que esteja em curso a suspensão condicional da pena (Acórdão nº 15.338/DF, relator Ministro Edson Vidigal, DJU de 13.8.99, p. 84. No mesmo sentido: Acórdão nº 174/SP, relator Ministro Eduardo Alckmin, publicado em sessão de 2.9.98). Incensurável, portanto, o v. acórdão quando indeferiu o registro da candidatura do recorrente, ao cargo de deputado estadual por falta da condição de elegibilidade relativa ao pleno gozo dos direitos políticos, prevista no art. 3º, inciso II, da Constituição Federal. Ante o exposto, opina o Ministério Público Eleitoral no sentido do não-conhecimento do presente recurso especial.”

Registre-se que da decisão acima “dissentiu, em primeiro lugar, o eminente Ministro Marco Aurélio: sem negar a aplicabilidade imediata da norma constitucional questionada, S. Exa. lhe reduz o alcance de modo a restringir a suspensão de direitos políticos à hipótese e à duração do cumprimento efetivo da pena privativa de liberdade e, conseqüentemente, entendê-lo inaplicável se e enquanto vigorar o *sursis*; na mesma” (Publicado em sessão de 19.9.2002, *Informativo* 35, de 28 de outubro a 3 de novembro de 2002).

No Supremo Tribunal Federal, no RE nº 179.502, de 31 de maio de 1995, Relator Moreira Alves, DJ de 8.9.95, está decidido “que a condenação criminal, seja ela qual for, implica ainda quando sustada a execução da pena privativa de liberdade pelo *sursis*, suspensão de direitos políticos enquanto durem os seus efeitos”.

Não se pode perder de vista os debates em torno desta relevante questão. Todavia, as formas de execução de pena não se confundem com a perda do mandato em decorrência da suspensão dos direitos políticos.

9. A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS SUBSISTE EM RAZÃO DA DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM SUBSUNÇÃO NAS CAUSAS ELENCADAS NO ART. 107 DO CÓDIGO PENAL?

A doutrina nas letras de JOEL JOSÉ CÂNDIDO entende que por qualquer das causas enumeradas no art. 107 do Código Penal, decretada a extinção da punibilidade os efeitos da suspensão dos direitos políticos não subsistem. Assiste parcial razão ao mestre.

A questão é que nem sempre o juiz da execução penal nos casos de graça e indulto reconhece a extinção da punibilidade. Conforme nos ensina DAMÁSIO E. DE JESUS, a “graça e o indulto podem ser: a) plenos: quando extinguem totalmente a punibilidade; b) parciais: quando concedem diminuição da pena ou sua comutação (substituição da pena por outra de menor gravidade)”⁴.

Nas hipóteses de comutação de pena (indulto parcial) não há extinção de punibilidade. Idêntica situação é no indulto incidente, ou seja, apenas sobre uma das penas sofridas pelo réu e que ainda está em cumprimento. Feitas estas distinções, concordamos inteiramente com a posição do renomado autor.

⁴ Damásio E. de Jesus. *Direito Penal*. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo, Ed. Saraiva.

Destaca-se:

“(TSE) INELEGIBILIDADE - CONDENAÇÃO CRIMINAL - INDULTO. Registro de candidatura. Indeferimento. Condenação criminal com trânsito em julgado. Suspensão de direitos políticos. Sentença declaratória da concessão de indulto posterior ao indeferimento. Indulto parcial, referente, apenas, ao aspecto da pena restritiva de liberdade, não se estendendo às penas acessórias e aos efeitos da condenação. Permanência, *in casu*, da pena acessória relativa à suspensão dos direitos políticos. Recurso não provido. Acórdão nº 95, de 10.9.98 - Recurso Ordinário nº 95 - Classe 27ª/PR (Curitiba). Relator: Ministro Eduardo Alckmin. Decisão: Unânime em negar provimento ao recurso”.

10. QUAL O JUÍZO COMPETENTE PARA TRATAR DA EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA PELA JUSTIÇA ELEITORAL?

A questão está devidamente sumulada, “Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual” (Súmula 192 do Superior Tribunal de Justiça). Ressalte-se, por oportuno, que a extinção da punibilidade, decorrente do cumprimento integral da pena, para efeito de elegibilidade, deve ser declarada pelo juízo da execução penal, depois de observado, também, o pagamento da multa imposta pelo decreto condenatório. Nesse sentido há diversos julgados do TSE.

11. A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS É AUTOMÁTICA?

A Resolução do TSE 20.132, de 19 de março de 1998, dispõe “sobre o alistamento e serviços eleitorais mediante processamento eletrônico de dados, a revisão da situação de eleitor, a administração e a manutenção dos cadastros eleitorais em meio magnético, o sistema de alistamento eleitoral, a revisão do eleitorado e a fiscalização dos partidos políticos, entre outras”, e estabelece as regras nas hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos:

“Art. 51. Tomando conhecimento de decretação de incapacidade civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado, improbidade administrativa ou de fato ensejador de suspensão de inscrição por suspensão de direitos políticos, a Autoridade Judiciária determinará a inclusão dos dados no sistema através de FASE.

§ 1º Não se tratando de eleitor de sua Zona Eleitoral, o Juiz Eleitoral comunicará o fato, por intermédio das correspondentes Corregedorias Regionais, à Zona Eleitoral a que pertencer a inscrição.

§ 2º Comunicada a perda ou suspensão de direitos políticos ao TSE, pelo Ministério da Justiça, ou comandados os respectivos

FASEs pelos Juízos Eleitorais, a Secretaria de Informática procederá à imediata atualização da situação das inscrições no cadastro.

Art. 52. A regularização da situação eleitoral de pessoa que tenha perdido seus direitos políticos ou esteja com os mesmos suspensos somente será possível mediante comprovação de haver cessado o impedimento.

§ 1º Para regularização de inscrição envolvida em duplicidade ou pluralidade com outra de pessoa que perdeu ou está com seus direitos políticos suspensos, será necessária a comprovação de tratar-se de eleitor diverso.

§ 2º Na hipótese do artigo, o interessado deverá preencher requerimento e instruir o pedido com Declaração de Situação de Direitos Políticos (Anexo XIV) e documentação comprobatória de sua alegação.”

Como visto, não é necessário que a sentença penal, expressamente, disponha sobre a suspensão dos direitos políticos. No caso, é suficiente o juiz eleitoral receber a certidão do juiz criminal e verificar seu trânsito em julgado e se o eleitor pertence a zona eleitoral, sendo necessária a manifestação do órgão do Ministério Público (Promotor Eleitoral).

O efeito é automático e é consectário legal do disposto no art. 15, III, da Lei Maior.

12. É NECESSÁRIA A REABILITAÇÃO PARA O ESTABELECIMENTO DOS DIREITOS POLÍTICOS?

O verbete sumular 9 do TSE é claro ao afirmar que não é necessária a reabilitação. Uma vez declarada a extinção da punibilidade ou extinção da pena, o interessado não precisa ser reabilitado.

O doutrinador JOEL JOSÉ CÂNDIDO é favorável a dispensa da reabilitação, fazendo menção a posição contrária do doutrinador ANTONIO CARLOS MENDES.

Na verdade, a reabilitação é instituto de pouquíssima utilização, até porque os interessados são favorecidos pela norma do art. 202 da Lei de Execução Penal (7.210/84). O art. 202 assegura o sigilo das anotações criminais, impedindo ao cartório de certificar condenações com penas já cumpridas.

O eminente penalista GUILHERME DE SOUZA NUCCI, em sua obra *Código Penal Comentado* (Editora Revista dos Tribunais), salienta sobre o desinteresse na reabilitação diante da norma assecuratória do art. 202 da LEP. O sigilo não prevalece para fins criminais (FAC), em razão de concursos públicos e para fins eleitorais (ação de impugnação ao registro de candidaturas e ação de impugnação ao mandato eletivo).

É bem verdade que, a reabilitação e a prova da reparação dos danos deveriam ser exigidas, pois o agente ativo da empreitada delitativa merecia ficar bastante tempo afastado da vida política.

13. A PROPOSITURA DE AÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL AFASTA A CAUSA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS?

Registre-se:

“(TSE) Agravo regimental. Recurso especial recebido como ordinário. Eleições 2002. Registro. Inelegibilidade. Art. 1º, I, e e g, da LC nº 64/90. Crime eleitoral. Rejeição de contas. A propositura de revisão criminal não suspende a inelegibilidade. Acórdão nº 19.986, de 1º.10.2002. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 19.986. Classe 22ª/ES (Vitória). Relator: Ministro Luiz Carlos Madeira. Decisão: Unânime em negar provimento ao agravo regimental”. Igualmente, as revisões criminais não suspendem a inelegibilidade (REspe nº 16.742/SP, rel. Min. Fernando Neves da Silva, publ. em sessão em 27.9.2000).

Saliente-se ainda que o ajuizamento da ação de revisão criminal não suspende a execução da sentença penal condenatória. Na hipótese é resguardada a autoridade da coisa julgada, pois somente com a procedência do pedido da revisão é que será desfeita a coisa julgada.

A absolvição acarreta o restabelecimento dos direitos políticos.

Entendemos ser possível a indenização por erro judiciário (art. 630 do CPP) na seguinte hipótese: se o candidato X foi diplomado e eleito, sendo que no curso do mandato eletivo emerge decisão condenatória transitada em julgado lhe acarretando a perda do mandato eletivo, e posteriormente ele obtém a absolvição em decorrência da procedência da revisão criminal é possível a indenização por dano material e moral. No caso concreto, a responsabilidade é objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da CRFB).

Impende salientar relevante decisão em que os votos dados ao inelegível são contados para o Partido Político:

“(TSE). Questão de ordem. Inteligência do art. 175, e seus §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral. O cômputo de votos conferidos a candidato que concorreu à eleição por força de liminar concedida em ação de revisão criminal, que, posteriormente às eleições, foi julgada improcedente, deve ser feito de acordo com o disposto no art. 175, § 4º, do Código Eleitoral. Acórdão nº 1.029, de 13.12.2001. Medida Cautelar (Liminar) nº 1.029. Classe 15ª, Santa Catarina (62ª Zona Imaruí). Relatora: Ministra Ellen Gracie. Requeridos: Diretório Municipal do PTB e outra. Decisão: Unânime em conceder a liminar.”

14. A RELATIVA INDEPENDÊNCIA ENTRE A DECISÃO PENAL E A PROFERIDA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL

De certo que, o fato da ação de impugnação ao mandato eletivo não lograr êxito não desnatura a procedência da pretensão punitiva no processo penal condenatório.

A relativa independência entre o juiz eleitoral e criminal é consectário jurídico natural do sistema processual vigente, especialmente na análise do conjunto probatório, pois as provas para um juízo de culpabilidade podem ser outras não elencadas na AIME.

No sentido acima, registre-se:

“(TSE) Eleitoral. Penal. Recurso especial. Juízo de admissibilidade. (...) Ação de impugnação de mandato eletivo julgada improcedente. Inexistência de obstáculo à condenação criminal. A circunstância de ter sido julgada improcedente ação de impugnação de mandato eletivo acerca dos mesmos fatos não constitui obstáculo à condenação criminal, desde que fundada no que apurado no curso da instrução do processo crime. Acórdão nº 2.577, de 1º.3.2001. Agravo de Instrumento nº 2.577. Classe 2º/SP (Urânia). Relator: Ministro Fernando Neves. Decisão: Unânime em negar provimento ao agravo.”

15. MISTER SE FAZ RESSALTAR A ANÁLISE DOS ARTS. 15,III, E 55, VI, E § 2º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Os deputados federais e senadores, que forem condenados criminalmente com sentença transitada em julgado no exercício do mandato eletivo, perdem o mandato, mas estão sujeitos a procedimento *interna corporis*, conforme disciplina o § 2º, do art. 55 da CRFB. A perda deverá ser decretada pela Casa que ele pertencer. Nesse sentido (RE nº 179.502-6/SP). Outrossim, a mesma regra se aplica ao deputados estaduais por disciplinamento nas Constituições Estaduais. Ver ainda as decisões: RE.13.053/RN, relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 11.9.961; RE 14.119/SP, relator Ministro Francisco Rezek, julgado em 2.10.962; o Recurso Ordinário 174/SP, relator Ministro Eduardo Alckmin, julgado em 2.9.983; e o RE 15.338/ES, relator Ministro Edson Vidigal, julgado em 19.8.994.

Como se depreende, a antinomia entre o art. 15, III (auto-aplicável, segundo pacífica jurisprudência do TSE) e o art. 55, VI, da CRFB, resolve-se, segundo nos ensina a Ministra Ellen Gracie pela especialidade. Nesse sentido voto do Ministro Moreira Alves no RE 179.502/SP, DJU 8.9.95.

Na verdade, o art. 55, VI, da CRFB é especial e se destina, exclusivamente, aos deputados federais, estaduais e senadores, não se aplicando aos vereadores. Trata-se de uma exceção ao art. 15, III, da Lei Maior e, portanto de âmbito restritivo. O art. 55 não está a limitar a incidência do art. 15. Somente, desta forma, podemos conjugar os dispositivos como compatíveis no sistema constitucional brasileiro, resolvendo-se a aparente antinomia pelo critério da especialidade. Nesse sentido a doutrina de ALEXANDRE DE MORAES citando voto do Ministro Nelson Jobim.

Destacamos parte do acórdão do TSE sobre a *vexata quaestio*:

“A norma inscrita no art. 55, § 2º, da Carta Federal, enquanto preceito de direito singular, encerra uma importante garantia constitucional destinada a preservar, salvo deliberação em contrário

da própria instituição parlamentar, a intangibilidade do mandato titularizado pelo membro do Congresso Nacional, impedindo, desse modo, que uma decisão emanada de outro poder (o Poder Judiciário) implique, como conseqüência virtual dela emergente, a suspensão dos direitos políticos e a própria perda do mandato parlamentar. Não se pode perder de perspectiva, na análise da norma inscrita no art. 55, § 2º, da Constituição Federal, que esse preceito acha-se vocacionado a dispensar efetiva tutela ao exercício do mandato parlamentar, inviabilizando qualquer ensaio de ingerência de outro poder na esfera de atuação institucional do Legislativo. Trata-se de prerrogativa que, instituída em favor dos membros do Congresso Nacional, veio a ser consagrada pela própria Lei Fundamental da República. O legislador constituinte, ao dispensar esse especial e diferenciado tratamento ao parlamentar da União, certamente teve em consideração a necessidade de atender ao postulado da separação de poderes e de fazer respeitar a independência político-jurídica dos membros do Congresso Nacional. Essa é, portanto, a *ratio* subjacente ao preceito consubstanciado no art. 55, § 2º, da Carta Política, que subtrai, por efeito de sua própria autoridade normativa, a nota de imediatidade que, tratando-se de cidadãos comuns, deriva, exclusivamente, da condenação penal transitada em julgado. Esse sentido da norma constitucional em questão tem sido acentuado, sem maiores disceptações, pela doutrina, cujo magistério proclama que, nessa particular e específica situação (CF, art. 55, VI), a privação dos direitos políticos somente gerará a perda do mandato legislativo, se a instituição parlamentar, em deliberação revestida de natureza constitutiva, assim o decidir em votação secreta e sempre por maioria absoluta. Ante esses fundamentos, tenho que a solução contrária, defendida com o costumeiro brilho pelo ora relator, Ministro Sepúlveda Pertence, implicaria um esforço hermenêutico que ultrapassa a liberdade conferida ao juiz pelo ordenamento jurídico, notadamente em se tratando de interpretação que, afinal, restringiria a eficácia da norma constitucional. À luz do exposto, acompanho a divergência, *não conhecendo* do recurso. VOTO O SENHOR MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, peço vênias ao eminente relator para acompanhar a divergência inaugurada com o voto da Senhora Ministra Ellen Gracie, na linha do precedente citado do Supremo Tribunal Federal. VOTO (VENCIDO) O SENHOR MINISTRO LUIZ CARLOS MADEIRA: Sr. Presidente, com a devida vênias, acompanho o eminente relator, porquanto considero, fundamentalmente, o princípio da isonomia e o disposto no art. 55 da Constituição. Vejo esta a única forma de conciliar a interpretação que o eminente relator dá ao art. 15, inciso III, da Constituição Federal. VOTO (DESEMPATE) O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (presidente): Acompanho a divergência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Publicado em sessão de 19.9.2002."

Posta assim a questão, ao nosso pensar era absolutamente desnecessária a regra do art. 55, VI, especial e enfraquecedora da executoriedade da decisão judicial. Trata-se de regra que submete o exame da autoria, materialidade, provas, tipicidade, ilicitude e culpabilidade ao critério puramente político, quando a causa foi analisada pelo Poder Judiciário.

Trazemos à reflexão as valiosas lições de ADRIANO SOARES COSTA, *in verbis*:

“Por sua vez, a suspensão dos direitos políticos, decorrente do trânsito em julgado da sentença penal procedente, é efeito automático, exclusivo. Transitada em julgado a sentença penal, opera-se *ipso iure* a suspensão dos direitos políticos. Mas a suspensão dos direitos políticos não tem o efeito de, por si, operar a perda do cargo público ou do mandato eletivo. Para que isso ocorra, necessária uma nova ação, não mais de natureza penal, para que a Justiça Cível promova, com valhacouto na suspensão automática dos direitos políticos, a perda do cargo público; e, no caso de parlamentares, necessárias as providências para que o Legislativo promova a perda do mandato eletivo (art. 55 da CF)”⁵.

Completando as explicações do doutrinador ADRIANO SOARES COSTA, não podemos olvidar do disposto no art. 92, I, letras *a* e *b*, do Código Penal. São efeitos não automáticos da condenação a perda do cargo e função pública. Assim, o órgão jurisdicional deverá motivar na sentença a decretação da perda (parágrafo único do art. 92 do CP).

Desta forma, a motivação na sentença para a perda do cargo público está vinculada as alíneas *a* e *b*, do art. 92. Por exemplo, se a pena aplicada for privativa de liberdade por período de tempo igual ou superior a um ano nos crimes funcionais (Lei 4.898/65 e abuso de poder) ou crimes que atingem a violação do dever com a administração pública, *v.g.*, peculato, concussão, emprego irregular de verbas públicas, etc. Na letra *b* é quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos.

Pergunta-se. E na hipótese do juiz aplicar pena de 3 anos de reclusão por um crime que não seja de abuso de poder ou de violação de dever para com a administração pública? Entendemos que, nesta hipótese é que deverá ser proposta a ação civil referida pelo doutrinador ADRIANO SOARES COSTA, pois nas letras *a* e *b*, se o juiz motivar na sentença a perda do cargo ou função pública não haverá necessidade da ação civil. De toda sorte, sempre que o juiz não motivar a perda do cargo ou da função e a questão transitar em julgado na esfera penal, não será nenhum óbice a propositura da ação civil visando alcançar o objetivo da perda.

Sobre o assunto, vide art. 16 da Lei 7.716/89 (Lei de Racismo), sendo efeito da condenação a perda do cargo ou função pública para o servidor em razão da prática de crime de racismo. Nesta hipótese, também deverá o juiz motivar na sentença.

5 Adriano Soares Costa. Instituições de Direito Eleitoral. 3ª ed. Belo Horizontte, Editora Del Rey, p. 86.

16. E A PERDA DO MANDATO PARA OS MEMBROS DO PODER EXECUTIVO?

Se o Presidente da República for condenado por sentença penal transitada em julgado o art. 15, III, é auto-aplicável. Nesse sentido é o pensamento doutrinário de ALEXANDRE DE MORAES. Em uníssono posicionamento é o Egrégio Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 0179502/SP, Ministro Moreira Alves, DJ de 8 de setembro 1995, p. 28.389). O Presidente da República ficará com os direitos políticos suspensos e perderá o mandato imediatamente. Não é necessária nenhuma deliberação legislativa. Trata-se de efeito da condenação. O mesmo ocorre com os Governadores de Estados e do Distrito Federal. Posição idêntica em JOEL JOSÉ CÂNDIDO. Ver ainda o art. 86, § 1º, da CRFB, abre-se vaga para o Vice.

Quanto aos Prefeitos o Decreto-lei 201/67 prevê o afastamento. Ver lições em TITO COSTA. Trata-se de medida cautelar com dúplice fundamento: preservar as provas judiciais e garantir a moralidade pública.

Os Prefeitos devem perder o mandato por decisão do Presidente da Câmara Municipal (aplica-se a regra do art. 92, I, do Código Penal). A perda, portanto, não é automática, pois é necessária a declaração de extinção do mandato pela Mesa da Câmara. Não é hipótese de cassação (ver ainda o art. 6º, I, do Decreto-lei 201/67). Nesse sentido JOEL JOSÉ CÂNDIDO.

Durante o afastamento e impedimento do Prefeito deve-se consultar a Lei Orgânica do Município para se saber as regras específicas do sucessor ou substituto.

17. O ART. 1º, INCISO I, LETRA E, DA LEI COMPLEMENTAR 64, DE 18 DE MAIO DE 1990, É *NUMERUS CLAUSUS*?

O doutrinador ANTÔNIO CARLOS MENDES entende que o dispositivo é *numerus clausus*.

Na verdade, os doutrinadores ADRIANO SOARES COSTA e JOEL JOSÉ CÂNDIDO entendem que o dispositivo não é causa de suspensão dos direitos políticos. JOEL JOSÉ CÂNDIDO em sua obra *Inelegibilidades no Direito Brasileiro* nos ensina que nunca teve dúvida sobre a natureza jurídica da enumeração, ou seja, restritiva. Não admite analogia com outros crimes. Crítica o eminente doutrinador a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que teria por analogia *in malam partem* estendido o dispositivo para os crimes do Decreto-lei 201/67 (Acórdão 12.902/96).

Explica o doutrinador JOEL JOSÉ CÂNDIDO que os delitos abrangidos pelo art. 1º, I, e, devem ter a mesma "gênese ontológica", além do rol dos crimes não estar completo e merecer reforma.

Assiste razão ao professor JOEL JOSÉ CÂNDIDO.

Na verdade, o artigo trata de hipóteses de inelegibilidades supervenientes à causa de suspensão dos direitos políticos. O réu cumpriu a pena e a mesma foi declarada extinta, todavia, emerge nova negativização dos direitos políticos passivos.

No dia posterior ao decreto de extinção da pena, o cidadão passa a ser inelegível. Agora poderá votar, mas durante 3 (três) anos não poderá ser votado. Leciona JOEL J. CÂNDIDO que ocorre uma "progressão na sanção política imposta à pessoa". O prazo de contagem não se interrompe e segue a regra do art. 10 do Código Penal.

Registre-se que, o art. 1º, I, e, enumera alguns bens jurídicos tutelados, tais como: fé pública, administração pública e patrimônio público. Em assonância, enumera os crimes eleitorais, o tráfico de drogas, os crimes contra a economia popular e contra o mercado financeiro.

A redação da alínea é defeituosa e dá margem a interpretação em sentido amplo. Os bens jurídicos enumerados podem estar dispostos em leis penais especiais e no próprio Código Penal. Por exemplo, na Lei de Racismo, na Lei de Abuso de Autoridade, na Lei de Tortura, etc.

Apresentamos um resumido rol que entendemos contemplado pela alínea e:

1) *ECONOMIA POPULAR*. Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951 - “Crimes contra a economia popular” (arts. 2º a 4º); Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964 - “Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias” (art. 65); Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964 - “Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias. Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências” (art. 34); Lei 4.728, de 14 de julho de 1965 - “Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para seu desenvolvimento” (arts. 72 a 74); Lei 4.729, de 14 de julho de 1965 - “Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências” (art. 1º); Lei 7.134, de 26 de outubro de 1983 - “Dispõe sobre a obrigatoriedade de aplicação dos créditos e financiamentos de organismos governamentais e daqueles provenientes de incentivos fiscais, exclusivamente nos projetos para os quais foram concedidos” (arts. 1º e 2º); Lei 7.492, de 16 de junho de 1986 - “Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências (arts. 2º a 23); Lei 7.505, de 2 de julho de 1986 - “Dispõe sobre benefícios fiscais na área do imposto de renda concedidos a operações de caráter cultural e artístico” (arts. 11 e 14); Lei 7.752, de 14 de abril de 1989 - “Dispõe sobre benefícios fiscais na área do imposto de renda e outros tributos, concedidos ao desporto amador” (art. 14); Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 - “Dispõe sobre a proteção ao consumidor”; Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990 - “Define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências”; Lei 8.176, de 8 de fevereiro de 1991 - “Define os crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoque de Combustíveis” (arts. 1º e 2º); Lei 8.212, de 24 de julho de 1991 - “Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio, e dá outras providências”; Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 - “Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências”; Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995 - “Altera a legislação do Imposto de Renda das pessoas jurídicas, bem como da Contribuição Social sobre Lucro Líquido, e dá outras providências (art. 34); Lei 9.613, de 3 de março de 1998 - “Dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências; e Lei 10.303, de 31 de

outubro de 2001 – “Altera e acrescenta dispositivos na Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários”.

A enumeração não é exaustiva e procura identificar os crimes tipificados nas leis penais especiais por identidade de bem jurídico tutelado com os crimes de economia popular. As leis acima aludidas podem ter crimes com dupla objetividade jurídica, sendo que pelo menos uma é contra a economia popular.

2) *FÉ PÚBLICA*. Compreende os delitos tipificados nos arts. 289 a 311 do Código Penal. Nesse sentido JOEL JOSÉ CÂNDIDO. Registramos ainda os seguintes: *a*) art. 16 da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa); *b*) arts. 36 a 39 da Lei 6.538/78 (Dispõe sobre os serviços postais); art. 25 da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional); arts. 7º, 9º, 10, 14, 15, 16, 21 da Lei 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional); arts. 63, 66 e 71 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); arts. 1º a 3º da Lei 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Tributária); art. 64 da Lei 8.383/91 (Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda, e dá outras providências); art. 17 da Lei 8.929/94 (Institui a Cédula de Produto Rural, e dá outras providências); arts. 192, 195, I, II e VIII, da Lei 9.279/96 (Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial); art. 312 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro); art. 66 da Lei 9.605/98 (Lei Ambiental); art. 79 da Lei 9.615/98 (Normas gerais de Desporto); art. 49 do Decreto-lei 5.452/43 (CLT); art. 256 do Decreto 3000/99 (Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza); art. 27-C da Lei 10.303/2001 (Comissão de Valores Mobiliários) e arts. 311 a 318 do Código Penal Militar.

3) *ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*. São os arts. 312 a 337-A do Código Penal. O doutrinador Joel José Cândido amplia até os crimes do art. 359-H. No Código Penal Militar compreende os crimes dos arts. 289 a 339; e ainda, art. 9º da Lei 1.079/50 (Crimes de Responsabilidade); os delitos tipificados no art. 1º do Decreto-lei 201/67 (Dispõe sobre os Crimes de Prefeitos); Lei 8.137/90 (Crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo); arts. 89 a 98 da Lei 8.666/93 (Institui normas de licitações e contratos na Administração Pública); e arts. 66 a 69 da Lei 9.605/98 (Lei Ambiental).

Destaca-se:

“(TSE). RECURSO ORDINÁRIO Nº 555/SP. RELATOR: MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO. DECISÃO. Direito Eleitoral. Registro de candidatura. Recurso ordinário. Condenação criminal. Desacato. “Registro de candidato. Cargo: deputado federal. Eleições 2002. Condenação por crime de desacato (art. 331 do CP).

Delito incluído no rol daqueles praticados contra a administração pública. Inelegibilidade configurada (art. 1º, inciso I, alínea *e*, da Lei Complementar nº 64/90). Registro indeferido.”

4) *PATRIMÔNIO PÚBLICO*. De *lege ferenda* assiste inteira razão ao doutrinador Joel José Cândido que inclui entre os crimes contra o patrimônio público o patrimônio privado. O entendimento do Tribunal Superior Eleitoral não dá essa extensão. Por patrimônio público deve-se entender apenas os seguintes delitos: art. 163, parágrafo único, III; 165, 166, 168-A, 177 a 179, do Código Penal; arts. 240, § 5º, 251, § 3º, 257, § 1º, 259, parágrafo único, 262 a 266, 268, § 1º, II, 383 a 385, todos do Código Penal Militar; arts. 38, 40, 49, 62, 63, 64 e 65 da Lei 9.605/98 (Lei Ambiental).

5) *MERCADO FINANCEIRO*. São os delitos tipificados nas Leis 4.595/64; 4.728/65 e 7.492/86.

6) *TRÁFICO DE ENTORPECENTES*. Compreende as Leis: 6.368/76; 10.409/2002 e Decreto 3.696/2000, além dos crimes dos arts. 290 e 291 do Código Penal Militar.

7) *CRIMES ELEITORAIS*. No Código Eleitoral arts. 289 a 354; art. 25 da Lei Complementar 64/90; art. 11 da Lei 6.091/74; art. 15 da Lei 6.996/82; arts. 33, §§ 3º e 4º, 34, § 2º, 39, § 5º, 40, 68, § 2º, 72, 91, parágrafo único, e 94, § 2º, da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições).

Conclusão: Os bens jurídicos tutelados pelo legislador na Lei das Inelegibilidades podem ser de *dupla subjetividade passiva*. De certo que em matéria de inelegibilidades (restrição aos direitos políticos passivos) a doutrina e o Tribunal Superior Eleitoral entendem que não se pode fazer interpretação extensiva para prejudicar a capacidade eleitoral passiva. Todavia, o legislador não adotou critério limitativo, pois se fosse essa a intenção teria seguido estritamente um rol de crimes, por exemplo, como fez o legislador na Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90). Desta forma, não vemos nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade na interpretação conforme à Constituição colmatando nas leis penais especiais o texto do art. 1º, I, letra *e*, com os bens jurídicos indicados pelo legislador infraconstitucional. O elenco de tipos penais acima enumerados é, portanto, meramente exemplificativo.

Registramos precedente do TSE estabelecendo uma simetria de interpretação da alínea *e*, do inciso I, do art. 1º, com o § 9º, do art. 14, todos da CRFB, *in verbis*:

“INELEGIBILIDADE - CONDENAÇÃO CRIMINAL - LEI DAS INELEGIBILIDADES. 1. Inelegibilidade. 2. Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, I, *e*. 3. Candidata condenada a quatro meses de detenção, sendo o acórdão de 8 de junho de 1995, por crime de desobediência. 4. A compreensão a ser dada ao art. 1º, I, *e*, da LC nº 64/90, quanto a crimes contra a administração pública, há de manter conformidade com as finalidades previstas no § 9º do art. 14 da CF, a se resguardarem. 5. Caso concreto em que não se configura inelegibilidade do art. 1º, I, *e*, da LC nº 64/90. 6. Recurso a que se nega provimento. Acórdão nº 171, de 27.8.98 - Recurso Ordinário nº 171 - Classe 27ª/PB (João Pessoa). Relator: Ministro Costa Porto.”

18. A PRESCRIÇÃO PODE SER CONHECIDA NO PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATOS?

A prescrição é matéria de ordem pública e pode ser reconhecida por qualquer juízo ou Tribunal, inclusive *ex officio*. Nesse sentido é o art. 61 do Código de Processo Penal.

Reconhecida a prescrição é declarada a extinção da punibilidade. Não há óbice que esse reconhecimento ocorra no pedido de registro de candidatos. Precedente do TSE: “RECURSO ORDINÁRIO Nº 625/MS. RELATOR: MINISTRO LUIZ CARLOS MADEIRA DESPACHO: Ementa: Registro de candidatura. Deputado estadual. Pleito eleitoral de 2002. Sentença condenatória transitada em julgado. Prescrição retroativa. Art. 114 do Código Penal. Matéria de ordem pública. Reconhecimento. Possibilidade. Resolução - TSE nº 20.993/2002. Registro deferido. Sendo a prescrição matéria de ordem pública, pode a mesma ser analisada e reconhecida em feito de registro de candidatura, mormente tratando-se de crime eleitoral. Com efeito, se entre a data do recebimento da denúncia e a sentença condenatória imposta pelo Tribunal fluíram mais de dois anos, incide a prescrição retroativa de que trata o art. 114 do Código Penal e, por conseguinte, defere-se o registro de candidatura da requerente.”

19. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE PÚBLICA CONSIDERADA A VIDA PREGRESSA DO CANDIDATO É AUTO-APLICÁVEL?

Até a presente data não foi apresentado nenhum projeto regulamentado a moralidade pública considerada a vida progressa do candidato, ou seja, seus antecedentes criminais.

A regra está à merecer urgente atenção dos Congressistas, porque na prática forense eleitoral não são poucos os casos graves em que candidatos respondem, inclusive por crimes de tráfico de drogas, estelionato, falsidades, etc.

O § 9º, do art. 14 da CRFB já foi alvo de análise em diversos julgados do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral.

Destaca-se:

“(…) Inelegibilidade. Vida progressa. Conduta desabonadora. Constituição da República, art. 14, § 9º. Súmula nº 13 do TSE.1. O art. 14, § 9º, da Constituição não é auto-aplicável. 2. Necessidade de lei complementar estabelecendo os casos em que a vida progressa do candidato poderá levar à sua inelegibilidade, bem como os prazos de sua cessação. (...) (Acórdão nº 17.666, de 29.9.2000, relator Ministro Fernando Neves); Inelegibilidade. Condenação criminal não transitada em julgado. Constituição da República, art. 14, § 9º. Súmula nº 13 do TSE. 1. A existência de sentença criminal condenatória, sem trânsito em julgado, não é suficiente para ocasionar inelegibilidade. 2. O art. 14, § 9º, da Constituição não é auto-aplicável. 3. Necessidade de lei complementar estabelecendo os casos em que a vida progressa do candidato poderá levar à sua inelegibilidade, bem como os prazos de sua cessação. (...) (Acórdão nº 18.047, de 29.9.2000, relator Ministro Fernando Neves)”.

Como se visto, o caso está sumulado (vide súmula 13 do TSE).

Particularmente entendemos que a norma do § 9º, do art. 14 é de eficácia contida, portanto é aplicável, mas está sujeita a normatização posterior. Trata-se de posição minoritária.

Ainda no TSE. Condenação criminal sem trânsito em julgado não é apta a ensejar inelegibilidade (precedentes do TSE: Ac. nº 18.047, rel. Min. Fernando Neves, de 29.9.2000 e Ac. nº 14.204, rel. Min. Ilmar Galvão, de 20.11.96).

20. CABE A JUSTIÇA ELEITORAL ANALISAR NO PROCESSO DE REGISTRO DE CANDIDATOS QUESTÕES PROCESSUAIS PENAIS RELATIVAS A NULIDADES?

De certo que, na competência da Justiça Eleitoral não cabe o exame de questões do juízo penal, exceto as matérias de ordem pública como a prescrição e decadência. Precedentes do TSE nesse sentido. “Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 19.322/CE, rel. Min. Garcia Vieira, em 28.6.2001. Candidato. Inelegibilidade. Condenação criminal. Preclusão. Defeito no processo crime. Falta de prequestionamento. Não cabe à Justiça Eleitoral, no pedido de registro de candidatura, analisar a existência de vícios no processo criminal, entre os quais o atraso na realização da audiência admonitória para o início do cumprimento do *sursis*. A arguição de preclusão e existência de defeito no processo crime não constituíram objeto de análise pelo acórdão, patenteando-se a falta de prequestionamento. O Tribunal negou provimento ao agravo regimental. Unânime.”

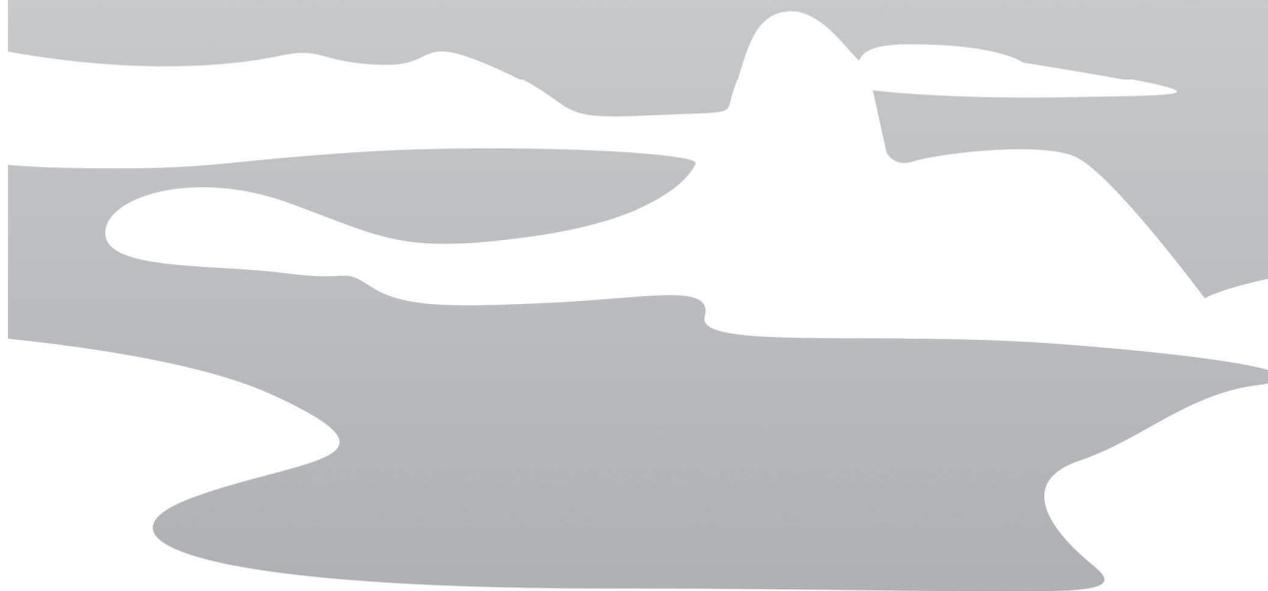
21. A FALTA DE APRESENTAÇÃO NO PRAZO LEGAL DE CERTIDÃO CRIMINAL ACARRETA O INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA?

Convém ressaltar que a Lei 9.504/97, no art. 11, § 1º, VII, estabelece o prazo até o dia 5 de julho do ano eleitoral, inclusive o limite de horário, ou seja, até às 19h. Os prazos são fatais e peremptórios e transcorrem aos sábados, domingos e feriados. De certo que o § 4º, estabelece o prazo subsidiário de 48h, mas após este prazo a falta de apresentação da certidão criminal acarreta a presunção da inelegibilidade. Precedente do TSE nesse sentido:

“(TSE). REGISTRO DE CANDIDATO - DOCUMENTAÇÃO - DEFICIÊNCIA. Recurso ordinário. Candidatura. Impugnação. Documentação. Ausência. 1. A ausência de certidão de juízo criminal caracteriza desobediência à Lei nº 9.504/97, art. 11, § 1º, VII. 2. Recurso a que se nega provimento. Acórdão nº 256, de 16.8.98 - Recurso Ordinário nº 256 - Classe 27ª/SP (São Paulo). Relator: Ministro Edson Vidigal. Recorrente: Luiz Carlos Garcia, candidato a deputado estadual. São Paulo. Decisão: Unânime em receber como recurso especial e negar-lhe provimento. Pedido de registro. Indeferimento que se mantém, pois não apresentada a certidão negativa, exigida em lei, relativa a crimes eleitorais. Acórdão nº 281, de 16.9.98 - Recurso Ordinário nº 281 - Classe 27ª/Rio Grande do Sul (Porto Alegre). Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Decisão: Unânime, recurso não conhecido”.

**Publicado originalmente na Revista nº 30 out./dez. 2008, p. 83.*

Direito Ambiental



DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL MODERNA E DA DESTINAÇÃO DE MULTA COMPENSATÓRIA EXTRAJUDICIAL EM FAVOR DE PROJETOS DE CONSCIENTIZAÇÃO COMUNITÁRIA

JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR*

Novos e difíceis tempos exigem, dos que se importam com aqueles para quem nossa Instituição se destina e que vivem miseravelmente, iniciativas que rompam com a passividade e o lugar comum de soluções que se mostraram cômodas, mas insuficientes.

Quando se busca a composição do passivo ambiental em sede de termo de ajustamento de conduta, não parece satisfatória a simples fixação de multa compensatória a ser revertida ao Fundo de Reparação a Direitos Difusos, estatuído pelo artigo 13 da Lei 7.347/85¹. Sustenta-se aqui a viabilidade jurídica de tal multa ser, ao revés, convertida em bens a serem entregues a entidades de alta relevância social, situadas (preferencialmente) no local do dano, mediante uma não menos importante contrapartida: a realização de projetos de conscientização ambiental.

Assinala-se, sem pretender fazer deste artigo um estudo alentado de caso, a maravilhosa experiência concreta que vem sendo desvelada em dezenas de ajustes firmados nos últimos meses pela 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Duque de Caxias (da qual é o signatário Titular) com o envolvimento de pais, alunos, idosos, portadores de necessidades especiais, representantes de entidades, líderes comunitários, empresários e terceiros envolvidos com os projetos de conscientização ambiental – cujos resultados futuros são incomensuráveis, mas que, desde já, frutificam em valiosa parceria da sociedade civil com o Ministério Público, em importante resgate de imagem institucional.

Tal fato incomum, todavia, sequer é inédito aqui no Rio de Janeiro. Exemplo de experiência precursora é o da eminente colega DENISE TARIN DE FREITAS, quando à frente da Promotoria de Meio Ambiente do Ministério Público Estadual em Petrópolis, também já adotara medida similar em favor da Área de Proteção Ambiental de Petrópolis, *verbis*:

“Para a consecução destes objetivos foi priorizada a formalização de termos de ajustamento de condutas, com fins à recuperação ambiental e implementação de compensações ao meio ambiente. Ainda, fomentou-se a responsabilidade administrativa dos órgãos competentes, desde a sensibilização por meio de palestras até a responsabilização pessoal de funcionário público.

A Constituição e as leis ambientais deixam claro o direito imprescritível da comunidade humana de ver recuperados e ressarcidos os prejuízos decorrentes da degradação do patrimônio

* Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; ex-Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito Processual pela UERJ. Coordenador de Direito Processual do Instituto Superior do Ministério Público. E-mail: jmarinho@mp.rj.gov.br.

1. Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

ambiental, incluindo o paisagístico. Através dos instrumentos legais, a Promotoria de Meio Ambiente do Ministério Público Estadual em Petrópolis promoveu nos últimos 10 anos, Termos de Ajustamento de Condutas (TACs), que não somente ofereceram um meio de indenizar a comunidade pelos danos ambientais, mas também garantiram a realização de atividades e projetos de cunho científico ou educacional.”²

Não causa nenhuma estranheza a solução divorciada do clássico depósito de valor em conta de Fundo de Reparação a Direitos Difusos. A prática – usual em outros Ministérios Públicos (como o do Rio Grande do Sul, de onde é o signatário egresso) – é implicitamente permitida pela própria Lei de Ação Civil Pública, que somente impõe aquele depósito para condenações **judiciais** (ex vi artigo 13³).

Tal diploma há de ser evidentemente interpretado em consonância com a Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental. Impende trazer, pois à colação os seguintes artigos:

“Art. 1. Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Art. 2. A educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal.

Art. 3. Como parte do processo educativo mais amplo, todos têm direito à educação ambiental, incumbindo:

I - ao Poder Público, nos termos dos arts. 205 e 225 da Constituição Federal, definir políticas públicas que incorporem a dimensão ambiental, promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e o engajamento da sociedade na conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente;

II - às instituições educativas, promover a educação ambiental de maneira integrada aos programas educacionais que desenvolvem;

III - aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - Sisnama, promover ações de educação ambiental integradas aos programas de conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente;

IV - aos meios de comunicação de massa, colaborar de maneira ativa e permanente na disseminação de informações e práticas educativas sobre meio ambiente e incorporar a dimensão ambiental em sua programação;

V - às empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas, promover programas destinados à capacitação dos trabalhadores, visando à melhoria e ao controle efetivo sobre o ambiente de trabalho, bem como sobre as repercussões do processo produtivo no meio ambiente;

2. A PARCERIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL COM A APA PETRÓPOLIS NA CONSERVAÇÃO E RESTAURAÇÃO DE PAISAGENS PROTEGIDAS in Revista Brasileira de Arqueometria, Restauração e Conservação. Vol.1, Nº.6, pp. 363 - 366, 20 07, AERPA Editora.

3. Já transcrito acima.

VI - à sociedade como um todo, manter atenção permanente à formação de valores, atitudes e habilidades que propiciem a atuação individual e coletiva voltada para a prevenção, a identificação e a solução de problemas ambientais.

Art. 4. São princípios básicos da educação ambiental:

I - o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo;

II - a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade;

III - o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, na perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade;

IV - a vinculação entre a ética, a **educação**, o trabalho e as práticas sociais;

V - a garantia de continuidade e permanência do processo educativo;

VI - a **permanente avaliação crítica do processo educativo;**

VII - a abordagem articulada das questões ambientais locais, regionais, nacionais e globais;

VIII - o reconhecimento e o respeito à pluralidade e à diversidade individual e cultural.

Art. 5. São objetivos fundamentais da educação ambiental:

I - o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos;

II - a garantia de democratização das informações ambientais;

III - o estímulo e o fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental e social;

IV - o incentivo à participação individual e coletiva, permanente e responsável, na preservação do equilíbrio do meio ambiente, entendendo-se a defesa da qualidade ambiental como um valor inseparável do exercício da cidadania;

V - o estímulo à cooperação entre as diversas regiões do País, em níveis micro e macrorregionais, com vistas à construção de uma sociedade ambientalmente equilibrada, fundada nos princípios da liberdade, igualdade, solidariedade, democracia, justiça social, responsabilidade e sustentabilidade;

VI - o fomento e o fortalecimento da integração com a ciência e a tecnologia;

VII - o fortalecimento da cidadania, autodeterminação dos povos e solidariedade como fundamentos para o futuro da humanidade.

(...)

Art. 13. Entendem-se por educação ambiental não-formal as ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente.

Parágrafo único. O Poder Público, em níveis federal, estadual e municipal, incentivará:

I - a difusão, por intermédio dos meios de comunicação de massa, em espaços nobres, de programas e campanhas educativas, e de informações acerca de temas relacionados ao meio ambiente;

II - a ampla participação da escola, da universidade e de organizações não-governamentais na formulação e execução de programas e atividades vinculadas à educação ambiental não-formal;

III - a participação de empresas públicas e privadas no desenvolvimento de programas de educação ambiental em parceria com a escola, a universidade e as organizações não-governamentais;

IV - a sensibilização da sociedade para a importância das unidades de conservação;

V - a sensibilização ambiental das populações tradicionais ligadas às unidades de conservação;

VI - a sensibilização ambiental dos agricultores;

VII - o ecoturismo.” – grifos nossos.

Não é por outra que o **Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global**⁴ não apenas prevê, mas estimula a prática aqui encampada:

“Consideramos que a Educação Ambiental para uma sustentabilidade equitativa é um processo de aprendizagem permanente, baseado no respeito a todas as formas de vida. Tal educação afirma valores e ações que contribuem para a transformação humana e social e para a preservação ecológica. Ela estimula a formação de sociedades socialmente justas e ecologicamente equilibradas, que conservam entre si relação de interdependência e diversidade. Isto requer responsabilidade individual e coletiva a nível local, nacional e planetário.

Consideramos que a preparação para as mudanças necessárias depende da compreensão coletiva da natureza sistêmica das crises que ameaçam o futuro do planeta. As causas primárias de problemas como o aumento da pobreza, da degradação humana e ambiental e da violência podem ser identificadas no modelo de civilização dominante, que se baseia em superprodução e superconsumo para uns e subconsumo e falta de condições para produzir por parte da grande maioria.

Consideramos que são inerentes à crise a erosão dos valores básicos e a alienação e a não-participação da quase totalidade dos indivíduos na construção de seu futuro. É fundamental que as comunidades planejem e implementem suas próprias alternativas às políticas vigentes. Dentre

4. O Tratado teve inicialmente como signatários a sociedade civil representada na Jornada Internacional de Educação Ambiental, Fórum Global paralelo à Rio-92, e é até hoje uma referência para a Educação Ambiental. Pouco a pouco foi incorporado a políticas públicas locais e nacionais, tendo sido assumido como referencial pela UNESCO no ano de 2000. O Tratado é documento de referência para o Programa Nacional de EA brasileira. Consulta em 26 de agosto de 2009 - fonte: http://www.pr.gov.br/meioambiente/educ_tratado.shtml.

essas alternativas está a necessidade de abolição dos programas de desenvolvimento, ajustes e reformas econômicas que mantêm o atual modelo de crescimento, com seus terríveis efeitos sobre o ambiente e a diversidade de espécies, incluindo a humana.

Consideramos que a Educação Ambiental deve gerar, com urgência, mudanças na qualidade de vida e maior consciência de conduta pessoal, assim como harmonia entre os seres humanos e destes com outras formas de vida.”

- Princípios da Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global: (...)

A Educação Ambiental deve ter como base o pensamento crítico e inovador, em qualquer tempo ou lugar, em seus modos formal, não formal e informal, promovendo a transformação e a construção da sociedade.

A Educação Ambiental é individual e coletiva. Tem o propósito de formar cidadãos com consciência local e planetária, que respeitem a autodeterminação dos povos e a soberania das nações.(...)

A Educação Ambiental deve tratar as questões globais críticas, suas causas e interrelações em uma perspectiva sistêmica, em seu contexto social e histórico. Aspectos primordiais relacionados ao desenvolvimento e ao meio ambiente tais como população, saúde, paz, direitos humanos, democracia, fome, degradação da flora e fauna devem ser abordados dessa maneira.

A Educação Ambiental deve estimular e potencializar o poder das diversas populações, promover oportunidades para as mudanças democráticas de base que estimulem os setores populares da sociedade. Isto implica que as comunidades devem retomar a condução de seus próprios destinos.

A Educação Ambiental valoriza as diferentes formas de conhecimento. Este é diversificado, acumulado e produzido socialmente, não devendo ser patenteado ou monopolizado.(...)

A Educação Ambiental deve integrar conhecimentos, aptidões, valores, atitudes e ações. Deve converter cada oportunidade em experiências educativas de sociedades sustentáveis.(...)

Plano de Ação

As organizações que assinam este Tratado se propõem a implementar as seguintes diretrizes: (...)

Trabalhar os princípios deste Tratado a partir das realidades locais, estabelecendo as devidas conexões com a realidade planetária, objetivando a conscientização para a transformação.

Incentivar a produção de conhecimentos, políticas, metodologias e práticas de Educação Ambiental em todos os espaços de educação formal, informal e não-formal, para todas as faixas etárias.

Promover e apoiar a capacitação de recursos humanos para preservar, conservar e gerenciar o ambiente, como parte do exercício da cidadania local e planetária.

Estimular posturas individuais e coletivas, bem como políticas institucionais que revisem permanentemente a coerência entre o que se diz e o que se faz, os valores de nossas culturas, tradições e história.

Fazer circular informações sobre o saber e a memória populares; e sobre iniciativas e tecnologias apropriadas ao uso dos recursos naturais. (...)

Sensibilizar as populações para que constituam Conselhos Populares de Ação Ecológica e Gestão do Ambiente visando investigar, informar, debater e decidir sobre problemas e políticas ambientais.

Criar condições educativas, jurídicas, organizacionais e políticas para exigir dos governos que destinem parte significativa de seu orçamento à educação e meio ambiente. (...)

Mobilizar instituições formais e não formais de educação superior para o apoio ao ensino, pesquisa e extensão em Educação Ambiental e a criação, em cada universidade, de centros interdisciplinares para o meio ambiente.

Fortalecer as organizações e movimentos sociais como espaços privilegiados para o exercício da cidadania e melhoria da qualidade de vida e do ambiente.

Assegurar que os grupos de ecologistas popularizem suas atividades e que as comunidades incorporem em seu cotidiano a questão ecológica.

Estabelecer critérios para a aprovação de projetos de educação para sociedades sustentáveis, discutindo prioridades sociais junto às agências financiadoras.”

De igual modo, a **DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO**, elaborada à época da ECO-92, assim previa como uns de seus PRINCÍPIOS:

Princípio 10 - *A melhor maneira de tratar questões ambientais e assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar de processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos.*

Princípio 21 - *A criatividade, os ideais e a coragem dos jovens do mundo devem ser mobilizados para forjar uma parceria global com vistas a alcançar o desenvolvimento sustentável e assegurar um futuro melhor para todos.*

Não bastasse isto, a **CARTA DE BELGRADO**⁵ também é alicerce para a adoção de tal postura, sendo de se trazerem à baila suas diretrizes principiológicas:

“Diretrizes básicas dos programas de Educação Ambiental:

- 1. A Educação Ambiental deve considerar o ambiente em sua totalidade - natural e construído pelo homem, ecológico, político, econômico, tecnológico, social, legislativo, cultural e estético;*
- 2. A Educação Ambiental deve ser um processo contínuo, permanente, tanto dentro quanto fora da escola;*
- 3. A Educação Ambiental deve conter uma abordagem interdisciplinar.*
- 4. A Educação Ambiental deve enfatizar a participação ativa na prevenção e solução dos problemas ambientais;*
- 5. A Educação Ambiental deve examinar as principais questões ambientais do ponto de vista mundial, considerando, ao mesmo tempo, as diferenças regionais;*
- 6. A Educação Ambiental deve focalizar condições ambientais atuais e futuras.*
- 7. A Educação Ambiental deve examinar todo o desenvolvimento e crescimento do ponto de vista ambiental;*
- 8. A Educação Ambiental deve promover o valor e a necessidade da cooperação em nível local, nacional e internacional, na solução dos problemas ambientais.”*

De tais dispositivos se extrai o cogente e relevante vetor de que termos de ajustamento de conduta sejam sim veículos de Educação Ambiental em favor das comunidades onde o dano ambiental ocorreu.

A ideia de que seria vedada a destinação de recursos a entidades sociais e assistenciais foi derrubada pelo próprio Conselho Nacional do Ministério Público, quando foi rejeitada a Proposta de Resolução para regulamentar matéria afim (esta voltada à transação penal), conforme acórdão proferido em sessão datada de 03/11/2008 (procedimento n. 0.00.000.000199/2006-70). Entendeu-se, em resumo, que *“a destinação de recursos obtidos nesses procedimentos em favor de entidades públicas locais permite que a infração penal restitua à sociedade vitimada benefícios diretos, restaurando interesses difusos que foram atingidos pelo crime”*. (vide íntegra do voto vencedor está disponível no link http://cf-internet.pgr.mpf.gov.br/cnmp_pesquisa/temp/39427010384309/199.2006.70.PDF).

Aliás, a medida, que dedica bens a entidades sociais para que estas, em contrapartida, desenvolvam projeto de conscientização ambiental, consagra e efetiva **VETORES HODIERNOS DE GESTÃO E EDUCAÇÃO AMBIENTAIS** - para os quais se faz curial o envolvimento da comunidade em que o dano ambiental ocorrerá.

No século XX, a partir dos movimentos contraculturais da década de 60, surgiu o movimento ecológico que trazia como uma de suas propostas a difusão da educação ambiental como ferramenta de mudanças nas relações do homem com o ambiente.

5. Documento extraído de Educação ambiental e desenvolvimento: documentos oficiais, Secretaria do Meio Ambiente, Coordenadoria de Educação Ambiental, São Paulo, 1994, Série Documentos, ISSN 0103-264X.

A **EDUCAÇÃO AMBIENTAL** surge como resposta à preocupação da sociedade com o futuro da vida. Sua proposta principal é a de superar a dicotomia entre natureza e sociedade, através da formação de uma atitude ecológica nas pessoas. Um dos seus fundamentos é a visão socioambiental, que afirma que o meio ambiente é um espaço de relações, é um campo de interações culturais, sociais e naturais (a dimensão física e biológica dos processos vitais). Ressalte-se que, de acordo com essa visão, nem sempre as interações humanas com a natureza são daninhas, porque existe um copertencimento, uma coevolução entre o homem e seu meio. Coevolução é a ideia de que a evolução é fruto das interações entre a natureza e as diferentes espécies, e a humanidade também faz parte desse processo.

O processo educativo proposto objetiva a formação de sujeitos capazes de compreender o mundo e agir nele de forma crítica - consciente. Sua meta é a formação de sujeitos ecológicos:

“A Educação Ambiental fomenta sensibilidades afetivas e capacidades cognitivas para uma leitura do mundo do ponto de vista ambiental. Dessa forma, estabelece-se como mediação para múltiplas compreensões da experiência do indivíduo e dos coletivos sociais em suas relações com o ambiente. Esse processo de aprendizagem, por via dessa perspectiva de leitura, dá-se particularmente pela ação do educador como intérprete dos nexos entre sociedade e ambiente e da EA como mediadora na construção social de novas sensibilidades e posturas éticas diante do mundo.” (Carvalho, Isabel C. M. Educação Ambiental: A Formação do Sujeito Ecológico).

Convém lembrar as palavras bem postas de JOSÉ LINDOMAR ALVES LIMA in *A Educação Ambiental e a Gestão dos Recursos Humanos na Gestão Ambiental*, *verbis*:

*“Nem sempre estabelecemos afinidades com o público alvo de nossas ações ambientais. Informamos ao invés de nos comunicar. De uma hora para outra meio ambiente passa a ser uma coisa importante e todos devem zelar por ele. No entanto, pode ocorrer das pessoas sequer saberem o que é meio ambiente e neste caso, incorremos no velho *modus operandi* de controle ambiental no final da linha, quando na verdade deveríamos estar atuando na causa e não somente na consequência. **A formação de uma consciência crítica em relação a este processo é fundamental para a busca de soluções que não sejam somente mitigadoras, passando a ter um caráter mais preventivo e educativo.***

No entanto, para que uma gestão ambiental seja bem sucedida é necessário que ocorram mudanças nas atitudes, nos padrões de comportamento e na própria cultura das instituições.

Para alcançar o compromisso das pessoas com a melhoria da qualidade ambiental é preciso, em primeiro lugar, que elas se percebam como parte integrante deste processo, tendo acesso a conhecimentos básicos sobre meio ambiente que as auxiliem na identificação das principais fontes geradoras de impactos ambientais.

Ao motivar e capacitar as pessoas para a adoção de ações preventivas a Educação Ambiental tem-se revelado um importante instrumento da Gestão Ambiental, permitindo que as pessoas conheçam, compreendam e participem das atividades de gestão ambiental, assumindo postura pró-ativa em relação à problemática ambiental.” Consulta em 26 de agosto de 2009 em http://www.ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=/gestao/index.html&conteudo=/gestao/artigos/ea_grh.html.

Por sua vez, a **GESTÃO AMBIENTAL** é uma prática muito recente, que vem ganhando espaço nas instituições públicas e privadas. **Através dela é possível a mobilização das organizações para se adequar à promoção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.** Seu objetivo é a busca de melhoria constante dos produtos, serviços e ambiente de trabalho, em toda organização, levando-se em conta o fator ambiental. É hoje encarada como um **assunto estratégico**, porque além de estimular a qualidade ambiental também possibilita a redução de custos diretos (redução de desperdícios com água, energia e matérias-primas) e indiretos (por exemplo, indenizações por danos ambientais). É o que ensina BARBIERI:

“Os termos administração, gestão do meio ambiente, ou simplesmente gestão ambiental serão aqui entendidos como as diretrizes e as atividades administrativas e operacionais, tais como, planejamento, direção, controle, alocação de recursos e outras realizadas com o objetivo de obter efeitos positivos sobre o meio ambiente, quer reduzindo ou eliminando os danos ou problemas causados pelas ações humanas, quer evitando que eles surjam.” (BARBIERI, José Carlos. **GESTÃO AMBIENTAL EMPRESARIAL - Conceitos Modelos e Instrumentos**).

TÂNIA REGINA EFFTING, em sua excelente monografia **EDUCAÇÃO AMBIENTAL NAS ESCOLAS PÚBLICAS: REALIDADE E DESAFIOS**⁶, logo em seu *abstract*, assim ensinava:

“A interação entre os homens e o ambiente ultrapassou a questão da simples sobrevivência. No decorrer deste século, para se atender as necessidades humanas foi-se desenhando uma equação desbalanceada: retirar, consumir e descartar. Ao contrário de outros seres vivos que, para sobreviverem, estabelecem naturalmente o limite de seu crescimento e, conseqüentemente, o equilíbrio com outros seres e o ecossistema onde vivem a espécie humana tem dificuldade em estabelecer o seu limite de crescimento, assim como para relacionar-se com outras espécies e com o planeta. Essa é a fronteira entre o conhecimento e a ignorância humana sobre sua própria casa, o Planeta Terra. Fica evidente a importância de sensibilizar os humanos para que ajam de modo responsável e com consciência, conservando o ambiente saudável no presente e para o futuro. **Entendendo-se por educação ambiental os processos por meio do qual o indivíduo e a coletividade constroem valores**

6. Apresentada no curso de PÓS-GRADUAÇÃO EM “LATO SENSU” PLANEJAMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL da UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ – UNIOESTE, 2007.

sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade. Promove-se a articulação das ações educativas voltadas às atividades de proteção, recuperação e melhoria sócio ambiental, e de potencializar a função da educação para as mudanças culturais e sociais, que se insere a Educação Ambiental no planejamento estratégico para o desenvolvimento sustentável. Considerando a importância da temática ambiental e a visão integrada do mundo, no tempo e no espaço, sobressaem-se as escolas, como espaços privilegiados na implementação destas atividades. A escola dentro da Educação Ambiental deve sensibilizar o aluno a buscar valores que conduzam a uma convivência harmoniosa com o ambiente e as demais espécies que habitam o planeta, auxiliando-o a analisar criticamente os princípios que tem levado à destruição inconsequente dos recursos naturais e de várias espécies. Tendo a clareza que a natureza não é fonte inesgotável de recursos, suas reservas são finitas e devem ser utilizadas de maneira racional, evitando o desperdício e considerando a reciclagem como processo vital.” – grifos nossos.

A educadora, ao aprofundar a temática atinente à importância de conscientização de infantes sobre a problemática acerca do Meio Ambiente, assim assevera, ombreada por notáveis especialistas:

“Para MELLOWS (1972) deveria ocorrer um desenvolvimento progressivo de um senso de preocupação com o meio ambiente, completo e sensível entendimento das relações do homem com o ambiente a sua volta. Para MININI (2000), a Educação Ambiental deve propiciar às pessoas uma compreensão crítica e global do ambiente. Esclarecer valores e desenvolver atitudes que lhes permitam adotar uma posição consciente e participativa dos recursos naturais, para a melhoria da qualidade de vida e a eliminação da pobreza extrema e do consumismo desenfreado. DIAS (2000), acredita que Educação Ambiental seja um processo onde as pessoas apreendam como funciona o ambiente, como dependemos dele, como o afetamos e como promovemos a sua sustentabilidade. Para VASCONCELLOS (1997), a presença, em todas as práticas educativas, da reflexão sobre as relações dos seres entre si, do ser humano com ele mesmo e do ser humano com seus semelhantes é condição imprescindível para que a Educação Ambiental ocorra. Portanto, é no sentido de promover a articulação das ações educativas voltadas às atividades de proteção, recuperação e melhoria sócio ambiental, e de potencializar a função da educação para as mudanças culturais e sociais, que se insere a Educação Ambiental no planejamento estratégico para o desenvolvimento sustentável.” (op. cit., p. 22) – grifos nossos.

Tais linhas de entendimento parecem convergir para a ideia esposada no XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em setembro de 2009, havendo sido corporificada na CARTA DE FLORIANÓPOLIS, *ipsis litteris*:

O Ministério Público brasileiro, depois de reunir-se em congresso nacional na cidade de Florianópolis (SC), durante os dias 25 a 28 de novembro de 2009, sob inspiração do **tema central O Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social, comparece perante a sociedade brasileira** para proclamar o seguinte:

1. O Ministério Público reafirma sua disposição de fazer-se solidário com os Poderes e órgãos do Estado e com as instituições da sociedade civil no processo de construção e consolidação da Justiça e da paz social.

Para a consecução desse objetivo, propõe-se a:

a) harmonizar e humanizar os procedimentos que instruem a sua atividade funcional, prestigiando o diálogo e **composição consensual dos conflitos**;

b) **implementar no âmbito interno da instituição política e instrumentos de atuação integrada e harmônica com os demais entes públicos, e com instituições privadas, colimando o incremento quantitativo e qualitativo de resultados úteis à sociedade**;

c) pugnar pela construção de um modelo de atuação funcional que priorize a Justiça como meta e valor fundamental, sobrepondo-a aos interesses de cunho formal traduzidos na produtividade do órgão e no êxito do processo; e

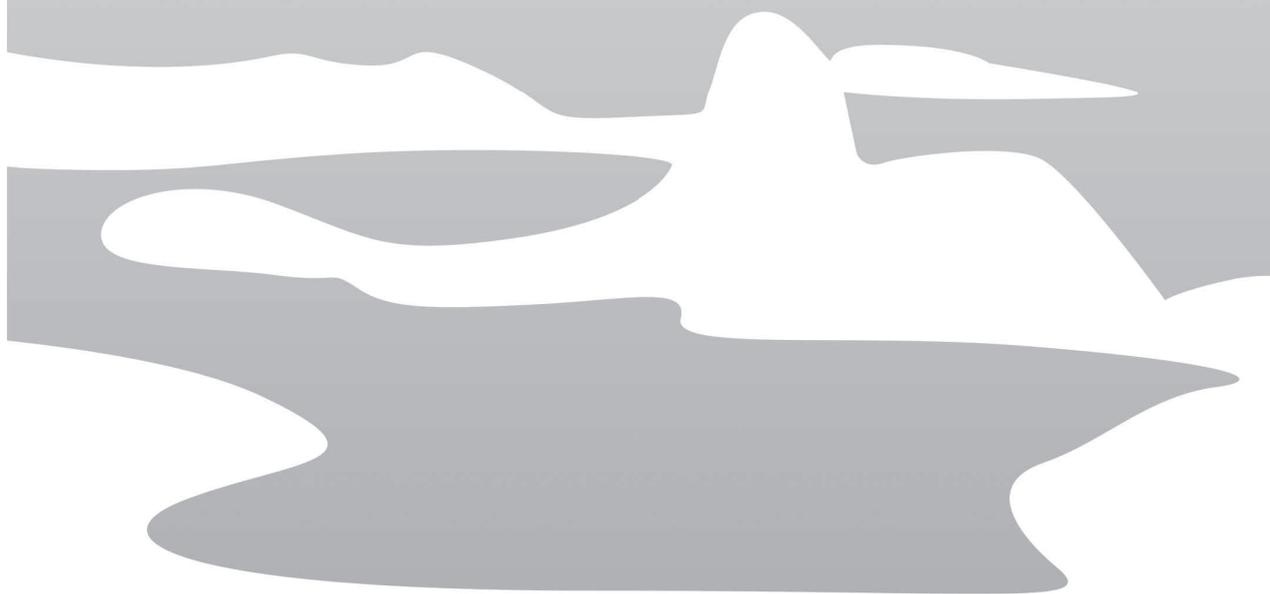
d) aprofundar a conscientização dos membros do Ministério Público acerca das responsabilidades institucionais, realçando a dimensão de seus compromissos com a realização dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º), e aperfeiçoando os modelos operacionais, com vistas a uma contribuição maior e mais efetiva à construção de uma sociedade livre e solidária, inclusive com a implantação de Promotorias de Justiça Comunitárias, fundadas na premissa de uma maior aproximação com a comunidade, para fins de prevenção dos conflitos sociais, sejam de natureza civil ou criminal.” – grifos nossos⁷.

Ao fio do exposto, com lastro no sistema normativo acima minudenciado e diante da remarcável experiência concreta que vem sendo desvelada em dezenas de ajustes firmados nos últimos meses pela 1ª Promotoria de Justiça de Tutela coletiva do Núcleo Duque de Caxias (da qual é o signatário Titular) com o envolvimento de pais, alunos, idosos, portadores de necessidades especiais, representantes de entidades, líderes comunitários, empresários e terceiros envolvidos com os projetos de conscientização ambiental – cujos resultados futuros são incomensuráveis, mas que, desde já, frutificam em valiosa parceria da sociedade civil com o Ministério Público, em importante resgate de imagem institucional – assevera-se a viabilidade jurídica de, quando da composição do passivo ambiental em sede de termo de ajustamento de conduta, a multa compensatória ser convertida em bens a serem entregues a entidades de alta relevância social, situadas (preferencialmente) no local do dano, mediante uma não menos importante contrapartida: a realização de projetos de conscientização ambiental.

**Publicado originalmente na Revista nº 36 abr./jun. 2010, p. 109.*

7. Em <http://www.conamp.org.br>, consultado em dezembro de 2009.

Direito Internacional



O DIREITO INTERNACIONAL E A LEI DA SOCIALIDADE**

GIORGIO DEL VECCHIO*

A causa primeira da crise do Direito Internacional, que, atualmente, parece, sob certos aspectos, mais grave e perigosa para o gênero humano, do que no passado, consiste nos equívocos da concepção que remonta ao Pacto de Vestfália (1648) e que, segundo opinião amplamente difundida, deveria distinguir o moderno Direito Internacional. Tal concepção consiste em que “um Estado só está obrigado a observar as normas de Direito Internacional às quais tenha emprestado o concurso da própria vontade”. Isto afirmou, por exemplo, um dos mais estimados cultores e professores desta ciência, A.CAVAGLIERI, e, da mesma forma, expressaram-se outros egrégios juristas, pertencentes, igualmente, à Escola Positivista, hoje predominante, mas, em minha opinião, gravemente defeituosa em suas bases. Cumpre advertir que, naquela fórmula, e em outras análogas, o termo “vontade” é entendido no sentido de simples arbítrio; não, pois, como vontade iluminada pela razão ou conforme alguma lei. Mesmo uma vontade viciada e perversa, movida por um interesse qualquer e que vise, suponhamos, a oprimir outrem, deveria reconhecer-se como juridicamente válida e suficiente, para constituir ou para resolver vínculos obrigacionais nas relações internacionais. Observemos que, em nenhum outro campo da ciência jurídica, tem guardada conceito semelhante a este, que, com efeito, repugna à própria essência do Direito e é, sobretudo, sinônimo de anarquia.

É bem verdade que os autores a que aludimos, admitem que os Estados permanecem vinculados, qualquer que seja seu desejo de obrigar-se de certo modo, mas é bastante evidente a fragilidade das bases de tal vínculo, não fundado em nenhuma lei que imponha seu respeito. Aceita-se a máxima da obrigatoriedade dos pactos (*pacta sunt servanda*) como um postulado *pré-jurídico* ou *metajurídico* (diremos, antes, de Direito Natural); mas é útil observar que esta máxima não se rege por si mesma, devendo estar inscrita em um sistema de verdade racional, que lhe defina e limite, de algum modo, o valor, tal como acontece, exatamente, no Direito Civil, em que a validade dos contratos está subordinada às condições de capacidade dos contraentes e à licitude do objeto.

Para tornar mais plausível a citada tese, alguns autores acrescentam que os Estados estão obrigados a reconhecer-se, reciprocamente, como sujeitos de direito. Mesmo esta máxima tem um elemento de verdade mas deveria ser definida racionalmente e não, fundada, simplesmente, na existência de um poder de fato. Não é nem pode ser *obrigatório* o reconhecimento de um Estado que viole as exigências fundamentais da humanidade e os princípios gerais do Direito, seja em seu ordenamento interno, seja nas relações internacionais. E se o reconhecimento de tal Estado, não obstante, ocorre, em atenção a certas circunstâncias de fato, deveria ficar condicionado e limitado a determinados efeitos.

Observação análoga pode ser feita com respeito a certas normas que os citados autores admitem sejam consideradas implícitas nas relações entre os vários Estados,

* Professor Emérito da Universidade de Roma.

** Tradução de Sergio de Andréa Ferreira.

em virtude do costume. A observância de um costume dependeria, porém, em última análise, consoante as premissas da Escola Positivista, da vontade de cada Estado em particular, vontade que bem merece o epíteto de *ambulatoria*, como muitos fatos o demonstram, quase todos os dias. Cai-se, pois, novamente, no reino do arbítrio.

Os esclarecimentos críticos que fizemos, de maneira breve, não implicam, todavia, repulsa, que seria insensata, do desenvolvimento histórico que levou a serem modificadas algumas doutrinas políticas medievais; tornam-se necessários, apenas, certos ajustamentos. Assim, o princípio da igualdade jurídica dos Estados, qualquer que seja sua extensão e força, firmado no Pacto de Vestfália e depois mantido na doutrina em geral, não deve ser refutado, embora acompanhado da reserva de que se refere aos *Estados legítimos*, devendo as condições de legitimidade ser objeto de tratado especial.

Conexo com tal princípio é aquele pelo qual se afirma a independência de cada Estado perante os outros, ou seja, nenhum pode ostentar preeminência ou impor hegemonia mas, tão somente, propor acordos, que devem ser livremente aceitos. Nenhum acordo, outrossim, pode, seja como for, desprezar os direitos dos indivíduos e dos povos, do que depende a legitimidade dos Estados. Desde que tais direitos fossem gravemente violados, deveria admitir-se (contrariamente a uma difundida opinião, que reputo, porém, errônea) a possibilidade de intervenção estrangeira para sua tutela.

Onde o feudalismo criara uma multiplicidade de poderes e de hierarquias, impedindo, com uma rede de privilégios, a formação de amplas e homogêneas estruturas nacionais e políticas, era racionalmente legítima a tendência a restaurar, em certo sentido, o conceito de soberania, eliminando-se ou simplificando-se suas expressões fragmentárias e instituindo-se uma relação direta entre o cidadão e o poder central.

Enquanto, na ordem interna, se realizavam reformas destinadas a assegurar, de um lado, a independência e autonomia do Estado, e, de outro, os direitos dos cidadãos no âmbito do próprio Estado, nenhuma tentativa análoga era empreendida, senão recentissimamente, para estabelecer uma verdadeira ordem jurídica nas relações interestatais. Prevalece, ao contrário, como dissemos, o errôneo conceito de que o poder jurídico do Estado perante o exterior é, por sua própria natureza, ilimitado, e daí, não sujeito a qualquer norma de uma ordem superior. Ignorava-se, assim, a lei suprema que afirma e impõe a unidade do gênero humano; lei enraizada em nosso espírito, proclamada pelo Evangelho e demonstrada pela Filosofia.

Segundo esta lei, a individualidade deve ser contrabalançada pela socialidade. Os direitos próprios da pessoa humana são, naturalmente, inalienáveis e indestrutíveis, mas, com base nestes, o indivíduo não pode deixar de reconhecer-se pertencente a uma sociedade com todos os seus semelhantes. Neste sentido, prescindindo, embora, dos motivos inerentes à vida física, há uma exigência ética fundamental, verdadeiro imperativo categórico, que já foi expresso pela seguinte fórmula: deve sair-se do estado de natureza (*exeundum esse e statu naturae*), fórmula inexacta, se, por estado de natureza se entende um período histórico ou pré-histórico, mas bem significativo, se com a mesma se deseja designar a necessária passagem dialética do elemento da individualidade para o da socialidade. Têm-se antes, dois aspectos necessariamente conjugados de uma mesma realidade espiritual, do que duas fases cronologicamente distintas. Cumpre notar que, quando, aqui, falamos de sociedade,

não entendemos qualquer espécie ou forma de associação, *non qualiscumque (societatis, id est communitatis), sed tranquillae et pro sui intellectus modo ordinatae*, para repetir as palavras de GROTIUS, às quais queremos dar um sentido ainda mais preciso, do que tinha no próprio sistema de GROTIUS. Trata-se, em suma, de uma sociedade necessária, fundada diretamente na natureza espiritual do homem e que não precisa, por isto, de manifestação explícita de consenso, nem poderia ser, de modo algum, modificada ao arbítrio de quem quer que seja.

A lei da socialidade, coerente integração da individualidade, vale como critério e fundamento tanto das organizações particulares, isto é, de cada Estado, quanto da mais ampla síntese, compreensiva de todo o gênero humano, e que constitui a sociedade universal dos Estados. Este critério fundamental é necessário firmar em sua própria validade deontológica, enquanto a realidade fenomênica não o acomoda; e é, assim, tão mais necessário afirmá-lo, quanto mais esta dêle se afasta. Em última análise, é sempre a mesma idéia de justiça, que consagra a dignidade do ser humano no que este tem de absoluto pela imagem divina que leva consigo, e se aplica, igualmente, a todos os círculos das relações intersubjetivas, círculos que, tendo em comum aquele mesmo princípio fundamental, devem conceber-se como concêntricos.

Êstes conceitos elementares não encontram lugar, habitualmente, nos modernos tratados de Direito Internacional, sendo, porém, notável e confortador o fato de que afloram, por assim dizer, da consciência dos povos mais civilizados, como se vê das numerosas manifestações e das exigências feitas, inclusive nas Assembléias Legislativas, conforme encontramos traços evidentes nas Constituições dos vários Estados. Recordemos, por exemplo, que a vigente Constituição Italiana, após ter reconhecido “os direitos invioláveis do homem” (art. 2º), declarou: “A Itália repudia a guerra como instrumento de ataque à liberdade dos demais povos e como meio de solução das controvérsias internacionais; admite, em condições de igualdade com outros Estados, as limitações da soberania necessárias a um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as Nações, promove e favorece as organizações internacionais voltadas para tal fim” (art. 11). Declarações análogas foram inscritas também em atos internacionais solenes, como no Estatuto da Organização das Nações Unidas.

Se, portanto, a maioria dos juristas hodiernos, presos ao preconceito positivista, rejeita a idéia do Direito Natural como princípio, seja do ordenamento interno, seja do internacional, não é exagerado dizer-se que suas doutrinas estão hoje superadas pela consciência comum e pela própria legislação das nações mais desenvolvidas. Nem este é o único caso do gênero: é bem sabido, por exemplo, que a aparente vitória da Escola Histórica dos juristas tedescos, na sua luta contra a idéia da codificação, não impediu que tal idéia, sustentada pela Escola Filosófica, acabasse por ser transformada em ato, embora com certo atraso, na própria Alemanha.

Voltando a nosso argumento, podemos observar que a raiz dos equívocos e dos erros, atualmente tão freqüentes na doutrina do Direito Internacional e do Direito Público em geral, está na confusão entre o arbítrio e a liberdade, dois conceitos que deveriam ser, ao invés, claramente distintos. Sòmente a um observador superficial a liberdade parece consistir na inexistência de qualquer lei, mas, em verdade, livre é apenas aquele que obedece a lei da própria natureza. E uma vez que o homem é, por sua natureza, um ser espiritual, capaz de elevar-se do reino dos sentidos ao da razão, podemos dizer que ele é tão mais livre, quanto mais se liberta das paixões. Neste sentido escreveu, incisivamente, Santo Agostinho: *Eris liber si fueris servus: liber peccati, servus justitiae*. No mesmo sentido já se expressara São Paulo, ambos inspirando-

se na grande máxima do Evangelho: “A verdade vos fará livre”. A conclusão não diversa chegaram as análises da Filosofia moderna, bastando recordar que, segundo a doutrina de KANT, a liberdade arraíga-se com o respeito à lei moral.

Isto tanto vale na ordem moral, quanto na jurídica; e tanto para os indivíduos, quanto para as Nações e os Estados. Todos sabem que, mesmo na ordem interna de cada Estado, a liberdade só é possível, se a lei é respeitada, e tanto mais periga, quanto mais graves e freqüentes sejam as infrações legais. Já CÍCERO expressava, exatamente, êste conceito, quando afirmou: *Legum omnes servi sumus ut liberi esse possimus*. Tal conceito não foi, de modo algum, modificado pelos estudos jurídicos modernos, mas, pelo contrário, reforçado e corroborado particularmente pela teoria do *Estado de Direito*.

Anàlogamente, deve afirmar-se o princípio do primado da lei, no que concerne às relações internacionais ou interestatais. Como nas relações internas, a soberania do Estado é racionalmente vinculada e subordinada, no que tange aos direitos dos cidadãos; também nas relações entre Estado e Estado, a soberania de cada um dêstes não pode significar arbítrio desenfreado, mas deve encontrar seu fundamento na lei que afirma a substancial unidade do gênero humano. Não importa muito que tal lei esteja, ou não, escrita em um código ou em um tratado internacional, porquanto é ínsita a nosso espírito, ao qual não é dado renegá-la, sem renegar-se a si mesmo, assim como não lhe é dado renegar os supremos princípios da lógica, que permanecem válidos, se bem que não sejam objeto de declarações formais nem de sanções positivas. Infelizmente é verdadeiro que, pela falibilidade da mente humana, tanto os princípios éticos como os lógicos podem ser, por vêzes, transgredidos e violados de fato; mas isto não lhes diminui o valor ideal, pois que, precisamente em função dêste valor, tais erros se reconhecem como tal, são combatidos e corrigidos.

**Publicado originalmente na Revista nº 4 jan./abr. 1968, p. 1.*

PIRATARIA AÉREA, NÓVO DELITO INTERNACIONAL

HAROLDO VALLADÃO*

I - Captura ilícita das aeronaves em vôo. II - Delito nôvo, freqüente e muito grave. III - Primeira classificação: pirataria. IV - Definição internacional de pirataria, sômente para dar aos Estados direitos de policia e de jurisdição, sôbre os piratas em alto-mar. V - Definição internacional evoluída, para abranger a pirataria aérea, embora ainda restrita. VI - Definição das leis internas, mais ampla, próxima ao caso da captura das aeronaves em vôo. VII - Falta de atualização das convenções internacionais e dos textos internos sôbre a matéria em causa. VIII - Lei dos Estados Unidos de 1961. IX - Convenção de Tóquio de 1963. X - Criação de um nôvo delito internacional. XI - Denominação e definição do nôvo delito.

I - Vou examinar fatos freqüentes, constitutivos de atentados à liberdade de navegação aérea, praticados por viajantes que, ilicitamente, por ameaça ou violência, se apoderam de uma aeronave em vôo, exercem seu contrôle, impedem sua exploração legítima, mudam sua rota e destino, perturbam sua circulação.

É a *capture illicite, the unlaw-seizure, le hijacking, el apoderamiento illicito, la intercepción*, a apropriação ilícita da aeronave em vôo.

Os fatos são conhecidos, nos Estados Unidos, na América Latina e, há quatro meses, a 30 de junho de 1967, na Europa e África, com o desvio da aeronave privada em que viajava o líder africano M. Tchombe, feita por um Boderman, que intimidou os pilotos ingleses com um revólver e conduziu o aparelho a Argel¹.

II - Se se considerarem de perto os fatos, constatar-se-á, a presença de um delito nôvo e muito grave no qual, havendo violência ao aparelho, haverá, sobretudo e sempre, às pessoas, seja ao comandante e à tripulação, seja aos passageiros, obrigados, súbita e perigosamente, a ir a um lugar diferente do de seu destino.

Em tudo há uma ofensa muito importante a um bem comum universal, à liberdade das comunicações, à liberdade e à segurança do tráfico aéreo.

III - A primeira classificação internacional dada a êstes fatos ora examinados considerou-os como atos de pirataria.

A propósito da captura feita por um Cadin, a 9 de agosto de 1961, de uma aeronave da Pan-American, que ia do México à Guatemala e que conduzia o Ministro Turbay, dos Negócios Estrangeiros da Colômbia, aeronave desviada do seu destino para Havana, Cuba, o govêrno do México solicitou a extradição, baseando-se no

* Advogado, Procurador-Geral da República e Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores.

¹ GERALD F. FITZGERALD, "The Development of Internat. Rules Concerning Offences... on Board Aircraft" (Canadian Yearbook on Internat. Law, 1963, pág. 240/1, nota 24) faz a enumeração dos diversos casos. No "Keesing's Contemporary Archives", Ag. 5-12-1967, pág. 2282 e set. 30, out. 7, 1967, encontra-se a enumeração dos fatos até à liberação dos pilotos, referentes ao desvio do avião que conduzia Moisés Tchombe.

No Brasil um importante trabalho do Dr. JOÃO VICENTE CAMPOS foi feito na Sociedade Brasileira de Direito Aeronáutico e de Espaço, em 9 de agosto de 1967.

Tratado de Exatradiação México-Cuba, de 25-5-1925, cujo art. 2.^o enumerou entre os delitos passíveis de extratradiação, n. X, os praticados no mar e especificou: “como é conhecida e definida a pirataria segundo o direito internacional”. E na Colômbia, o Ministro dos Negócios Estrangeiros, o jurista Professor J. J. Caicedo Castillo, que reclamou a punição do crime ao governo do México, em nome do seu governo, qualificou também o fato como um *delito de pirataria*, num discurso no Senado a 9 de novembro de 1961.

Cuba, a princípio, recusou a extratradiação, por razões não ligadas ao problema mas, enfim, concedeu-a a 26 de novembro de 1961 e o criminoso foi julgado no México².

IV – Mas é preciso considerar que, no tempo do Tratado de Exatradiação México-Cuba, não existia uma Convenção Geral, plurilateral, dando uma definição de pirataria e estabelecendo uma pena para os piratas.

Clássicamente, segundo uma regra costumeira de direito internacional, os Estados, por uma exceção ao princípio da liberdade da navegação em alto mar, tinham o *direito de revistar os navios suspeitos de pirataria e capturar aqueles que a praticavam*, julgando os piratas, considerados fora do direito internacional, segundo as leis sobre pirataria do Estado do navio captor³. Era um direito e não uma obrigação para os Estados⁴.

Falava-se mesmo na aplicação da pena capital (ser “enforcado no grande mastro”, lei inglesa do séc. XVIII, *apud Ortolan, Diplomatie de la Mer*, I, pág. 235) aos piratas surpreendidos em flagrante delito.

Nos Tratados Bilaterais antigos do séc. XIX, incluídos os do Brasil com outros Estados, França e Estados Unidos, em vigor, Argentina e Uruguai (*Beviláqua*, II, § 204) está previsto para os piratas a denegação do asilo nos portos, a *obrigação de julgá-los* e a restituição dos navios roubados, sem definição do crime.

Nos Tratados Plurilaterais pan-americanos, o de Direito Penal Internacional de Montevidéu, 1889, art. 13 e 1940, art. 14, e o de Havana (Código Bustamante), art. 308, 1928, estabeleceram como princípio geral que a pirataria e outros delitos internacionais, *qualquer que seja o lugar de suas comissões* (Montevidéu, 1940), cometidos em alto mar, no ar livre e em territórios não organizados em Estados (Havana), são punidos pelo Estado autor da captura, sob reserva da solicitação de extratradiação pelo Estado no qual o delito se consumou (Montevidéu, 1940).

2 Segundo informação verbal, obtida de um delegado mexicano, o criminoso foi condenado a uma pena muito pequena, considerada lacuna da legislação penal mexicana. O Código Penal Mexicano (D. Federal e Territórios Federais e Crimes Federais de 1931) pune a pirataria, art. 146 e 147, *aplicáveis, também, às aeronaves*, com prisão de 15 a 30 anos. Mas em divergência com os outros Códigos Penais da América Latina ele prevê diretamente, como pirataria, a captura de um navio por pessoas que estão a bordo.

3 Códigos de Direito Internacional: PETRUSHEVZ, art. XXIII; BLUNTSCHLI, art. 343/350; DUDLEY FIELD, art. 83/86; FIORE, art. 477; ORTOLAN, *Règles Internationales et Diplomatie de la Mer*, I (2.^a edição), 233 e segs.; HEFTER, *Le Droit Internat. Public de l'Europe*, 1866, p. 102; etc. Nos tempos atuais: BEVILAQUA, *Dir. Publ. Int.*, 1911 e 1934, § 205; STRUPP, K., *Dr. Int. Publ.*, I, 1930, p. 165; ROUSSEAU, DIP, 1953, p. 421; VERDROSS, 1955, p. 198; QUADRI, 1963, págs. 343/44 etc.

4 A propósito é preciso ler as muito justas considerações do Trabalho da Harvard Law School sobre pirataria. Eu me permito transcrever estes períodos: “Properly speaking, then, piracy is not a legal crime or offence under the law of nations. In this respect it differs from the municipal law piracy which is a crime by the law of certain state. International law piracy is only a special ground of a state jurisdiction. In every state this jurisdiction may or may not be exercised by a certain state. It may be used in part only. How far it is used depends on the municipal law of the state, not on the Law of nations. The law of nations on the matter is permissive only. It justifies state action within limits and fixes those limits. It goes no further”. (*American J. of Internat. Law, Suplem. V, 26/759/760*).

De fato, o direito internacional previu para os Estados, no que diz respeito à pirataria, apenas faculdades, direitos de polícia e de jurisdição extraterritoriais, excepcionais, em alto mar, contra os piratas. As definições de pirataria dadas por certos internacionalistas não visam à *definição do crime e à cominação da pena*: - matéria reservada às leis de cada Estado - mas somente à definição para dar aos Estados as atribuições citadas.

Neste sentido há uma célebre decisão do Judicial Committee of The Privy Council: "Em relação aos crimes definidos pela lei internacional, esta não visou a punir ou tentar puni-los. O reconhecimento deles como crimes e o julgamento e punição dos criminosos são deixados para a lei de cada país. Mas, de acordo com a lei internacional, a jurisdição criminal da lei interna é, ordinariamente, restrita aos crimes cometidos em terra firme ou águas territoriais ou em seus próprios navios e aos crimes de seus nacionais em qualquer lugar que sejam cometidos, em alto mar por qualquer nacional ou em qualquer navio, porque uma pessoa, acusada de tal pirataria, coloca-se sob a proteção de qualquer Estado. Não é mais um nacional, mas um *hostis humanis generis* e, como tal, sujeito à jurisdição de qualquer Estado"⁵.

Esta orientação foi confirmada pela Convenção de Genebra sobre o Alto Mar, de 27 de abril de 1958 que, no art. 14, estabeleceu que "todos os Estados devem cooperar, na medida do possível, para a repressão da pirataria *em alto mar ou em qualquer outro lugar*, não dependendo da jurisdição de nenhum Estado" e, no art. 15, definiu os atos que constituem a pirataria.

Assim, podem existir e existem, freqüentemente, concepções diferentes de pirataria, seja internacional, seja das leis internas; a primeira para admitir a ação dos Estados em alto mar e a segunda para estabelecer a incriminação e punição pelos Tribunais de cada Estado.

V - Examinando-se as definições da maioria dos autores de direito internacional, pode-se fixar como característica geral de pirataria o roubo ou depredação contra coisas e pessoas, por violência, praticados por um navio em alto mar contra outros navios⁶.

Na citada Convenção sobre o Alto Mar, estendeu-se esta concepção para abranger também a pirataria aérea. Assim, o art. 15 e seu n.º 1, letras *a* e *b*, referem-se às *aeronaves piratas* e a letra *b* autoriza considerar como pirataria os "atos praticados em um lugar, não dependendo da jurisdição de nenhum Estado". Esta última expressão, preconizada há muito por *V. Palla*⁷, permite considerar como pirataria os atos oriundos de uma aeronave em vôo sobre o alto mar ou sobre um território sem proprietário.

Mas, por outro lado, a definição da Convenção Geral de Genebra é restrita, mantém uma orientação limitativa, quando exige para caracterizar os atos de pirataria que eles partam de um navio ou de uma aeronave e que se dirijam contra um outro navio ou aeronave.

Ela exclui, assim, o célebre caso do navio português *Santa Maria*, que foi capturado em alto mar, violentamente, pelos passageiros Galvão e outros, que mudaram sua rota e o destino do navio, mas que não praticaram atos contra outros navios⁸.

5 Americ. J. of Internat. Law 29 (1935) 141.

6 Ver uma grande lista no curso de V. PELLA sobre pirataria, Rev. da Academia de Direito Internacional (Haia), v. 13, pág. 106 e segs.

7 Rev. Academ. Dir. Intern., v. 15, pág. 170.

8 Dei parecer ao governo brasileiro, que foi seguido, no caso do navio "Santa Maria", 24-27 de janeiro de 1961.

VI – As definições das leis internas são mais amplas, com imposições de penas severas, se bem que para um fim mais grave que o do direito internacional, ou seja, a *punição do crime de pirataria*.

Tomo como exemplo a qualificação dos atos de pirataria realizados pelo Código Criminal do Império do Brasil, 830, art. 82/84, reproduzidos pelo Código Penal da República, X, 1890, art. 104/106. Vêm-se previstos: art. 82, 1.º e 3.º (art. 104, § 1.º e 3.º): a depredação ou a violência no mar, genêricamente, e ainda a apropriação por fraude ou violência contra o comandante de um navio, por um indivíduo pertencente à equipagem⁹.

Nestes textos capitulam-se fatos próximos da captura ilícita da aeronave, que examinamos no presente estudo.

O Código Criminal do Império do Brasil influenciou, fortemente, o Código Espanhol de 1848 e, por seu intermédio, a maior parte dos Códigos dos Estados Latino-Americanos de origem espanhola¹⁰.

Alguns ampliaram o n.º 3 do art. 82 do Código Brasileiro, para punir *quem quer que se aproprie de um navio por fraude ou violência contra seu comandante*; aí se está mais perto ainda das atuais apropriações de aeronaves em voo.

É a redação dos Códigos Penais da Espanha, art. 250, da Bolívia, 1834, art. 166, 3.º, Honduras, 1906, 137, 3.º, Paraguai, 1910, 144; 3.º, Argentina, 1921, 198; 3.º, Peru, 1924, 271, 3.º, Colômbia, 1936, 2.º (com particularidades). Cuba, no Código de Defesa Social, de 1936, tratando dos delitos contra a Liberdade e a Segurança dos Mares, considera também como pirataria a apropriação de um navio ou aeronave cubanos, artigo 166, D e 169, C.

VII – Mas, na verdade, deve-se constatar a completa falta de atualização, seja das convenções internacionais, seja das leis internas (salvo a lei dos Estados Unidos, v. n. VIII) num assunto tão importante e tão urgente como os novos problemas de pirataria, em particular os da captura ilícita das aeronaves em voo.

Há mesmo uma dissonância entre as Convenções Internacionais e as leis internas sobre pirataria.

Nestas chega-se até, por exemplo, no novo Código Penal Brasileiro, a suprimir o crime de pirataria... Será que está ultrapassado? Fora de uso?...

E na Convenção de Genebra, se bem que de 1958, não se previa como ato de pirataria a apropriação de um navio ou de uma aeronave por um viajante, passageiro ou tripulante, por violência ou ameaça de violência contra o comandante...

Ainda uma vez os fatos marcham mais depressa que as leis.

VIII – Nos Estados Unidos, o problema foi devidamente considerado por uma nova lei de 5 de setembro de 1961 (Public Law 87-197; 87th Congress Last Session) com a adição de uma Seção *i* no Federal Aviation Act (Publ. Law 85-726) de 1958, sobre “Aircraft Piracy”, a Pirataria da Aeronave.

A definição do crime é: “Como foi usado nesta Subseção, o termo “aircraft piracy” significa qualquer seqüestro ou exercício de controle pela força ou violência ou tentativa de força ou violência e com maliciosa intenção, de uma aeronave de comércio aéreo” e a punição bastante severa - “Quem comete ou tenta cometer

⁹ A lei francesa de 10 de abril de 1825 sobre pirataria tinha estabelecido, no art. 4, 1, um texto parecido ao do Código Brasileiro do Império.

¹⁰ H. VALLADÃO, *Paz, Direito, Técnica*, Rio de Janeiro, 1959, p. 260.

pirataria aérea, como o acima definido, será punido (A) – com a morte, se o veredito do júri recomendar ou, no caso de ser culpado ou inocente, se o defensor desistir do júri, se a côrte na sua discreção ordenar; ou (B) pela prisão por não menos de 20 anos, se a pena de morte não fôr imposta.”

Voltamos à *pena capitale* estabelecida há séculos para os piratas do mar. A punição não deve ser excessiva, mas proporcional ou complementar, de acôrdo com os atos e os resultados contra as pessoas e as coisas.

Nem o grande rigor dos séculos XVI ao XVIII, nem a punição atual. Penas justas.

IX - Mas a Convenção de Tóquio, de 14 de setembro de 1963, “Relativa às Infrações e Certos Atos Praticados a Bordo das Aeronaves” constituiu-se, na matéria, uma decepção.

No seu art. 11 ela previu, contraditòriamente; o crime, sem estabelecer a pena e sobretudo sem impor aos Estados contratantes a obrigação de o punir.

O texto, único do Capítulo IV, Captura Ilícita das Aeronaves, limita-se, no caso onde “ilicitamente e por violência ou ameaça de violência uma pessoa muda a exploração de uma aeronave em vôo, dela se tenha apoderado ou exercido o contrôle, ou esteja a ponto de completar tal ato”, a determinar que os Estados contratantes “tomem tôdas as medidas apropriadas para restituir ou conservar o contrôle da aeronave ao comandante legítimo”, permitindo, assim, “aos passageiros e à tripulação prosseguir sua viagem, logo que possível”, e restituindo “a aeronave e sua carga àqueles que têm o direito de as deter”.¹¹

Nenhuma palavra sôbre a punição dos autores do crime. E o mais grave é que o Projeto da Convenção organizado em Roma, em 1962, no art. correspondente n.º 4, continha esta alínea: “todo Estado contratante, sôbre o território do qual a aeronave aterrissa após tal ato ou ameaça, deve assegurar, de acôrdo com suas próprias leis, a detenção do autor dêste ato ou ameaça”, inexplicavelmente retirado em Tóquio.

Êste texto não é, entretanto, o que o direito exige, ou seja, o estabelecimento expresso da obrigação, para os Estados, de punir conforme suas próprias leis; o que não os permitia escusar-se de não fazer se suas leis não davam, neste caso, uma competência extraterritorial. Dependia, assim, da existência de tais leis¹².

X - A verdadeira e justa solução para o caso da captura ilícita das aeronaves é a criação de um nôvo delito internacional, como se tem feito com outros crimes, cuja punição corresponde à *proteção de um interesse humano de caráter universal*, no caso da liberdade e da segurança do tráfico aéreo, dos crimes contra a humanidade e, por isto, de punição universal.

A êstes delitos se aplica a universalidade do direito de punir, a Justiça Penal Universal, a obrigação de punir e de fazê-lo pelo judex deprehensionis.

11 Se outros Códigos preferiram fazer sòmente uma remissão e, no que diz respeito à jurisdição, às regras de direito internacional, Costa Rica, 1941, art. 6, e Panamá, 1942, art. 8; um, o do Chile, prescreve a mesma pena aos crimes de roubo com violência ou intimidação às pessoas, 1874, art. 434; outro, o de Nicarágua, 1891, art. 142, a majoração das penas dos delitos comuns; enfim, os Códigos do Salvador, 1904, art. 115/119, e do Equador, 1936, art. 399/403, seguem os conceitos clássicos adotados em direito internacional para os direitos de polícia e de jurisdição sôbre os piratas. A orientação brasileira de regular a pirataria no Código Penal não era nem foi a da Europa, onde se preferiu deixar, ou para o “Case Law” (Inglaterra) ou para as leis especiais (França, lei de 10-4-1825; Itália, Código da Marinha Mercante, art. 320/1 e 363 e para o México, nota anterior, n. 2).

12 NICOLAS M. MATTE, *Droit Aérien-Aéromatique*, 2.ª edição, página 362, queria no art. 11 uma fórmula mais categórica.

Êles têm sido e são o objeto de Convenções Internacionais, plurilaterais e pode-se citar em vigor as sôbre: proteção dos cabos submarinos (14 de março de 1884); tráfico de mulheres e crianças (Paris, 18-5-1904 e 4-5-1910, Genebra, 30-9-1921); circulação e tráfico de publicações obscenas (Paris, 4-5-1910, Genebra, 12-9-1923); comércio e facilitação de uso de entorpecentes (Haia, 23-1-1912, Genebra, 9-2-1925 e a última e única sôbre os entorpecentes, de Nova York, 30-3-1961); genocídio (ONU, 11-12-1948).

Note-se, por exemplo, a aproximação do nôvo delito internacional de captura ilícita de aeronave em vôo a um mais antigo, de ruptura ou danificação de um cabo submarino, com interceptação das comunicações telegráficas. Nos dois casos, protegem-se a liberdade e a segurança das comunicações entre os homens e os povos¹³ e nunca sômente pessoas e coisas lesadas.

E, justamente, o que falta no direito de pirataria marítima é uma cláusula em Convenção Internacional, *obrigando, expressamente, os Estados a puni-la*, a estabelecer nas suas leis internas a respectiva punição. E, não a prevendo, a Convenção de Genebra sôbre o Alto Mar deixou uma grave lacuna, que não tem sido preenchida pela fraca disposição do art. 14, já transcrito, estabelecendo para os Estados “o dever de cooperar, *na medida do possível*, para a repressão...”, diferentemente das outras Convenções citadas para os delitos internacionais, que *impõem, formalmente*, aos Estados contratantes a obrigação de puni-los nas *suas leis* internas.

XI - A pirataria é, essencialmente, assalto, atentado, depredação, violência, banditismo, violação da liberdade e da segurança das comunicações seja em terra, a pilhagem das grandes rotas¹⁴, seja sobretudo no mar e, particularmente, no alto mar, onde existe um deserto maior e, na ausência de um poder jurisdicional, um campo propício aos criminosos.

E então o direito internacional foi obrigado a reconhecer aos Estados os direitos de polícia e jurisdição sôbre a pirataria em alto mar e os próprios Estados a têm punido nas suas leis internas, enumerando as diferentes formas que ela assume.

Agora, assaltos praticam-se no e pelo ar e sobretudo no e pelo ar livre, constituem uma nova pirataria, a pirataria aérea, com graves perigos à liberdade e segurança do tráfico aéreo.

No Brasil, com grandes regiões pouco povoadas e numerosas planícies, é *muito fácil a aterrissagem clandestina*. O Brasil tem, assim, sido vítima de atos de pirataria aérea praticados por aviões privados, de matrícula dos Estados Unidos, que aterrissam e decolam de aeroportos clandestinos, construídos pelos co-autores e cúmplices em terra, para a prática de atos de contrabando e, mais grave, há alguns meses, para facilitar a evasão de contrabandistas americanos da prisão...

As diversas formas de atividades criminosas praticadas hoje no ar com violência ou fraude correspondem, naturalmente, com variações de ambiente e

13 Nos Estados Unidos, DUDLEY FIELD, de New York, no seu Código de Direito Internacional, considerou crime de pirataria a danificação dos cabos submarinos, § 83 e, também, as “de um caminho de ferro internacional, um canal, ou qualquer outra obra cuja neutralidade perpétua foi declarada”.

14 Compreendem-se, perfeitamente, ainda hoje, em territórios que não se referem à jurisdição de nenhum Estado, os direitos de polícia e de jurisdição para todos os Estados sôbre os atos de banditismo cometidos nestes territórios. BYNKERSHOESCK, *Quest. Jur.*, publ. I, ch. XVII, falava da pirataria “sive mari sive terra”; CARRARA, *Dir. Pen. Parte Especial*, § 2144, comparava “os bandidos em terra aos piratas no mar”. Um julgamento da *Cour de l'Amirauté Anglaise* estabeleceu, também, tal comparação (opinião do Juiz Jonks, lembrada por FIORE, *Dir. Publ. Int.*, 2.^a edição francesa, I, 494).

tempo, às formas clássicas de pirataria marítima, previstas no direito internacional e nas diferentes leis internas.

A Convenção Internacional que terá por fim o estabelecimento da obrigação, para todos os Estados, de punir a pirataria aérea, deverá, a exemplo do que se tem feito nas outras Convenções sobre os delitos internacionais, adotar uma fórmula genérica, deixando aos Estados a atribuição de definir os crimes e de estabelecer as penas nas suas leis internas.

Uma fórmula, naturalmente, sujeita a aperfeiçoamentos seria a de qualificar a pirataria aérea como todo ato pelo qual uma aeronave privada é utilizada para fins pessoais, ilícitamente, em violação de liberdade e segurança do tráfico aéreo, com violência, ameaça de violência ou fraude, ou uma aeronave privada é aprisionada em vôo por uma pessoa a bordo que impede sua exploração, dela se apodera ou exerce seu controle, ou está a ponto de completar tais atos.

As últimas expressões cobrem o caso da captura ilícita das aeronaves e a primeira, *utilização*, compreende as diversas formas de uso da aeronave, também contra a liberdade e segurança do tráfico aéreo, para a facilitação e a prática ainda de outros crimes, especialmente o contrabando, evasão de detentos etc., em associação com outros criminosos em terra, chegando mesmo à decolagem e à aterrisagem em aeroportos clandestinos.

As dimensões que me foram dadas para este trabalho me impedem de estudar outros problemas colaterais, como os da captura com fins políticos¹⁵.

**Publicado originalmente na Revista nº 5 mai./ago. 1968, p. 34.*

¹⁵ Faço remissão ao parecer dado ao Governo do Brasil, no caso do navio "Santa Maria".

A AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS - SITUAÇÃO ATUAL NO BRASIL E NO MERCOSUL*

NADIA DE ARAÚJO**

SUMÁRIO:

1. *Introdução*
2. *O método do DIPr e a autonomia da vontade*
3. *A autonomia da vontade no Brasil*
4. *Conclusão*

1 - Introdução

A autonomia da vontade nos contratos internacionais é tema que sempre exerceu grande fascínio nos juristas ligados ao Direito Internacional Privado - DIPr, desde o século passado. Em 1927, **Niboyet** já considerava sem exagero dizer que a teoria da autonomia da vontade é o tema mais difícil de todo o Direito Internacional Privado.¹

Em São Paulo, também o Prof. **Irineu Strenger** apaixonou-se pelo tema, objeto de sua livre-docência, na qual comentou que poucas matérias existem que se revistam de tal importância e complexidade do ponto de vista do Direito Internacional Privado como a relativa ao direito obrigacional.²

Ole Lando³, um dos mais conceituados juristas dedicados ao tema, esclarece que o direito das partes em escolher qual a lei governa um contrato internacional é tão amplamente aceito nos países do mundo que se constitui em um desses princípios comuns ao âmago de todos os sistemas legais.⁴

* Palestra proferida na UNICID, São Paulo, em 9 de outubro de 1997.

** **Nadia de Araujo** é Procuradora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro; Doutora em Direito Internacional, Universidade de São Paulo, Mestre em Direito Comparado, George Washington University; Professora de Direito Internacional Privado e Direito do Comércio Internacional, PUC-Rio e Professora Visitante do Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica da UERJ.

1 NIBOYET, in *Recueil de Cours*, 1927.

2 STRENGER, Ireneu, — *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, São Paulo, Ed. RT, 1968, p. 214.

3 Atribui-se a CHARLES DUMOULIN, jurista francês do século XVI, o desenvolvimento do princípio da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado. São do início do século os primeiros acórdãos franceses que tratam da questão, culminando com o acórdão-marco American Trading Co. 'Para texto integral, ver ANCEL, Bertrand e LEQUETTE, Ives, *Grands arrêts de la jurisprudence français e de droit international privé*, Paris, Ed. Sirey, 1987, pp. 66/73.

LANDO, Ole, *Contracts in International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, capítulo 24, Tübingen, Haia, Mohr/Mouton, 1976 e *The Conflict of Laws of Contract. General Principles*, Recueil de Cours, tomo 189, 1985.

4 LANDO, Ole, *International Encyclopedia...*, cap. 24, p. 3.

No entanto, o interesse não tem apenas cunho acadêmico. Recentemente, em uma conversa com um advogado do Rio de Janeiro, muito atuante na área de contratos internacionais, informou-me que estivera em Nova York negociando um contrato e que a cláusula de lei aplicável foi objeto de dois dias de discussão. Assim, pode-se dizer que são características do tópico ser muito estudado, falado, e discutido em negociações contratuais, justamente para evitar deixar a sua solução futura aos tribunais, que podem interpretá-la de forma diversa daquela desejada pelas partes, razão por que aparece pouco na jurisprudência.

2 - O método do DIPr e a autonomia da vontade

Desde logo é preciso destacar que “autonomia da vontade no DIPr, utilizada nos Contratos Internacionais” nada tem a ver com o que os civilistas agora gostam de chamar de “autonomia privada” e que diz respeito a faculdade das partes em contratar.

Para o DIPr, autonomia da vontade significa permitir que partes escolham a lei aplicável ao contrato internacional. Essa possibilidade só existe no contrato internacional, pois nos contratos internos não é possível determinar qual o sistema jurídico que vai resolver suas questões. Aliás, essa é uma importante diferença entre contratos internos e os internacionais.

No contrato internacional, devido a sua característica de estar ligado a mais de um sistema jurídico, é preciso saber qual será a lei aplicável. E hoje a maioria das fontes internacionais (doutrina, lei - de origem interna ou internacional -, e jurisprudência) no sentido de que as partes tem a faculdade de optar pelo sistema de sua preferência para regular a relação jurídica, ou ainda um terceiro sistema, tido por elas como neutro, talvez mais adequado às especificidades de um dado contrato.

A crescente preocupação da comunidade internacional com a harmonização e uniformização dos conflitos de lei na área dos contratos internacionais justifica-se por ser esta uma área do direito de vital interesse no desenvolvimento do comércio mundial e na tendência de formação de blocos econômicos, que juridicamente se traduzem em processos integracionistas. Veja-se, por exemplo, a Comunidade Européia, o Mercosul e o Nafta.

Isso porque o maior fluxo comercial intracomunitário também aumenta o volume de contratos internacionais e, conseqüentemente, os problemas decorrentes da lei a eles aplicada em caso de litígio.

A codificação uniforme do Direito Internacional Privado, no âmbito latino-americano, é um dos fatores imprescindíveis para se atingir a integração econômica do continente, e também aumentar a inserção desses países no contexto mundial. Sem uma uniformização jurídica não se pode fazer a integração econômica ou política, pois é preciso garantir aos atores desse processo uma base normativa com regras comuns, especialmente as regras conflituais de Direito Internacional Privado.⁵

Há que se notar que, na América Latina, esse movimento está em estágio adiantado, pois datam do século passado as iniciativas que resultaram no Congresso

⁵ O Brasil sempre esteve presente às Conferências, tendo assinado a maioria das Convenções. Nos últimos dois anos, a maioria delas entrou em vigor no Brasil, pelo que estamos, afinal, alinhados com o restante da América Latina.

de Lima, de 1878, os Tratados de Montevideu (1898/99 e 1940), e o Código Bustamante, de 1928. A partir dos anos setenta, a atividade codificadora foi assumida pela OEA, que promoveu até a presente data cinco conferências interamericanas especializadas sobre a matéria (CIDIPs), resultando em 22 convenções.

Evidentemente muitos acharam, especialmente no passado, que dar às partes a faculdade de escolher a lei aplicável é dar-lhes um poder quase legiferante, que só caberia aos Estados. Mas esta posição restou isolada com o passar dos anos, pois hoje se entende que a autonomia da vontade se estende até esse ponto nos contratos internacionais justamente por causa de suas características especiais.

E o que vem a ser escolher a lei aplicável? Significa, concretamente, inserir em um contrato internacional uma cláusula que estipule a lei à qual o contrato estará submetido. Esta poderá ser feita de forma expressa, o que certamente é mais seguro, ou ser inferida de forma tácita a partir da análise da vontade das partes, situação que deixa margem à incertezas.

De plano é preciso dizer que a cláusula não é uma panacéia, nem abrange todas as questões atinentes ao contrato. Como bem se vê dos estudos do método do Direito Internacional Privado, há regras de conexão para cada uma das situações que se apresentam. E, antes de iniciar esse processo de aplicação das regras determinadas é preciso classificar a situação jurídica dentro de um rol de qualificações para, em seguida, aplicar a regra pertinente, chegando-se afinal ao direito vigente à situação concreta.

O contrato internacional é uma situação jurídica complexa, pois envolve diversos aspectos que não podem ser tratados conjuntamente. Assim, a lei aplicável ao contrato tratará apenas do que diz respeito à sua substância e aos seus efeitos.

A realidade descrita acima chama-se *Dépeçage* ou fracionamento. É um mecanismo pelo qual um contrato ou uma instituição é dividida em diferentes partes, que serão, cada uma delas, submetidas a leis diferentes. Pode ocorrer em dois níveis. No primeiro, pelo próprio sistema de DIPr, pois a substância pode ser regida por uma lei, enquanto, p.e., a capacidade das partes, a forma, e a execução, será regida por outra. No segundo, o *dépeçage* decorre da própria autonomia das partes que têm a faculdade de determinar mais de uma lei aplicável ao contrato. Nesse nível, temos um desdobramento da noção de autonomia da vontade, pois além de escolher a lei para o contrato, poderão, ainda, fazer *mais de uma escolha* em vista da complexidade de um determinado contrato multiconectado.

Historicamente o sistema de *splitting* do contrato originou-se na Alemanha, com os ensinamentos de **Savigny**, que reputava aplicável a lei do local da execução para as obrigações contratuais, o que podia ter como consequência a aplicação de mais de uma lei ao mesmo contrato. **Savigny**, um dos primeiros universalistas dos tempos modernos, argumentava que cada relação jurídica possuía uma sede. E a existência de mais de uma *sede* no caso dos contratos, a lei do local de sua execução, poderia levar a aplicação de mais de uma lei, quando cada parte tivesse de executar sua obrigação em países diferentes. Para ele a *obrigação* e não o *contrato*, era a relação jurídica, razão porque era natural localizar cada uma delas em um país.

Os contratos internacionais são, portanto, operações que, por sua complexidade, podem estar ligados a mais de um ordenamento jurídico ao mesmo tempo; é necessária, assim, a utilização de mais de uma regra de conexão para resolver cada um de seus aspectos, o que implica na utilização do *dépeçage*.

Maria Helena Diniz⁶ traduz o termo como *despedaçamento*. Significa utilizar, ainda segundo a autora, um método analítico mais profundo de todos os elementos de conexão existentes no contrato internacional, qualificando-o mais perfeitamente.

Dar-se-á o *dépeçage* quando em uma dada situação jurídica multiconectada for possível a incidência de normas de diferentes ordens jurídicas relativamente a diferentes aspectos de um contrato. Considerando que há limitações à autonomia da vontade dos contratantes, e sua vontade não pode reger todos os aspectos do contrato, é preciso decompor o contrato em seus vários elementos, para aplicar a cada uma de suas partes a lei pertinente. Por exemplo, pode ocorrer em um contrato que a capacidade das partes seja regida pela lei pessoal, as obrigações das partes pela lei escolhida através da autonomia da vontade, a forma à lei da celebração, e a transferência do domínio, à lei da situação do imóvel.

João Grandino Rodas,⁷ em estudo recentemente atualizado e de grande profundidade, alude que não só é problema ínsito a todo contrato internacional a questão do direito aplicável, como a opção realista pela aceitação de que seja regida por mais de um sistema jurídico, aplicando-se o *morcellement*, com a conseqüente aplicação de vários direitos, acrescentando:

“A verdade é que, mesmo os unitaristas, como exemplificativamente Niboyet, viram-se forçados a reduzir a unificação ao fundo do contrato, deixando eventualmente para outros direitos a regência da capacidade e da forma. Os partidários da pluralidade regencial aceitam ademais a dépeçage ou morcellement, da substância ou fundo contratual com a conseqüente aplicação de vários direitos.”

Divide, ainda, os elementos de conexão do DIPr relativos às obrigações em quatro pontos: os relativos à capacidade da pessoa física; à capacidade da pessoa jurídica; aos aspectos extrínsecos ou formais e a aspectos intrínsecos ou de fundo.

Existem ainda dois complicadores a serem levados em conta. O primeiro diz respeito ao foro eleito. As cláusulas de eleição de foro e de lei aplicável não se confundem. Pode-se escolher um determinado foro para discutir os litígios advindos da relação contratual e naquele local utilizar-se a lei de um terceiro país no que diz respeito às regras materiais concernentes ao contrato em questão. O segundo, à ordem pública, pois a escolha das partes pode levar a uma lei que contenha dispositivos que não são aceitos pelos critérios de ordem pública do foro, ou ainda, serem contrárias à disposições de caráter imperativo.

Do exposto se conclui que apesar das partes poderem escolher a lei aplicável em um contrato internacional, esta escolha possui limites que não podem ser ignorados, devendo obedecer, no caso concreto, a uma gama de fatores maior do que sua aparência à primeira vista.

6 DINIZ, Maria Helena, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, vol. I, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993, p. 473 e seguintes.

7 RODAS, João Grandino, *Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro, relativamente às obrigações contratuais*, in *Contratos Internacionais*, coord. João Grandino Rodas, São Paulo, RT, 1995.

3 - A autonomia da vontade no Brasil

No Brasil, a autonomia da vontade foi considerada como permitida a par da interpretação doutrinária dada ao artigo 13 da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1916, por causa da expressão ali existente *salvo estipulação em contrário*.⁸

Beviláqua, seu autor, mostrou-se favorável ao princípio e expressamente declina tê-lo adotado. Entendeu que as partes têm autonomia para escolher a lei a que se subordinavam as obrigações, livremente contraídas, conquanto respeitados os seus naturais limites e na forma da lei.⁹ Continuava, esclarecendo que, como conseqüência do *dépeçage*, a vontade das partes quanto à lei aplicável somente podia ser exercida com relação à substância e aos efeitos do ato. Já com relação à capacidade e à execução, poderia haver a incidência de uma lei diferente daquela aplicável ao contrato internacional. Assim, para determinar qual a lei regente da capacidade de cada uma das partes, era preciso determinar seu estatuto pessoal, e, para a execução, a lei do lugar onde se efetua-la.

Enunciou ainda a *lex contractus* como sendo a do local da celebração, salvo quando tivesse havido estipulação em contrário, ou ainda, quando ofensiva ao direito nacional dos contratantes ou à ordem pública¹⁰.

Com a nova Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, continuou a discussão sobre a manutenção ou não do princípio, em face da supressão da expressão "*salvo estipulação em contrário*", que antes a permitia. Continuou a confusão, pois enquanto muitos acharam que isso significou a vontade do legislador em eliminá-la, outros entenderam que a simples inexistência dos termos anteriores não indicava, expressamente, sua proibição.

Oscar Tenório,¹¹ ao comentar o artigo 9º, entendeu que a exclusão da teoria da autonomia da vontade na lei que substituiu a introdução deveu-se às severas críticas, que aquela teoria havia recebido anteriormente. Entretanto, ao não estabelecer expressamente a teoria da autonomia da vontade, entende o autor que o artigo 9º não a proibiu, deixando sua permissão à lei do contrato, ou seja, de forma indireta.

Miguel Maria de Serpa Lopes¹² ressaltou que na introdução de 1917, embora permitida, a autonomia da vontade não podia ser exercida senão no terreno

8 Lei de Introdução ao Código Civil:

"Art. 13 - Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde forem contraídas.

Parágrafo único: Mas sempre se regerão pela lei brasileira: I. Os contratos exeqüíveis no Brasil; II- As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro; III - Os atos relativos a imóveis situados no Brasil; IV - Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.

Lei de Introdução ao Código Civil:

art. 9º. - Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º. - Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º. - A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente."

9 BEVILÁQUA, *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1944, p. 358.

10 BEVILÁQUA, *op. cit.*, p. 359.

11 TENÓRIO, Oscar, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Borsari, 1955.

12 LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Comentários Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. II, Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1944.

supletivo.¹³ Já com relação à Lei de Introdução de 1942, entendia que a omissão sobre a autonomia permitia-a apenas de forma indireta, ou seja, quando indicada pela lei do local da celebração, e ainda assim, apenas como relação à matéria supletiva. Pareceu-me posicionar-se contrariamente à autonomia, quando a lei aplicável fosse a lei brasileira, já que a mudança na redação dera-se em razão da forte pressão exercida pela corrente doutrinária contrária a essa faculdade.¹⁴

Serpa Lopes criticava, ainda, a posição de **Oscar Tenório**, pois sua formulação implicava, na verdade, em uma forma de reenvio, proibido pela lei. Opinião esta, compartilhada modernamente por **Franceschini**, que, em face da proibição expressa para a remissão entendeu que a autonomia da vontade ali não está contemplada.¹⁵

Modernamente, há poucos estudos sobre a LICC. Entre eles, o de **Maria Helena Diniz**,¹⁶ que ao tratar do artigo 9º, entende não ter o citado artigo contemplado a autonomia da vontade como elemento de conexão, pois trata-se de norma cogente e que não pode ser alterado pelas partes.

Assim, no que tange à prática diuturna, é preciso ser cauteloso, quando da redação de uma cláusula deste tipo em um contrato internacional, pois os tribunais brasileiros não enfrentaram a questão diretamente, nem parecem ter abraçado as teses pró-autonomia da doutrina mais recente. Somente com a modificação da LICC e adoção dos princípios consagrados na Convenção sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, realizada pela CIDP V, México, 1994, poder-se-á modificar a situação atual e assim, haver segurança jurídica para as partes quando adotarem a autonomia da vontade em seus contratos.

No estágio atual da legislação brasileira, a escolha da lei aplicável a um contrato internacional, nos moldes reconhecidos atualmente na comunidade internacional, não encontra amparo seguro na legislação vigente, pois ali não estão expressamente contemplados.

Terminando os comentários sobre a legislação brasileira, é preciso falar da situação do Mercosul, pois não há uma posição uniforme até o momento, adotada por todos os seus integrantes, no que diz respeito à determinação da lei aplicável aos contratos internacionais, em face das normas encontradas nos quatro países, que além de contrárias à autonomia, adotam o critério da lei do lugar da execução para estabelecer a lei vigente ao contrato.

Desta forma, os contratos internacionais firmados no âmbito do Mercosul poderão ser regidos por normas diversas, a partir das regras de conexão de cada um dos países membros. Por isso, quando da elaboração de um contrato internacional em um desses países, há que se ter em mente as conseqüências quanto à lei aplicável do local da celebração e do local da execução, já que as normas em vigor não permitem que as partes escolham livremente a lei aplicável.

A situação atual é insatisfatória e requer uma extensa modificação dessas normas, sendo a harmonização desses princípios uma prioridade para o bom funcionamento do Mercosul.

13 *Id.*, *ib.*, p. 315.

14 *Id.*, *ib.*, p. 317.

15 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais*, in *Contratos Internacionais*, coord. João Grandino Rodas, São Paulo, RT, 1995, p. 103 e seguintes.

16 DINIZ, Maria Helena, *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, p. 246 e seguintes.

Nesse sentido, a adoção do princípio da autonomia da vontade é um imperativo, pois acabaria com as divergências existentes, e permitiria às partes optar pela lei que lhes fosse mais conveniente. Foram essas as idéias norteadoras da CIDIP V, que tiveram como resultado a aprovação da Convenção Interamericana sobre o Direito aplicável aos Contratos Internacionais, México, 1994, com intensa participação dos países membros do Mercosul. Aguarda-se agora sua entrada em vigor para que se concretize a uniformização do direito internacional privado obrigacional do Mercosul.

4 - Conclusão

Na Europa e nos demais países, como EUA, a autonomia da vontade está expressamente consagrada na legislação.

O mais interessante é o fato de que essa incorporação do princípio da autonomia se deu, nos últimos tempos, de fora para dentro, ou seja, a partir da codificação internacional, o princípio entrou no ordenamento jurídico interno dos países, como no caso da Convenção de Roma e da Convenção de Viena.

Assim, não só a autonomia da vontade nos Contratos Internacionais é hoje uma regra universal, como o caminho para sua incorporação, de forma taxativa (pois antes era aceita através de construções doutrinárias e jurisprudenciais) foi a partir dos atos celebrados em foros internacionais.

No Brasil, a LICC, no seu artigo 9º nada fala, de modo expreso, sobre a autonomia. Apesar da posição favorável de muitos juristas, a leitura dos artigos da lei brasileira em muito difere dos artigos sobre o tema das convenções, como por exemplo na Convenção sobre lei aplicável aos contratos internacionais, México, 1994, que expressamente estabelece que o contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes.

A jurisprudência também não traz maiores esclarecimentos, nos casos pesquisados, o método conflitual clássico foi usado para determinar a lei aplicável, tendo os juízes entendido ser aplicável a lei brasileira ou a lei estrangeira, sem qualquer referência ao desejo das partes.

A autonomia da vontade é hoje uma necessidade em face do aumento dos contratos internacionais decorrentes do incremento comercial motivados pelos processos de globalização e integração regional.

A lei brasileira não dá segurança aos operadores jurídicos de afirmarem que o princípio é aceito incondicionalmente pelos tribunais pátrios.

Por isso é preciso mudar a LICC. E a adoção, pelo Brasil, da Convenção do México resolveria esse problema. A Convenção, além de ser aprovada para reger as relações entre países contratantes, deveria ser objeto de outra lei, que substituísse o artigo 9º por ela, modificando, assim, todo o DIPr brasileiro na parte obrigacional.

**Publicado originalmente na Revista nº 6 jul./dez. 1997, p. 153.*

Direito Institucional



O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE DA ATIVIDADE POLICIAL

AFRÂNIO SILVA JARDIM*

1 - Introdução

Temos asseverado, em outras oportunidades, que o verdadeiro Estado de Direito não pode prescindir de mecanismos de controle de seus órgãos públicos. Este controle deve ser efetivado seja pelas instituições da sociedade civil, de forma difusa, seja pelos próprios órgãos estatais. Por outro lado, cabe salientar que a forma de se efetivar a necessária fiscalização não importa, necessariamente, na violação da autonomia ou independência de determinado órgão do Poder Público. Impõe-se, modernamente, afastar concepções meramente corporativistas, de forte conotação conservadora e que não atendem aos interesses da sociedade como um todo.

Note-se, outrossim, que a experiência tem demonstrado que o controle interno, embora útil e até mesmo necessário, não é suficiente. É preciso criar mecanismos de fiscalização externa, vale dizer, fiscalização a ser efetivada por órgãos não pertencentes à instituição controlada.

A toda evidência, as diversas formas de controle da atividade dos órgãos estatais não têm por escopo paralisá-los, inviabilizar ou dificultar o seu desempenho. Ao contrário, buscam-se maior eficácia e operosidade dentro do princípio de legalidade. Cremos que prevenir ou reprimir abusos não pode ser algo indesejável num Estado que se deseja democrático. Perversa a afirmação que colhemos alhures no sentido de que determinada atividade pública se torna inviável dentro dos estritos parâmetros legais (*sic*).

Desta forma, louvável a iniciativa do legislador constituinte de inserir na Carta Magna a regra do artigo 129, inc. VII, que dispõe ser função institucional do Ministério Público “exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”. No artigo 128, parágrafo 5º da Constituição Federal encontramos previsão expressa de organização do Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual, através de princípios gerais a serem traçados por lei complementar federal ou estadual, respectivamente.

Assim, todo o estudo que abaixo vamos desenvolver terá por base uma interpretação sistemática de tais regras constitucionais, tendo sempre em vista as demais normas constantes da Constituição que traçam a estrutura acusatória do nosso sistema processual. Vale dizer, é indispensável bem compreender o papel do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia no processo penal brasileiro.

* Afrânio Silva Jardim é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Mestre da Universidade Gama Filho - UGF. Livre-Docente da Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ em Direito Processual. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho - UGF. Professor- Adjunto da Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ e Faculdade Cândido Mendes de Direito Processual Penal. Professor convidado da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - FEMPERJ e Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

2 - O conteúdo do controle: atividade de polícia judiciária e de polícia em geral

Tendo em vista a expressão genérica inserida no texto constitucional já aludido, julgamos caber aqui uma interpretação restritiva. Como se sabe, a polícia civil dos Estados e a polícia federal desempenham dupla função: atividade de polícia administrativa e atividade de polícia judiciária. A primeira tem caráter preventivo e deve ser compatibilizada com a atribuição das polícias militares, a quem compete o policiamento ostensivo, preventivo e fardado. A segunda atividade supramencionada tem aspecto mais repressivo, pressupondo a prática de uma conduta penalmente típica, cuja investigação se fará através do inquérito policial. Esta atividade de polícia judiciária também pode ser desempenhada pela polícia militar e pela polícia das Forças Armadas, merecendo controle do respectivo Ministério Público. O controle da atividade de polícia administrativa não depende sequer de lei federal. Por se tratar de organização dos serviços públicos estaduais, cabe ao legislador estadual dispor a respeito. A questão aqui é delicada, pois o Ministério Público não pode ser transformado em corregedor da polícia, criando-se vinculações administrativas e hierárquicas, com os poderes disciplinares e avocatórios que a elas são inerentes. Ademais, tal controle da atividade administrativa da polícia é de difícil efetivação, pela forma difusa com que este serviço público é desempenhado, carecendo o Ministério Público de estrutura mínima para levar a cabo tal árdua tarefa. De qualquer sorte, somos que o constituinte quis se referir ao controle da atividade de polícia judiciária. Este sim, pelo papel processual outorgado ao Ministério Público, tem *status* de função institucional e relevância constitucional.

Desta maneira, a nossa preocupação, neste passo, é com o controle que o Ministério Público deve fazer da atividade de polícia judiciária no *inquérito policial*. Pela sistemática do vigente Cód. Proc. Penal, o Ministério Público, com certa timidez e sem exclusividade, já exerce este controle. Com o novo texto constitucional e com a legislação futura, tal fiscalização há de ser mais concreta, efetiva e exclusiva, consoante se verá abaixo.

Ressalte-se que o controle da atividade de polícia judiciária ora tratado não pressupõe qualquer vinculação hierárquica entre a autoridade policial e os Promotores de Justiça ou Procuradores da República. A vinculação aqui é meramente funcional ou processual. Neste sentido, a sempre autorizada lição do mestre de todos nós, professor José Frederico Marques, *in verbis*:

“A Polícia Judiciária não está subordinada, hierarquicamente e administrativamente, às autoridades judiciárias e às do Ministério Público. Há, no entanto, relações funcionais no âmbito da Justiça Penal, em que a própria autoridade policial se subordina ao Judiciário e ao Ministério Público, uma vez que à polícia incumbe preparar a ação penal, de que este último é o órgão competente para propô-la. Essa subordinação deriva dos vínculos que são criados na regulamentação do processo penal” (*Tratado de Direito Processual Penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, vol. 1º, pp. 201/202).

Ora, se o Ministério Público é o único legitimado a exercer a ação penal pública, (art. 129, inc. I da C.F.), e se a atividade de polícia judiciária, concretizada no inquérito policial, é que irá aparelhar o *Parquet* para oferecer sua denúncia, é até mesmo intuitivo que o Promotor de Justiça deva dispor de mecanismos técnico-jurídicos que permitam exercer plenamente a sua atribuição fim, qual seja, instaurar a *persecutio criminis in iudicio*.

Não estivesse expresso na Constituição e na legislação ordinária, de qualquer sorte tratar-se-ia dos chamados “poderes implícitos”.

Delimitado assim o controle do Ministério Público, passemos agora à sua análise.

3 - A norma constitucional e sua eficácia depuradora do sistema processual acusatório

Não resta dúvida de que o preceito constitucional supratranscrito defere à lei complementar a regulamentação do controle pelo Ministério Público da atividade policial. Aos menos avisados poderia parecer tratar-se de uma norma cuja total eficácia ficasse dependendo do legislador infraconstitucional. Entretanto, não é bem assim. Consoante magistério do Professor José Afonso da Silva, “todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica e imediatamente aplicáveis nos limites dessa eficácia”. No dizer do mestre citado, mesmo as regras constitucionais, que devem ser regulamentadas pelo legislador ordinário, possuem eficácia **ab-rogativa** da legislação precedente com ela incompatível, criando situações subjetivas simples e de interesse legítimo. Estas normas constitucionais, por outro lado, impedem que legislação futura disponha de forma diversa, sendo dotada, por conseguinte, de uma eficácia “paralisante” (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, p. 253).

Em sendo assim, parece-nos oportuno examinar se alguma regra do vigente Código de Processo Penal encontra-se em testilha com a nova sistemática decorrente do artigo 129, inc. VII, da Constituição da República.

Cremos não mais caber ao Poder Judiciário a fiscalização que exercia, através do inquérito policial, da atividade de polícia judiciária. A Constituição de 1988, em mais de uma passagem, procurou preservar o Poder Judiciário das atividades persecutórias do Estado, em prol de sua imparcialidade e neutralidade. Veja-se, por exemplo, o disposto no parágrafo primeiro do aludido artigo 129, dando ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública, revogando os artigos 26 e 531 do Cód. Proc. Penal e a Lei nº 4.611/65. Ao juiz não mais é dado instaurar, de ofício, o processo penal.

Em estudo anterior, interpretando a norma do art. 5º inc. LIV, da Constituição Federal, que consagra o princípio do “devido processo legal”, deixamos dito:

“...entendemos vedada aos órgãos do Poder Judiciário qualquer atividade persecutória na fase inquisitorial, pré-processual. Não é mais o juiz um dos destinatários da *notitia criminis*, em qualquer de suas modalidades. Não pode mais o magistrado requisitar a instauração de inquérito policial, desempenhando função anômala dentro do sistema acusatório, que se apresenta como pressuposto do “devido processo legal”. Tais poderes são incompatíveis com a nobre função de julgar com neutralidade e imparcialidade. Agora o juiz somente deve desempenhar função jurisdicional, dependendo sempre de provocação da parte, através do exercício do direito de ação, seja de conhecimento, seja cautelar... Tal perspectiva vem tornar mais clara a regra do art. 129, inc. VII, da Constituição, que declara ser função institucional do Ministério Público o controle externo da atividade policial. Certíssimo, por tudo que se expôs, o excelente parecer do professor e magistrado Dr. Nagib Slaibi Filho, aprovado

pelo então Corregedor da Justiça e publicado no “Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro”, parte III, p. 9, de 24.10.88”. (Afranio Silva Jardim, *Direito Processual Penal*, Rio, Forense, 1991, 4ª edição, p. 467).

Em verdade, o inquérito destina-se à coleta de provas para viabilizar o exercício da ação penal, vez que esta não deve ser admitida sem que esteja lastreada em um suporte probatório mínimo do que consta da acusação pública ou privada. A prova do inquérito é que pode fornecer a chamada justa causa para a instauração do processo penal. Por isso, o destinatário do inquérito há de ser o titular do direito de ação e não o juiz. Este somente desempenhará atividade processual em face do exercício da ação penal, como é próprio do sistema acusatório.

Por isso, entende-se que a sistemática processual decorrente de interpretação dos textos da nova Constituição revogou a parte final do parágrafo 1º e todo o parágrafo 3º do art. 10, bem como parte inicial do art. 23, todos do Cód. Proc. Penal. Em se tratando de infração penal pública o inquérito policial deve ser encaminhado ao Ministério Público para a formulação da *opinio delicti* e demais atividades persecutórias de sua atribuição.

4 - Problemas decorrentes da norma constitucional em exame

Estabelecidas estas premissas, ainda não enfrentadas frontalmente pela doutrina e jurisprudência, surgem alguns problemas a serem enfocados nesta oportunidade.

Como vimos, o controle externo da atividade de polícia judiciária pelo Ministério Público dos Estados há de ser feito na forma da lei complementar estadual. Ora, levando-se em linha de conta que tal controle se efetiva através do inquérito policial, pode-se romper com a salutar unidade do Direito Processual Penal, permitindo-se que o legislador de cada Estado da Federação discipline a tramitação do inquérito perante o Ministério Público.

Destarte, seria de bom alvitre que a futura reforma constitucional alterasse a parte final do inc. VII, do art. 129 da atual Constituição, dispondo que o controle externo pelo Ministério Público da atividade de polícia judiciária se faça na forma da lei complementar federal ou mesmo de lei ordinária federal. Enquanto não se altera o texto constitucional, a solução seria modificar-se, nesta parte, o Cód. Proc. Penal ou inserir, no projeto de lei orgânica do Ministério Público, que ora tramita no Congresso Nacional, normas que regulamentem a nova disciplina do inquérito perante o Ministério Público, conforme já foi sugerido, na imprensa, pelo atual Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira. Tal expediente não violaria a Constituição, na medida em que compete à União legislar sobre matéria processual (art. 22, inc. I). À lei complementar estadual caberia dispor sobre os órgãos de execução do Ministério Público que atuariam no inquérito policial, suas atribuições e relação com a polícia dos estados, cuja organização também compete à lei estadual.

O Estado do Rio de Janeiro se antecipou a tudo isso e, de forma interessante e mesmo ousada, criou mecanismo no âmbito do Ministério Público para o Parquet, através do inquérito, pudesse se relacionar diretamente com a polícia civil. A seguir, passaremos ao exame da experiência pioneira de nosso Estado, de forma genérica e resumida a fim de não fugir aos limites deste trabalho.

5 - O controle do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro sobre a atividade de polícia judiciária no inquérito policial

Como deixamos dito acima, com a vigência da nova Constituição da República, o Desembargador-Corregedor do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro expediu ato normativo determinando que o Poder Judiciário Estadual não mais recebesse os inquéritos policiais e *notitia criminis*, que deveriam ser encaminhados diretamente ao Ministério Público como titular exclusivo do controle da atividade de polícia judiciária e da ação penal. Vale dizer, a partir de determinada data não mais seriam objeto de distribuição aos órgãos jurisdicionais os atos persecutórios. A distribuição ficou reduzida às denúncias e requerimentos de arquivamento dos inquéritos por parte do Ministério Público.

Como não poderia deixar de ser, fez-se uma ressalva: quando se fizesse necessária uma atividade jurisdicional cautelar por parte do juiz, mesmo que anterior ao oferecimento da denúncia, a postulação seria distribuída a um juízo criminal. Assim, efetuada uma prisão em flagrante, sua comunicação seria distribuída normalmente a fim de que o magistrado, em cumprimento de preceito constitucional, fiscalizasse a sua legalidade, relaxando ou não a prisão, bem como examinasse a aplicação à hipótese do art. 310 e seu parágrafo do Cód. Proc. Penal. Da mesma forma, seriam distribuídas as representações da autoridade policial pela prisão temporária ou preventiva de algum indiciado e eventuais requerimentos de liberdade provisória, com ou sem fiança, formulados pelos advogados dos indiciados. Nestes casos, tais distribuições tornariam prevento o juízo, motivo pelo que o posterior inquérito seria a ele diretamente remetido, nele passando a officiar o Promotor de Justiça lotado no órgão de execução do Ministério Público vinculado à Vara Criminal.

Destarte, nas outras hipóteses, ou seja, instaurado o inquérito na delegacia policial e não havendo qualquer atividade jurisdicional cautelar prévia a ser prestada pelo Poder Judiciário, deveria o inquérito ser encaminhado ao Ministério Público diretamente.

Cabe salientar, entretanto, que, com a extinção do mandato do Desembargador-Corregedor, tal ato normativo foi revogado pelo seu sucessor, daí porque usamos os verbos sempre no condicional. Posteriormente, através de outra Resolução, com a recondução ao cargo do mencionado Corregedor da Justiça, foi restabelecida a primitiva, sendo esta a disciplina dos inquéritos policiais vigente até os dias de hoje.

Diante desta situação, o Procurador-Geral de Justiça viu-se na contingência de expedir a Resolução nº 447, em 17.06.91, alterada pela Resolução nº 495, de 21.05.92, publicada no Diário Oficial, de 22.05.92, parte 1ª, p. 27, cuja sistemática, em resumo, passamos a noticiar.

Criou-se, no Ministério Público do Rio de Janeiro, um novo órgão de execução: as Promotorias de Investigação Penal, com atribuição específica de atuar nos inquéritos relativos a infrações penais praticadas em áreas territoriais determinadas, tendo como dado referencial as circunscrições das delegacias policiais. Tais Promotorias de Investigação Penal têm atribuição para atuar nos procedimentos persecutórios até final denúncia ou requerimento de arquivamento, que devem apresentar ao juízo criminal através de livre distribuição. Só não atuam nos inquéritos que já tenham sido distribuídos a uma vara criminal, em razão de prévia atividade jurisdicional cautelar, consoante já exposto.

Destarte, instaurado um determinado inquérito policial, automaticamente, já temos um Promotor de Justiça com atribuição para nele officiar, não sendo mais preciso aguardar a distribuição do inquérito como era antigamente, pois tal distribuição não mais ocorre. Por isso mesmo, desnecessária a designação especial de membro do Ministério Público para atuar neste ou naquele inquérito, pois em ato normativo prévio

e genérico já existe Promotor de Justiça com atribuição fixada. Dentre outras vantagens, avulta o respeito ao princípio do **Promotor Natural**, consagrado na Constituição da República, conforme sustentamos em nosso livro já citado, nas páginas 465/567, com lastro nos ensinamentos do colega Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro constantes na pioneira obra intitulada *O Ministério Público no Processo Civil e Penal, Promotor Natural, Atribuição e Conflitos*, Rio, Forense, 1992, 4ª edição.

Ademais, também fica previamente estabelecida a atribuição do órgão do Ministério Público para fiscalizar os xadrezes das delegacias policiais, afastando o sistema anterior de atribuição difusa que, na prática, importava em ausência de fiscalização, à míngua de responsabilidades individualizadas.

Oferecida a denúncia pela Promotoria de Investigação Penal, será ela distribuída a um juízo criminal, passando a atuar, no inquérito policial, o Promotor de Justiça lotado na Promotoria de Justiça a ele vinculada.

Administrativamente foram criadas as chamadas “Centrais de Inquéritos”, com a finalidade de viabilizar, burocraticamente, o recebimento dos inquéritos e remessa dos mesmos às promotorias ou delegacias policiais, estando a Central de Inquéritos da Capital em fase final de informatização.

Tais órgãos administrativos da Procuradoria-Geral de Justiça outorgam, outrossim, infra-estrutura pessoal e material às promotorias.

Parece-nos excelente esta nova sistemática implantada no Estado do Rio de Janeiro, que deverá ser aperfeiçoada com o tempo e acúmulo de experiências. Adequase o Ministério Público aos postulados do sistema acusatório, retirando o juiz da fase persecutório-administrativa, não mais praticando ele aquelas funções anômalas, na feliz expressão do Professor Fernando Tourinho Filho. Isto é o que se extrai da interpretação sistemática e moderna da nova ordem constitucional. Somente a tutela do princípio do “Promotor Natural” já demonstra a excelência do novo sistema.

Entretanto, impõe-se rápida elaboração de lei federal que, a nível processual, discipline algumas questões que fogem à competência do legislador estadual, conforme salientamos em momento anterior deste trabalho, a menos que interpretemos literal e isoladamente a parte final do art. 129, inc. VII, da Constituição da República e se permita que os Estados rompam a salutar unidade de nossa legislação processual penal, o que nos parece indesejável.

À míngua desta legislação federal, que venha substituir os artigos do Cód. Proc. Penal revogados já enumerados, ficamos com alguns problemas no Estado do Rio de Janeiro. Parece-nos, por exemplo, caber às Promotorias de Investigação Penal a fixação dos prazos para o prosseguimento do inquérito e retorno ao Ministério Público. É o que tem ocorrido na prática. Questões desta ordem podem ser solucionadas através da analogia, dos princípios processuais pertinentes e até mesmo pelo bom senso.

Situação mais delicada decorre da regra do art. 16 do Cód. Proc. Penal, que dispõe: “O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à delegacia policial, senão para diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia”. A toda evidência, não mais atuando o juiz no inquérito, descabe condicionar a devolução dos respectivos autos a qualquer requerimento do Ministério Público ao Poder Judiciário. Agora, a Promotoria de Investigação Penal determina a remessa do inquérito à delegacia de origem. Entretanto, fica uma questão em aberto: não mais haverá qualquer forma de controle da não-denúncia, através de eternas devoluções dos inquérito às delegacias para diligências absolutamente despiciendas?

Em verdade, há quem sustente que este controle jamais existiu, sendo o Ministério Público o senhor absoluto e exclusivo do juízo de devolver ou não o inquérito à delegacia policial. Outros acham caber ao juiz indeferir tal requerimento do Promotor de Justiça, fazendo a ele retornarem os autos do inquérito para denúncia ou arquivamento do inquérito. Parece-nos, entretanto, que, pela sistemática do Cód. Proc. Penal, a solução intermediária é a correta, ajustando-se aos postulados do sistema acusatório e aos princípios constitucionais de independência da atuação dos membros do Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública. Invocando a aplicação analógica do artigo 28 do Cód. Proc. Penal, após enfrentar outras questões relativas ao sistema processual, assim deixamos escrito em nossa obra anteriormente citada:

“Em outras palavras: tratando-se de um processo de partes, não compete ao órgão jurisdicional provocar a sua jurisdição, bem como impedir que a parte se instrumentalize para fazê-lo, no futuro. O que cabe ao Poder Judiciário é fiscalizar o cumprimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, segundo sistema consagrado no atual Cód. Proc. Penal. Destarte, se a Promotoria de Justiça não oferece denúncia, embora já disponha de elementos para tal, o órgão jurisdicional poderá remeter os autos do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, que decidirá sobre a propositura ou não da ação, podendo determinar o prosseguimento das investigações policiais.” (*Ob. cit.*, pp. 282/283, capítulo “O papel do Poder Judiciário em face do sistema processual penal acusatório”).

Implantado o sistema de controle da atividade judiciária na forma vigente no Estado do Rio de Janeiro, não mais atuando o juiz no inquérito policial, cremos ser imprescindível alguma forma de fiscalização da não-denúncia pelas promotorias. Lei federal que preconizamos deverá disciplinar a matéria. Até lá, julgamos não violar qualquer prerrogativa dos membros do Ministério Público ou princípio a ele referente o entendimento de que a autoridade policial, diante de devolução de inquérito encerrado, com as investigações exauridas, sem que o órgão do Ministério Público tenha requisitado qualquer diligência policial, possa fazer a remessa dos autos ao Procurador-Geral para que se exerça, no âmbito do próprio Ministério Público, o controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. A última palavra será do Procurador-Geral, na forma do art. 28 do Cód. Proc. Penal, por analogia. É uma proposta que colocamos à apreciação dos doutos.

Para melhor fixação dos temas que enfrentamos neste singelo estudo sobre o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, cabe apresentar abaixo as principais conclusões, que, nada obstante o nome, têm sempre caráter provisório, como, de resto, tudo em direito.

Conclusões

1 - É inerente à idéia de Estado de Direito Democrático um sistema de controle das atividades públicas, seja através da sociedade civil organizada, seja através do chamado controle externo, a ser realizado por órgãos estatais que gozem de alguma independência administrativa.

2 - Em alguns casos, é recomendável que o controle externo se concretize sem ferir a autonomia do órgão ou instituição controlada.

3 - Os mecanismos de controle externo devem objetivar não só o respeito ao princípio da legalidade como também maior eficácia do órgão ou instituição pública controlada.

4 - Bem andou o constituinte ao dispor no art. 129, inc. VII, da Carta Magna que a atividade policial deve ser controlada pelo Ministério Público, motivo pelo qual a futura reforma constitucional deve manter tal princípio, embora através de regra melhor redigida.

5 - A reforma constitucional deve prever apenas o controle pelo Ministério Público da **atividade de polícia judiciária**. O controle da atividade de polícia meramente administrativa deve ficar reservado ao legislador estadual, dentro do princípio federativo que informa a nossa constituição. Não deve ser ele exclusivo do Ministério Público.

6 - A nova norma constitucional deve explicitar que o controle a ser exercido pelo Ministério Público deverá se efetivar na **forma da lei federal ordinária**, e não da lei complementar estadual, a fim de preservar a unidade do nosso sistema processual.

7 - Aos Estados deve caber tão-somente criar os órgãos de execução do Ministério Público e definir suas atribuições, aparelhando-os de infra-estrutura administrativa, material e pessoal. A toda evidência, em se tratando de Ministério da União, tal se fará também por lei ordinária federal.

8 - O controle externo da atividade de polícia judiciária pelo Ministério Público prescinde de qualquer vinculação administrativa ou hierárquica entre as duas instituições.

9 - A atual norma constitucional que trata deste controle (art. 129, inc. VII), embora faça referência à lei complementar estadual, tem eficácia para revogar a legislação anterior que com ela se mostre incompatível.

10 - Numa interpretação sistemática de todas as regras constitucionais que disciplinam a estrutura do nosso processo penal, pode-se afirmar, com base no sistema acusatório e no fato de que o controle da atividade de polícia judiciária não é mais outorgado ao Poder Judiciário, estarem revogados os dispositivos do Cód. Proc. Penal que determinavam a atuação do juiz na fase persecutória do inquérito, salvo quando for postulada a sua atividade jurisdicional cautelar.

11 - Enquanto não se altera a regra do art. 129, inc. VII, da Constituição Federal, seria de bom alvitre que os mecanismos de controle da atividade de polícia judiciária, em suas linhas gerais, fossem disciplinados nas leis orgânicas dos Ministérios Públicos da União e dos Estados. Por ser matéria processual, qualquer lei ordinária federal dela pode ocupar-se. Aos Estados caberia reorganizar o seu Ministério Público para adequar-se a esta nova realidade, semelhantemente ao que já se fez no Rio de Janeiro.

12 - Tudo há de ser feito de maneira a não violar o salutar princípio do **Promotor Natural**, devendo o inquérito policial e demais peças de informação serem encaminhados diretamente ao Ministério Público, sem a intermediação do juiz, conforme já previa o projeto de Cód. Proc. Penal em tramitação no Congresso Nacional, muito antes mesmo da Constituição de 1988.

**Publicado originalmente na Revista nº 1 jan./jun. 1995, p. 33.*

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO

CARLOS OCTÁVIO DA VEIGA LIMA*

A tomada de posição do M.P., com as funções que realmente deve exercer fora da justiça penal, não se realizou sem combates, sem lutas árduas. E tanto isto é certo que, olhando as legislações estaduais sobre processo civil, a legislação do tempo do império, a legislação federal de após a unificação do direito processual em todo o Brasil, o que se verifica é o seguinte: o novo Código de Processo Civil é o primeiro estatuto do Processo Civil que entre nós tem uma rubrica especial para o M.P., situando-o na sua exata posição dentro dos litígios que são solucionados e resolvidos na jurisdição civil.

A posição do M. P. no segundo grau de jurisdição civil, como órgão agente ou como órgão interveniente, está perfeitamente estruturada naquele Código.

Entretanto, quanto à legitimação recursal, os limites de atuação do M.P., como fiscal da lei, nem sempre foram pacíficos e incontroversos.

Para alguns, o fiscal da lei deveria atuar na relação processual como órgão consultivo, mas sem força para fazer valer a sua opinião. Para outros, e embora essa atuação consultiva viesse acompanhada de poderes para requerer esta ou aquela medida, não devia ir além dos limites da jurisdição de primeiro grau, pelo que o M.P. fiscal da lei, embora vendo sua posição contrariada em decisão do juiz da causa, não poderia recorrer. Outros, enfim, e essa corrente segue a opinião mais acertada, admitiam um poder amplo, igual ao das partes, quando o fiscal da lei aparecesse no litígio.

O legislador de 1973, adotando a última corrente, dispôs, expressamente, no art. 499, parágrafo 2.º: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.” Assim, sua legitimidade recursal ficou estruturada. Quando ele atua como fiscal da lei, não é parte porque não é sujeito ativo nem sujeito passivo da lide ajuizada, mas é sujeito processual da relação jurídica que se instaurou e que configura o processo.

O Código de 1939 só reconhecia ao M.P. o poder de recorrer quando expresso em lei (art. 814), salvo quando ocupava a posição de parte.

Como assinala J. C. BARBOSA MOREIRA, em “*Comentários ao C.P.C.*”, pág. 235, na ausência de texto legal permissivo recusava-lhe a doutrina legitimação para recorrer nos processos em que sua função era de “*custos legis*”; os Tribunais, porém, sensíveis a intuitivas razões de conveniência, freqüentemente, entendiam que a interposição de recurso, em casos tais, era inerente àquela atribuição.

Recorrendo, assume o M.P., no procedimento recursal, a condição de parte, com iguais poderes e ônus, à semelhança do que ocorre quando exerça o direito de ação (art. 81), salvo regra especial, como a que dispensa de preparo os recursos por ele interpostos.

Da legitimação para recorrer deve distinguir-se o interesse em recorrer, que no caso do M. P. será a possível satisfação do interesse social por ele sustentado no processo.

* Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

PRAZOS RECURSAIS - PRERROGATIVAS

Dispõe o art. 508 do C.P.C. que: “Em todos os recursos, salvo o de agravo de instrumento e o de embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder será sempre de 15 dias, correndo em cartório.

Parágrafo único. No procedimento sumaríssimo, o prazo para interpor recurso, ou para responder a ele, será sempre de 5 dias, correndo em cartório.”

O novo diploma consagrou o princípio da igualdade entre recorrente e recorrido, que, salvo no recurso extraordinário, quanto ao contraditório preliminar, terão prazos idênticos para interpor o recurso e responder.

Não chegou o legislador à uniformização total dos prazos para quaisquer recursos: adotou como regra geral a da distinção entre recursos interponíveis no procedimento sumaríssimo e recursos interponíveis fora dele (quer no processo de conhecimento, quer no de execução, quer ainda no cautelar).

Para os processos sumaríssimos o prazo de interposição e de resposta são 5 dias; para os outros, na apelação e nos embargos infringentes, de 15 dias; no agravo de instrumento, de 5 dias; e nos embargos de declaração em que não há resposta, o prazo de interposição é também de 5 dias, se se trata de acórdão e de 48 horas se se trata de decisão proferida por órgão de primeiro grau. Igualmente de 48 horas é o prazo para interposição de recurso inominado previsto no art. 532 e seus parágrafos, contra o indeferimento liminar dos embargos infringentes pelo relator.

O agravo de instrumento contra a denegação de recurso extraordinário segue o padrão de 5 dias (art. 544).

O prazo de interposição do recurso adesivo, seja qual for – apelação, embargos infringentes ou extraordinário foi fixado em 10 dias (art. 500, n.º I).

Prerrogativas do M.P. (art. 188): “Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.” Assim o representante do M.P., quando funciona como parte (art. 81), pode contestar no quádruplo do prazo; pode recorrer no dobro do prazo; e deverá ser sempre, em qualquer caso, intimado pessoalmente (art. 236, parágrafo 2.º); são dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela Fazenda Nacional, Estadual e Municipal e pelas respectivas entidades da administração indireta, que gozam de isenção legal.

Como bem salienta LUIZ ANTONIO DE ANDRADE, em seus comentários (pág. 82), o art. 188 usa o vocábulo contestar, e não responder, pois na sistemática do Código responder é gênero, do qual a contestação é uma das espécies, sendo as demais a reconvenção e a exceção (art. 297).

Logo, para excepcionar o Juízo, o prazo do M.P. é o comum, de 15 dias, não se lhe podendo aí estender o benefício do prazo quádruplo, exceção que é à regra geral. Quanto à reconvenção, devendo ser ela oferecida, simultaneamente, com a contestação, embora em peça autônoma, o benefício incide.

Quando o órgão do M.P. intervém como fiscal da lei – *custos legis* - não goza das vantagens da ampliação dos prazos.

DOS RECURSOS

Dispõe o art. 496 do C.P.C.: “São cabíveis os seguintes recursos: I – Apelação; II – Agravo de Instrumento; III – Embargos Infringentes; IV – Embargos de Declaração; V – Recurso Extraordinário.

Dos recursos mencionados no art. 808, do Código de 1939, mantêm-se no art. 496, do novo estatuto, sem alteração terminológica, a apelação, os embargos de declaração e o recurso extraordinário. Desapareceu a revista. Os antigos Embargos de Nulidade e Infringentes passaram a denominar-se apenas Embargos Infringentes e ficaram limitados à impugnação de acórdãos, excluindo-se-lhes o cabimento contra decisões do primeiro grau.

Quanto ao agravo das 3 modalidades nominadas que comportava (agravo de instrumento, de petição ou no auto do processo), uma única subsistiu, o Agravo de Instrumento, embora o art. 522, parágrafo 1.º, contempla figura que corresponde, em substância, ao agravo no auto do processo (agravo retido).

A apelação “*ex-officio*” perdeu o caráter de recurso (art. 475).

Não é exaustiva a enumeração feita pelo art. 496 do C.P.C.. O art. 532 faculta recurso inominado, contra o indeferimento liminar de embargos infringentes pelo relator. Outro recurso inominado aparece no art. 557, parágrafo único, interponível contra o indeferimento do Agravo de Instrumento pelo relator.

Restam, ainda, os embargos previstos no art. 546, parágrafo único, contra decisão de Turma do S.T.F. que, em recurso extraordinário, ou agravo de instrumento, divergir do julgamento de outra Turma ou do Plenário.

EXEQÜIBILIDADE DA SENTENÇA NA PENDÊNCIA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO:

Muito se discutiu, sob o Código de 1939, se devia reputar-se provisória ou definitiva a execução promovida na pendência de recurso extraordinário. Dividiu-se a doutrina, firmando-se na jurisprudência, porém, o segundo entendimento.

O novo estatuto considera definitiva a execução fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial, e provisória a que se baseia em sentença impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo (art. 587), e o parágrafo 4.º do art. 543 declara que o recurso extraordinário será recebido unicamente no efeito devolutivo.

Consagrada está, pois, de “*lege lata*”, a tese da provisoriedade, aplicando-se à execução de julgado ainda sujeito a recurso extraordinário as regras do art. 588. A ela se procede mediante carta de sentença (art. 545, parágrafo único).

RECURSO ADESIVO

Adotou o Código modalidade de recurso até então estranha ao nosso sistema processual: o recurso adesivo, cabível, apenas na hipótese de, no litígio, saírem vencidos ambos os litigantes.

O que caracteriza, pois, o recurso adesivo é o sucumbimento recíproco e está disciplinado no seu art. 500.

O recurso adesivo só tem lugar na apelação, nos embargos infringentes e no recurso extraordinário e a ele se aplicam as mesmas regras do recurso independente quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento.

A legitimação para o recurso adesivo compete exclusivamente à parte que no grau inferior de jurisdição se contrapunha ao primeiro recorrente. Não há, pois, recurso adesivo do terceiro prejudicado, nem do M.P. nos processos onde não ocupava, no momento da decisão, a posição de parte. Tampouco se pode aderir a recurso de terceiro prejudicado, nem a recurso interposto pelo M.P., se este até então não era parte, mas apenas fiscal da lei.

Quer isso dizer que ao terceiro prejudicado ou ao M.P. (fora dos casos em que seja parte) corre sempre o ônus de interpor, no prazo comum, recurso independente (J. C. Barbosa Moreira – Coment. ao C.P.C., pág. 252).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

O Código de 1939 dedicava o L.º VI à disciplina dos processos de competência originária dos Tribunais e que se dividia em 4 Títulos: I – Do Processo no S.T.F.; II – Da Homologação de sentença estrangeira; III – Da ação rescisória da sentença; IV – Do Conflito de Jurisdição.

É diversa a sistemática adotada no Código atual. Preferiu o legislador deslocar a regulamentação da matéria relativa ao então chamado Conflito de Jurisdição para o Capítulo III, do Título IV, do L.º 1, onde se trata da competência interna: ali é que se inserem as normas atinentes ao Conflito de competência (artigos 115 a 123).

Há conflito de competência: I – quando 2 ou mais juízes se declaram competentes; II – quando 2 ou mais juízes se consideram incompetentes e III – quando entre 2 ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.

O conflito pode ser suscitado por qualquer das partes, pelo M.P. ou pelo juiz.

O M.P. será ouvido em todos os conflitos de competência, mas terá qualidade de parte naquele que suscitar.

O Conflito será suscitado ao Presidente do Tribunal: I) pelo juiz, por ofício; II) pela parte e pelo M.P., por petição, devendo, em ambos os casos, estar instruídos com os documentos necessários à prova do conflito.

No conflito entre Turmas, seções, câmaras, Conselho Superior da Magistratura, juízes de segundo grau e desembargadores, observar-se-á o que dispuser a respeito o regimento interno do Tribunal.

Em qualquer caso, será sempre ouvido, em 5 dias, o M.P.

AÇÃO RESCISÓRIA

O direito brasileiro, à semelhança de outros ordenamentos, conhece 2 tipos de remédios utilizáveis contra decisão judicial: os recursos e as ações autônomas de impugnação. O traço distintivo consiste em que, através de recurso, se impugna a decisão no próprio processo em que foi proferida, ao passo que o exercício de ação autônoma de impugnação dá sempre lugar a instauração de outro processo, como na ação rescisória.

A leitura dos diversos incisos do art. 485 revela a ampliação, no sistema do novo Código, dos casos de rescindibilidade.

A liberalização dos casos de rescindibilidade importou na redução do prazo da propositura da rescisória, que foi reduzido para 2 anos, como se lê no art. 495.

A admissibilidade da ação foi limitada às sentenças de mérito, ou seja, as do art. 269.

Outras inovações são: a disciplina expressa da legitimação ativa para a rescisória (art. 487); o condicionamento da propositura ao depósito de 5% do valor da causa, a título de multa, para a hipótese de ser unanimemente declarado improcedente o pedido, ou inadmissível a ação; a previsão da cumulação dos dois *iudicia* (*rescindeus* e *rescisorium*), ponto a cujo respeito, no silêncio da lei anterior, muito se discutia em sede doutrinária e jurisprudencial. Inova, também, no tocante ao procedimento, inclusive com as possibilidades de abreviação inerentes ao chamado “julgamento conforme o estado do processo” (art. 491, *in fine*).

Não se pode rescindir acórdão em grau de recurso contra decisão interlocutória (art. 162, parágrafo 2.º) ou final (art. 267), sobre matéria estranha ao “*meritum causae*”. O acórdão em grau de agravo de instrumento, ainda que conheça do recurso (e, pois, julgue o mérito deste), não se pronunciando sobre o mérito da causa que é o que cogita o art. 485, não é passível de rescisão.

O novo Código, ao tratar de legitimação ativa no seu art. 487, no seu inciso III, alude às hipóteses particulares que dizem respeito ao M.P., apesar de não haver sido parte no processo antecedente.

Se o M.P. fôr parte, legitima-se a rescisória em termos genéricos, nos casos do art. 485.

Se o M.P. não foi parte no feito anterior, tem legitimidade para a rescisória: a) quando não haja sido ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção (art. 246); b) quando a sentença é o efeito de colisão das partes, a fim de fraudar a lei.

Não incide aqui a norma ampla do art. 499, parágrafo 2.º, porque a ação rescisória não é recurso.

O depósito de 5% sobre o valor da causa não se aplica ao M.P.

Nas ações rescisórias oficiará sempre o M. P. (art. 16, n.º IV da Lei n.º 3.434) e, embora nada diga a respeito o novo Código, Barbosa Moreira, em seus Comentários, pág. 163, entende que, havendo na rescisória interesse público, evidenciado pela natureza da lide (art. 82, n.º III), continua necessária a audiência do M.P., na qualidade de *custos legis*.

Além dos embargos de declaração, sempre cabíveis contra qualquer decisão judicial, podem caber contra o acórdão proferido no julgamento da rescisória, embargos infringentes e recurso extraordinário.

UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O que pretendeu o novo Código foi disciplinar o instituto do prejudgado, de que tratava o Código de 1939, em seu artigo 861; mas ao tramitar pelo Congresso, sofreu ele, nesse particular, alterações várias, que modificaram sua feição original.

No Senado, a emenda n.º 95, do Sen. Acioly Filho, acolhida, suprimiu o recurso de revista. Uma das razões da supressão, foi a sua desnecessidade, ainda

mais tendo em conta o julgamento plenário previsto no art. 477 do Projeto que tratava da uniformização da jurisprudência.

Outra emenda, também aprovada, introduziu um parágrafo único preceituando: “A parte poderá, também, ao arazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo”.

A justificação da emenda foi a de que, suprimido o recurso de revista, seria interessante que a parte se desse oportunidade de pleitear o pronunciamento prévio do Tribunal, nos casos de interpretação divergente entre as diversas câmaras.

Como salienta Luiz Antônio de Andrade em “Aspectos e Inovações do C.P.C.”, o capítulo concernente à uniformização da jurisprudência constitui, na realidade, um misto dos dois institutos abolidos.

O instituto consagrado no art. 476 não tem a natureza de recurso. O que ali se contém é a disciplina de incidente suscetível de ocorrer em julgamento de Tribunal. Esse incidente, aliás, não tem lugar apenas quando se trate de julgamento de recurso; cabe, também, nos de causa de competência originária do Tribunal e nas hipóteses de que cogita o art. 475.

O incidente previsto no art. 476 pressupõe que haja julgamento em curso perante órgão de Tribunal. Não, porém, qualquer órgão: somente Turma, câmara ou grupo de câmaras. Descabe, pois, o incidente se o corpo julgador é o plenário do Tribunal ou as Câmaras Cíveis Reunidas.

O M.P. legitima-se a requerer o pronunciamento prévio do Tribunal ainda quando, no procedimento de grau inferior, funcionasse como fiscal da lei, desde que tenha recorrido, de acordo com o art. 499, parágrafo 2.º, tornando-se parte no procedimento recursal.

Como no prejudgado, previsto no Código de 1939, o procedimento do incidente se desdobra em duas fases: a primeira perante o órgão julgador do recurso e a segunda perante o Tribunal.

Na segunda fase, determina o parágrafo único do art. 478 que, em qualquer caso, será ouvido o chefe do M.P. que funciona perante o Tribunal. Funciona aqui o M.P. na qualidade de fiscal da lei. Como se trata de fixar a correta interpretação da regra jurídica, é natural que se lhe abra ensejo para opinar.

**Publicado originalmente na Revista nº 19 jan./jun. 1974, p. 3.*

PERSPECTIVAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO*

CLÓVIS PAULO DA ROCHA

1. À legítima satisfação que me proporcionou o cordial convite para proferir a palestra inaugural no IV Congresso do Ministério Público Fluminense, somam-se motivações afetivas. Ligam-me ao Ministério do Estado do Rio de Janeiro laços mais profundos, porquanto foi nele que iniciei a minha carreira, através de concurso regular de provas e títulos, prestado na década de 1930 (1934). Cerca de cinco anos passei no exercício da Promotoria Pública neste Estado, onde, a par de enriquecer a minha experiência de jovem voltado para as lides do direito, pude conhecer e apreciar o valor do povo que aqui vive. Embora carioca, minha mãe era natural da cidade fluminense de Campos.

Registro, ainda, a felicidade deste colóquio se realizar estando na Chefia do Governo Fluminense um estadista, homem de ideal e de cultura. E há de ser por essa razão que Raimundo Padilha, reconhecendo o relevo e a nobreza da Instituição, tem dado ao Ministério Público e a este Congresso o apoio que todos conhecemos.

Saúdo, também, o Chefe do “Parquet” Fluminense, Gastão Menescal Carneiro, que, com a sua simpatia, a sua cultura e o seu verbo fácil e brilhante a todos empolga.

Quero deixar expresso os meus agradecimentos ao ilustre Presidente da Associação do Ministério Público Fluminense, o jovem e dinâmico FERDINANDO DE VASCONCELOS PEIXOTO, organizador do Congresso, pelo apreço com que distinguiu o Ministério Público do Estado da Guanabara e a mim próprio.

Devo ainda sublinhar a feliz escolha de Friburgo para local das reuniões do IV Congresso do Ministério Público. Friburgo, afora as belezas naturais e artísticas que ostenta, é cidade repleta de tradições e de lembranças de fatos memoráveis aqui ocorridos. É peculiar, na sua história, a autorização de D. João VI para imigração de 100 famílias do Cantão de Friburgo, na Suíça, que para este local se transferiram e fundaram Nova-Friburgo, a antiga colônia suíça de Morro Queimado.

Foi a primeira tentativa de colonização estrangeira sistemática. Visava a compensar a cessação de tráfico de escravos imposta pelos tratados de Viena de 1815. Não foi bem sucedida economicamente, mas provou a possibilidade de adaptação de nórdicos em nosso clima. A história da formação de Nova-Friburgo encontra-se no livro de MARIO DE BARROSE VASCONCELOS, “Motivos de História Diplomática”, Rio, 1930. A correspondência sobre a colônia suíça de Nova-Friburgo figura nas Publicações do Arquivo Nacional (Arquivo Nacional, vol. XXXIX das Publicações, 1957, págs. 168 a 177 – Correspondência sobre a Colônia Suíça de Nova-Friburgo – Extratos).

De 1886 a 1922 aqui funcionou o famoso Colégio Anchieta, dos Padres Jesuítas. Recentemente, FERNANDO AZEVEDO, esse grande educador e membro da Academia Brasileira de Letras, recordava os momentos decisivos de sua formação intelectual nesse grande centro de estudos, hoje novamente em pleno reflorescimento. (Fernando Azevedo – *História de Minha Vida*, José Olímpio, editora, Rio, 1971).

* Conferência pronunciada pelo Procurador-Geral da Justiça do Estado da Guanabara, em 4-7-1972, em Friburgo, no Estado do Rio de Janeiro, na abertura do IV Congresso Fluminense do Ministério Público.

O “DISCURSO NO COLÉGIO ANCHIETA”, pronunciado por RUI BARBOSA, parainfando, em 1903, a turma de bacharelandos em letras, é uma página de antologia. Lá estava a famosa definição de pátria:

“A pátria não é ninguém, são todos; cada um tem no seio dela o mesmo direito à idéia, à palavra, à associação. A pátria não é um sistema, nem uma seita, nem um monopólio, nem uma forma de governo: o céu, o solo, o povo, a tradição, a consciência, o lar, o berço dos filhos e o túmulo dos antepassados, a comunhão da lei, da língua e da liberdade”.

É nessa oração, informa LUIZ VIANA FILHO, e assinalava o próprio RUI, no prefácio da “QUEDA DO IMPÉRIO”, que se esboça a evolução de seus sentimentos religiosos, a sua passagem do agnóstico ao catolicismo.

O Município é hoje dirigido pelo Prefeito FELICIANO COSTA, que tem mantido o progresso e o culto das tradições; e, na administração espiritual, o bispo D. CLEMENTE ISNARD, antigo beneditino, que vem criando uma comunidade devota e esclarecida. É também sede de vários colégios, um dos quais, o Colégio Modelo de Nova-Friburgo, sob a orientação da Fundação Getúlio Vargas.

Nessa antiga vila dos barões de Nova Friburgo, expoente da famosa aristocracia rural fluminense, habitou por longo tempo, casado com uma descendente da família, Rodolfo Dantas, estadista do Império, fundador do Jornal do Brasil, na República.

Este IV Congresso do Ministério Público Fluminense há de ser um marco na evolução do Ministério Público do Brasil e deverá, no futuro, ser arrolado como fato memorável ocorrido nesta cidade histórica, a crescer às suas tradições.

MEUS SENHORES

2. As instituições sociais nascem de forma indefinida ou imprecisa, mas, no correr dos tempos, vão adquirindo contornos mais fixos, vão sendo criados laços mais íntimos entre os seus membros, as suas funções vão se transformando de acordo com as épocas, os acontecimentos históricos, as concepções filosóficas e as conceituações jurídicas de cada época e de cada momento, sem perder de vista o que há de eterno e permanente.

É através do estudo da evolução que podemos ter uma visão clara do passado, do presente e do futuro das instituições.

Pois bem, o Ministério Público tem igualmente a sua história, a sua evolução, pela qual se vislumbram as perspectivas do seu futuro. Essa evolução pode ser apreciada sob diversos aspectos.

Paralelamente à atribuição de funções que se especializam, se transformam e se ampliam, vai se estruturando a carreira, vão-se conferindo garantias, direitos e vantagens para que possa o Ministério Público bem desempenhar as suas funções.

3. O Ministério Público nasce na Idade Média, na França, com a denominação de “*les gens du roi*” para a representação dos reis junto aos tribunais e a defesa dos seus interesses privados, confundidos, muitas vezes, com os do próprio Estado. A

sua disciplina inicia-se com a Ordenação de 23 de março de 1303, de FELIPE, o BELO, considerado por CÉSAR SALGADO a certidão de nascimento da instituição.

Dos interesses privados do monarca passam gradualmente à condição de advogados do Estado e do Fisco, até assumirem a posição de acusadores oficiais, em matéria criminal. Na França, merece, ainda, referência a propósito do assunto a Ordenança Criminal de LUÍS XIV, de 1670 e a lei de 20 de abril de 1810, sob NAPOLEÃO, quando o Ministério Público recebe sua forma definitiva que, da França – informa FRANCESCO SIRACUSA – irradia-se para quase todos os Estados da Europa e, ainda hoje, permanece imutável na substância (Francesco Siracusa, *IL PUBBLICO MINISTERO*, Torino, 1929, pág. 193).

A partir de então, inicia-se a *fase da acusação penal pública*, acrescida de outras atribuições, em matéria civil.

Foi ainda na França que a doutrina e as leis realizaram a posterior elaboração da estrutura e das atribuições dos órgãos do “*parquet*”, conferindo-lhes garantias e firmando os princípios de unidade, indivisibilidade, devolução, subordinação hierárquica e independência, que os caracterizam juridicamente.

4. Entre nós, recebeu a Instituição a influência francesa, podendo-se dizer que, em substância, a sua Organização repousa no modelo que nos foi legado por aquela Nação. No Brasil Colônia, como no Império, aos promotores de justiça nenhuma garantia se lhes conferiu. Livremente escolhidos e nomeados, eram demissíveis *ad nutum*. A expressão “Ministério Público” foi pela primeira vez empregada no Decreto 5.618, de 2 de maio de 1874, como assinala a magnífica contribuição do Ministério Público do Rio Grande do Sul sobre a “*POSIÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA ORGANIZAÇÃO NOS ESTADOS AMERICANOS*”, oferecida ao IV Congresso Interamericano do Ministério Público, recentemente realizado em Brasília.

Na República, com CAMPOS SALES, então Ministro da Justiça, aparece o primeiro reconhecimento da importância da Instituição, na Exposição de Motivos que precedeu o decreto 848, de 11-10-1890:

“O Ministério Público, instituição necessária em toda organização democrática, e imposta pelas boas normas da justiça, está representada nas duas esferas da justiça federal. Depois do Procurador-Geral da Justiça, vêm os procuradores seccionais, isto é, um em cada Estado. Compete-lhes, em geral, velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela convier. A sua independência foi devidamente resguardada”.

O decreto 1030, de 14 de novembro de 1890, no artigo 162, preceituava que “... o Ministério Público é perante as justiças constituídas o advogado da lei, o fiscal da sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o promotor da ação pública contra todas as violações do direito”.

Dava-se-lhe, assim, a merecida importância.

Na Constituição imperial de 1824, não há referência ao Ministério Público; na republicana de 1891, apenas se declara que o Procurador-Geral da República seria nomeado pelo Presidente da República, dentre os Ministros do Supremo Tribunal

Federal; na de 1934, é incluído no Capítulo: - “DOS ÓRGÃOS DE COOPERAÇÃO NAS ATIVIDADES GOVERNAMENTAIS”. Nessa Constituição é tratado juntamente com o Tribunal de Contas e os Conselhos Técnicos. Foram estabelecidos princípios sobre a carreira e reconhecidos direitos à estabilidade. Na de 1937, apenas se estipulam preceitos a respeito do Procurador-Geral da República; na de 1946 é regulado, em título próprio, no qual se previu a carreira, a nomeação mediante concurso e a estabilidade; a de 1967 o incluiu no Capítulo do Poder Judiciário, exigindo concurso para ingresso na carreira e, finalmente, a Constituição de 1969, resultante da Emenda Constitucional n.º 1, o deslocou do Capítulo do Poder Judiciário para o do Poder Executivo, mantendo, porém, a exigência do concurso para o ingresso na carreira.

5. É do conhecimento geral que o Ministério Público se divide, no Brasil, em Ministério Público Federal e Estadual, e que a sua atuação já não se limita ao crime, ao direito de família, aos registros públicos e à matéria falimentar. As suas funções se estenderam e tendem a ampliar-se.

No Ministério Público Federal, conserva-se a junção entre as atribuições específicas do Ministério Público e as de defesa de interesses patrimoniais do Estado Federal, ao passo que, na maioria dos Estados Federados, as duas funções estão separadas, cabendo a representação fiscal e patrimonial do Estado à Procuradoria do Estado e, ao Ministério Público, através da Procuradoria-Geral da Justiça, as atribuições próprias do Ministério Público.

O da União Federal desdobra-se em Ministério Público comum, que funciona junto à justiça federal comum, inclusive no crime, e nas jurisdições, especializadas da Justiça Militar, do Trabalho, Eleitoral, Tribunal da União e ao Tribunal Marítimo e, ainda, o Ministério Público local, mas Federal, como seja o do Distrito Federal e dos Territórios.

Nos Estados da Federação há o Ministério Público comum e o da Justiça Militar do Estado, relativos à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros, exercido pelo Ministério Público comum ou pelo especializado. Em diversos Estados cabe-lhe, ainda, servir nas Juntas Comerciais. Com essa organização institucional, as suas atribuições têm sido ampliadas, no tocante à ordem constitucional, cabe-lhe, por intermédio do Procurador-Geral da República, a argüição de inconstitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais.

A ação direta de inconstitucionalidade foi recomendada pelo II Congresso Interamericano do Ministério Público, realizado em Cuba, em 1957; a intervenção no *recurso extraordinário* a impetração de “*habeas-corpus*”; a ação popular; a fiscalização financeira nos Tribunais de Contas; a intervenção nas Unidades da Federação por representação do Procurador-Geral da República, como no âmbito dos Estados se confere aos Procuradores-Gerais da Justiça, em relação à intervenção nos Municípios. Além dessas, cumpre salientar a existência de atividade extrajudicial, como a da fiscalização das *Fundações*, que constitui pesado e relevante encargo.

6. Nos últimos anos, a atividade do Ministério Público tem encontrado, particular realce através de congressos e encontros especializados, onde vêm assumindo posição pioneira os “*Parquets*” do Estado de São Paulo e do Estado do Rio de Janeiro. Em âmbito continental cabe aqui recordar, brevemente, os quatro congressos interamericanos do Ministério Público, a começar pelo primeiro, reunido em São Paulo nos dias 21 a 27 de novembro de 1954, por iniciativa de J. A. César Salgado, esse grande líder nacional e interamericano; seguiu-se o de 1957, em Cuba, na cidade de Havana; o terceiro, em 1963, no México e, finalmente, o quarto, recentemente,

em Brasília, no mês de maio do corrente ano de 1972. No encerramento desse IV Congresso Interamericano do Ministério Público, pronunciou César Salgado notável oração, onde assinala, primorosamente, a história dos congressos interamericanos. É que ficará como um marco inextinguível no estudo do tema.

Além do I Congresso Interamericano, São Paulo promoveu, em 1942, o I Congresso Nacional e, em 1971, o I Congresso Estadual. O Estado do Rio realizou o primeiro em 1967, na cidade de Miguel Pereira, o segundo e o terceiro em Teresópolis, nos anos de 1968 e 1970, respectivamente, e, agora, instala o quarto nesta cidade (1972). Em outros Estados têm ocorrido simpósios e colóquios.

A meu ver, revestem-se esses Congressos de uma importância fundamental para o futuro do Ministério Público, em cuja evolução histórica constituem marcos salientes. Propiciam diversas oportunidades, ensinam melhor conhecimento pessoal aos membros do “*parquet*”; firmam entre eles maior e mais autêntica solidariedade, estimulam os seus membros ao estudo dos problemas institucionais comuns; conferem-lhes renovada motivação, permitindo-lhes sentir a unidade e a destinação da organização a que pertencem.

7. Em consonância com o espírito da época, esta fase da história do Ministério Público bem poderia ser caracterizada como a da *conscientização*.

Assim, a Instituição, a partir desse momento, poderá impor-se para melhor realizar os seus fins e aos seus membros serão gradualmente reconhecidos e conferidos os direitos e as prerrogativas de que carecem para o bom desempenho das suas funções.

O mesmo pensamento a respeito dos congressos foi manifestado por JOSÉ FREDERICO MARQUES, o grande processualista brasileiro e particular amigo da nossa instituição, ao declarar que “... o conclave realizado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro e uma série de outros que vêm se realizando neste Estado, como em outras unidades da Federação, tiveram por fim justamente continuar a manter dentro do Ministério Público do Brasil a conscientização do papel que este órgão representa dentro do Estado. Assim sendo, parece que dando esta notícia completa da posição do Ministério Público no anteprojeto do Código de Processo Penal, vim trazer uma contribuição ao espírito que inspirou a realização deste Congresso e ao espírito que hoje inspira todo o Ministério Público do Brasil, porque, realmente, nós temos que fortalecer a posição do Ministério Público dentro do Estado, aumentando-lhe as garantias funcionais, pela alta significação do papel relevante que exerce perante o Estado de ser, em última análise, o órgão destinado à defesa e tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana” (Rev. do M. P. Fluminense, 2, v. 1, p. 48).

Nem outra foi a conceituação exposta por SEABRA FAGUNDES na sua conferência sobre O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PRESERVAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA, ao dizer: – “Já é tempo de utilizar a organização institucional do Ministério Público para algo mais do que a secular iniciativa na aplicação da lei penal e a diminuta intervenção no campo do direito de família. A excelente aparelhagem orgânica que ele representa, difundida por todo território do País, em condições de atuação mais ou menos satisfatórias e comportando fácil aperfeiçoamento, induzem a chamá-lo ao desempenho da tarefa meritória de vigilante e ativo guardião da ordem jurídica no que tenha esta de mais significativo” (Rev. do M.P. Fluminense, 2, vol. 1, p. 34).

Com a mesma idéia, sentenciou o General EMÍLIO GARRASTAZU MÉDICI, eminente Chefe do Governo Brasileiro, ao receber no Palácio, em Brasília, os membros do IV Congresso Interamericano do Ministério Público. Declarou Sua Excelência:

“Devo dizer a todos que o Governo brasileiro dá especial realce ao Ministério Público, instituição encarregada de zelar pela ordem e pelo cumprimento da lei.

“Esse realce está perfeitamente traduzido na Constituição que nos rege. Tanto isso é verdade que o Ministério Público ocupa uma secção em nossa Carta Política. Além disso, o regime de legalidade vigorante no Brasil encontra no Ministério Público um dos seus fundamentos, pois lhe cabe entre outras importantes missões a de acusar a inconstitucionalidade das leis e dos atos administrativos perante o Poder Judiciário. Ao agradecer as generosas palavras dos representantes das delegações, particularmente o carinho da representante de El Salvador, faço votos, em nome do Governo Brasileiro, do pleno êxito em vosso trabalho, na certeza de que ele servirá para aprimorar cada vez mais esta nobre e útil instituição.”

Esses pronunciamentos tão claros, tão precisos e revestidos do valor das autoridades que o enunciaram não deixam dúvidas a respeito das perspectivas do Ministério Público no seu porvir.

Pode-se perfeitamente antever o alargamento das atribuições do Ministério Público, que não ficarão de forma alguma adstritas e limitadas à ação penal, ao processo civil na defesa dos interesses dos incapazes e ainda à ação direta de inconstitucionalidade conferida ao Procurador-Geral da República, mas se estenderão principalmente, à guarda da própria Constituição Federal, como das Estaduais, através dos chefes dos respectivos “*parquets*”.

Os novos encargos que lhe serão impostos na futura lei penal adjetiva, se, por um lado, poderão colocá-lo em maior evidência, por outro, exigirá de cada um de seus membros maior responsabilidade, maior esforço e maior dedicação.

A figura isolada do promotor público de justiça tende a desaparecer para ser substituída pela do trabalho de equipe dos membros do Ministério Público, que terão de agir em conjunto para poderem enfrentar os novos e relevantes encargos cometidos à nobre instituição.

A equipe, a infra-estrutura, o espírito de classe, a orientação superior, a linha de direção traçada pelos órgãos de comando em certos e precisos momentos, a utilização dos novos instrumentos científicos, fazem ver que o Ministério Público, na sua organização e na sua forma de agir, atravessa uma fase de transição, num mundo que se modifica.

No meu discurso de posse na Procuradoria-Geral da Justiça do Estado da Guanabara, tive ocasião de salientar que era mister que esta corporação continuasse a desfrutar, no futuro, o prestígio que teve no passado e que mantém no presente. Para isso, porém, era necessário que essa “Magistratura de pé”, como advogada da sociedade e fiscal da lei, assumisse atitude dinâmica; que se adaptasse às novas condições da sociedade moderna em franco desenvolvimento. Que se preparasse para recolher os benefícios das novas técnicas que vão sendo utilizadas pelas diversas instituições sociais. Hoje, a comunicação, na era espacial, traz para o homem e para o mundo nova dimensão nessa segunda revolução industrial, também chamada de revolução da cibernética, a qual vem sendo aproveitada pelas instituições públicas e privadas e vai penetrando no campo do direito, da doutrina e da jurisprudência.

Sublinhando, nessa linha de idéias, a importância da nossa instituição, MICHÈLE-LAURE RASSAT, encerra livro recentemente publicado sobre *LE MINISTÈRE PUBLIC ENTRE SON PASSÉ ET SON AVENIR* (Paris, 1967), dizendo que, com uma nova concepção do Ministério Público, ainda não precisada, podia, talvez, concluir com o conceito do grande civilista Professor CARBONNIER:

“Num país, um Estado e um Ministério Público podem bastar para a felicidade dos cidadãos” – *Dans un pays, un État et un ministère public peuvent suffire au bonheur des citoyens.*”

É em função dessas perspectivas apenas vislumbradas que situamos a oportunidade e a significação de Congressos como o que estamos agora a inaugurar, verdadeiras vigílias em que se consolida, através do esforço comum, o sentimento de amor e de orgulho dos membros do Ministério Público pela organização a que pertencemos.

Assim, o Ministério Público Fluminense, pioneiro da realização de vários Congressos, merece os aplausos de todos os “*parquets*” co-irmãos, entre os quais se inscreve o da Guanabara, que tenho a honra de dirigir e de representar neste momento.

**Publicado originalmente na Revista nº 16 jun./dez. 1972, p. 72.*

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO, AGENTE E COMO ÓRGÃO INTERVENIENTE NO PROCESSO CIVIL*

CLÓVIS PAULO DA ROCHA

I

INTRODUÇÃO

1. O Ministério Público, na *communis opinio*, tem as suas origens na França, onde, na Idade Média, surge com a denominação de *les gens du roi*, agentes do rei, procuradores dos monarcas, defensores dos interesses particulares dos príncipes junto aos tribunais. *Les gens du roi* era o nome aplicável aos demais funcionários dos reis, mas, pouco a pouco, ficou reservado para o Ministério Público.

Note-se, desde logo, que o Ministério Público não surgiu para a acusação penal, mas para a defesa de interesses civis, privados do rei, junto aos tribunais. A sua estruturação se inicia, como instituição, nas Ordenanças de 23 de março de 1303, de Felipe, o Belo, consideradas por CÉSAR SALGADO – esse nome tutelar do Ministério Público paulista e do Brasil – como certidão de nascimento do Ministério Público. A elas se seguiram as de 1493, de CARLOS VIII, as de 1498, de LUIZ XII, até a célebre *Ordonance Criminelle* de LUIZ XIV, de 10 de agosto de 1670.

A origem, pois, do Ministério Público foi mais civil do que penal.

“A origem do Ministério Público – diz FRANCISQUE GOYET – é antiga e modesta. Os ancestrais de seus representantes atuais são os advogados e procuradores do rei que, anteriormente ao século XVI, não eram mais do que representantes dos interesses privados do monarca junto às diversas jurisdições. O papel desses advogados e procuradores do rei tomou desenvolvimento considerável, à medida que se alargavam as prerrogativas do poder central e tornaram-se eles também agentes do poder público junto aos tribunais, dos quais acabaram por fazer parte”. (FRANCISQUE GOYET, *Le Ministère Public en matière civile et en matière répressive*, 3^{ème} édition, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1953, pág. 1).

2. A instituição, como acabamos de ver, nasce para a defesa, em França, de interesses privados dos dirigentes do país. A sua função inicial é civil. Dos interesses privados parte para os públicos do próprio Estado e do Fisco. Não são mais simples *gens du roi*, são advogados e procuradores dos interesses fiscais e patrimoniais do Estado. A função vai se transformando e as finalidades da instituição vão se fixando. Inicia-se como defensora de interesses privados civis. Acrescentam-se-lhes os do Estado e do Fisco e, posteriormente, torna-se o Ministério Público o acusador oficial em matéria criminal.

A função, hoje, considerada principal e pela qual é conhecido o Ministério Público, em matéria penal, não foi, como vimos, a fundamental, mas o resultado de

* Procurador-Geral de Justiça do Estado da Guanabara.

** Tese apresentada pelo autor, como Procurador-Geral da Justiça do Estado da Guanabara, ao IV Congresso Interamericano do Ministério Público.

uma evolução. É o que acontece, aliás, com todas as instituições sociais que nascem por um motivo, mas vão se transformando, pouco a pouco, de modo que se mantêm por outras finalidades mais importantes, embora, muitas vezes, possam conservar, como reminiscências históricas, certas atribuições que não mais se coadunam com as finalidades modernas da instituição. O Ministério Público tem, hoje, uma finalidade penal, não só na jurisdição comum, como nas diversas jurisdições especializadas que foram surgindo pela necessidade de divisão do trabalho e da organização do Estado Federal ou da defesa e da segurança do próprio Estado. Daí as jurisdições penais na justiça comum, na justiça federal, na justiça militar.

Na justiça federal, entre nós, não se fez, ainda, em definitivo, a dissociação entre as funções próprias e específicas do Ministério Público e as de advogado fiscal e dos interesses patrimoniais do Estado. Há nisso um pouco de reminiscência histórica, mas, por outro lado, impõe-se essa separação, principalmente agora que foi restabelecida a justiça federal e a ela também se conferiu competência para a matéria penal, onde irá atuar o Ministério Público federal, como *dominus litis*, no tocante à ação penal.

O eminente Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO, em trabalho sobre PERSPECTIVAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONJUNTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA, apresentado no 3.º Congresso do Ministério Público Fluminense, defendeu o princípio de que se deveria promover, no futuro, uma separação entre a Procuradoria da República e a advocacia dos interesses do Estado. Finaliza, dizendo mesmo que deveria ser prevista, “numa futura reforma constitucional, a criação de um cargo de cúpula, o de Advogado Geral da República, ao qual caberia chefiar todo o serviço de auditoria, procuradoria e advocacia da União. Ao corpo de seus subordinados caberia o patrocínio de todas as causas da União, sua defesa em juízo e as funções de consultoria. Por força de suas funções, estariam eles e o seu respectivo chefe o Advogado Geral, à semelhança dos antigos “procuradores do rei”, subordinados ao Poder Executivo, e se orientariam segundo as conveniências e interesses do Governo” (RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO *Perspectivas do Ministério Público na conjuntura constitucional brasileira*, in REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FLUMINENSE, Nº 2, vol. 2, jul-dez, 1971, páginas 329-330).

A conclusão dessa tese foi aprovada no Congresso acima mencionado, invocando ainda conceitos emitidos pelo eminente jurista SEABRA FAGUNDES, em conferência sobre o Ministério Público e a preservação da ordem jurídica no interesse coletivo (M. SEABRA FAGUNDES, *O Ministério Público e a preservação da ordem jurídica*, in REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FLUMINENSE, n.º 2, vol. 1, jan-jun., 1971, págs. 28 e segs.).

3. Na França, os magistrados do Ministério Público, pertencentes a uma mesma jurisdição, constituem um *parquet*, como informa HENRY DELPECH: “O conjunto de magistrados que compõem o Ministério Público junto a uma determinada jurisdição é muitas vezes designado sob o nome de *parquet*, como uma reminiscência da época em que *les gens du roi* se sentavam abaixo do estrado ocupado pelos juizes.” (HENRY DELPECH, v. *Ministère Public*, in DALLOZ, *Repertoire de Procédure Civile et Commerciale*, Paris, 1956, t. II, pág. 300). No mesmo sentido, se manifesta GOYET (*op. cit.*, págs. 1-2).

4. O Ministério Público é uma instituição que possui, na sua estrutura, princípios específicos que se aplicam, quer aos seus membros em exercício na jurisdição penal, como aos que se encontram servindo na jurisdição civil. São princípios que devemos policiar, para que fiquem gravados em preceitos legais nos códigos e estatutos do

Ministério Público e, se possível, também, nos códigos processuais, no que couber, a fim de que não venham a ser negados ou, sequer, postos em dúvida pelos órgãos jurisdicionais. Esses princípios, elaborados no direito francês, são os da *unidade, indivisibilidade, devolução, subordinação hierárquica e independência* dos membros do Ministério Público.

Em razão da unidade e da indivisibilidade, cada um dos membros do Ministério Público age representando um todo, representando o próprio *parquet* e, por isso mesmo, pode um ser substituído por outro, no mesmo processo, numa mesma audiência, sem solução de continuidade.

Ao chefe do *parquet*, o Procurador-Geral da Justiça, cabe delegar aos membros do Ministério Público as funções que lhe competem e também, pelo princípio da devolução, avocar para si o exercício de quaisquer atribuições dos demais membros da instituição. Por esse motivo, constitui também apanágio do chefe do *parquet* dar atribuições de casos concretos a qualquer membro do Ministério Público. É uma prerrogativa sua que não pode ser objeto de impugnação.

Por outro lado, os membros do Ministério Público, embora tenham subordinação hierárquica e administrativa, são independentes, quer em relação aos órgãos jurisdicionais, como também com respeito aos do Poder Executivo, quanto às suas manifestações nos processos que lhes forem afetos.

Vejamos como se expressam alguns autores a esse respeito.

FRANCISQUE GOYET, após dizer que a instituição se caracteriza pelos princípios de indivisibilidade, da subordinação hierárquica e da independência, *vis à vis*, dos Tribunais, sentencia: “O Ministério Público estabelecido junto a cada jurisdição é indivisível. A personalidade de cada um de seus membros é absorvida pela função. Cada um, no exercício de suas funções, age como se todos os membros do Ministério fossem presentes. Cada um representa o corpo inteiro. Daí resulta que, num mesmo processo, a cadeira do Ministério Público pode ser sucessivamente ocupada por diferentes membros do *parquet*.” “Semelhantermente, a regra da indivisibilidade permite que o chefe do *parquet* se faça substituir, em todos os casos onde julgue útil, por um de seus subordinados. Diante da lei, o ato do substituto conserva toda a autoridade e todo o valor que se lhe atribuiriam se emanasse do próprio chefe do *parquet*” (*op. cit.*, pág. 7).

“Princípio fundamental e verdadeira base do Ministério Público – afirma HENRY DELPECH – essa unidade que resulta do fato de que os seus membros são agentes do Governo, consiste na unidade de direção e, por conseguinte, na existência de um corpo organizado hierarquicamente, à testa do qual está colocado o Ministro do Interior e Justiça (Guarda-Selos), representando o Governo. A autoridade deste último se exerce sobre todos os membros oficiais do Ministério Público, por intermédio dos Procuradores-Gerais” (*op. cit.*, pág. 302).

“Em matéria civil – são ainda palavras do mesmo mestre – como em matéria criminal, o lugar do Ministério Público pode ser sucessivamente ocupado por diferentes membros do *parquet* (*ibidem*, pág. 302).

O Ministério Público, segundo velho princípio já formulado na legislação francesa – ensina o consagrado processualista da escola de São Paulo, FREDERICO MARQUES – é uno e indivisível. Constituem, por isso, todos os funcionários da instituição, disseminados por comarcas e juizados, um só órgão sob uma só direção; e os titulares de seus diversos cargos podem ser substituídos uns pelos outros, indistintamente” (JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, Forense, Rio, 1958, pág. 244).

E, continuando, afirma: “Por ser o Ministério Público uno e indivisível, cabe ao seu chefe, pelo chamado princípio de devolução, avocar para si as funções de qualquer dos subordinados, uma vez que o órgão de grau superior, por aquele princípio, pode exercer função atribuída a funcionário de categoria inferior. Por outro lado, em virtude do princípio da substituição, cabe ainda ao Procurador-Geral delegar essa função a outro membro de categoria inferior do Ministério Público sob sua direção” (*Idem, ibidem*, págs. 245/246).

WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR: – “Passando, agora, aos princípios básicos e informadores do Ministério Público, verificamos serem eles dois: o da unidade e indivisibilidade do Ministério Público e o da independência funcional” (*CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL*, vol. I – *Teoria Geral do Processo Civil*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971, pág. 247).

“No que tange ao primeiro princípio, afirma-se que todos os membros da instituição constituem *um só órgão uno e indivisível, e sob uma única direção. Por esse motivo, os titulares dos diversos cargos podem ser substituídos, indiscriminadamente, uns pelos outros. Ademais, o chefe do Ministério Público (Procurador-Geral da Justiça) pode avocar para si as funções de qualquer um de seus membros, em face do princípio da devolução, segundo o qual o órgão superior pode exercer atribuição de órgão inferior; e tal atribuição poderá ser delegada pelo chefe do Ministério Público a outro funcionário de categoria inferior, em virtude do princípio da substituição mencionada acima*” (*Idem, ibidem*, págs. 247/248).

“Por outro lado, o membro da instituição goza de completa autonomia, quando no exercício de suas funções. E, como salienta JOSÉ FREDERICO MARQUES, as discordâncias com a orientação determinada pelo Procurador-Geral permitem que este o substitua no caso concreto, mas não constituem motivo para censuras ou substituições em caráter definitivo” (*Idem, ibidem*, pág. 248).

II

O MINISTÉRIO PÚBLICO EM MATÉRIA CIVIL

5. As funções do Ministério Público são exercidas junto à jurisdição penal e em matéria civil. Podemos considerar como *civis* todas as outras atividades não incluídas nas relações penais. Aquelas não são exclusivamente as previstas no Código de Processo Civil, quer na jurisdição contenciosa, como na chamada jurisdição voluntária, mas se estendem a outros setores. Assim, além das funções constantes de Processo Civil, ao Ministério Público incumbe, através do Procurador-Geral da república, a argüição de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, oficiar nos processos de falências e concordatas e exercer atividades extra-judiciais.

O temário do Congresso pede, apenas, ao 3º Grupo de Trabalho, o debate sobre o Ministério Público como órgão agente e como órgão interveniente no processo civil. Não obstante, apresentamos um intróito para lembrar os problemas comuns da instituição e, agora, nesta segunda parte, para limitar o assunto que irá ser objeto do estudo, fazemos referência a matéria que, embora civil, será excluída das conclusões finais do tema.

6. A argüição direta de inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 119, I, 1, da Constituição do Brasil, complementado pela Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954, que instituiu o processo respectivo, ensejaria, caso não tivéssemos restringido o assunto do nosso estudo, debate oportuno, no qual teríamos, com prazer, de invocar os doutos e definitivos conceitos de ALFREDO BUZAID a respeito da posição do Procurador-Geral de República, que não é a de mero encaminhador da representação que houver recebido, o que não se coadunaria com a função do Ministério Público, mas de órgão que a examina e só a encaminha, se estiver convencido da sua procedência. Assim se manifesta ALFREDO BUZAID: “O Procurador-Geral age *motu* próprio (art. 1º: ...toda vez que tiver conhecimento da existência de ato”...), ou mediante provocação (art. 1.º, parágrafo único: “Havendo representação de parte interessada, a qual deverá ser em duas vias, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal, dentro de 90 dias, a partir do seu recebimento”). Um exame superficial pode levar a crer que o Procurador, havendo representação da parte interessada, deva sempre e necessariamente argüir a inconstitucionalidade. Mas essa interpretação não se compadece com a natureza de sua função. O Procurador-Geral da República só deve argüir a inconstitucionalidade, quando disso estiver convencido. Sua missão não é a de mero veículo de representações. Recebendo a manifestação do interessado, o Procurador-Geral da República a estudará, apreciando se tem ou não procedência. Convencendo-se de que o ato argüido é inconstitucional, proporá a ação; em caso contrário, determinará o arquivamento”. (ALFREDO BUZAID, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, pág. 109).

Não nos furtamos, nesta oportunidade, de transcrever, a respeito de ALFREDO BUZAID, conceitos do Professor NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, que, exilado da Espanha, veio, com grande brilho, pontificar na cátedra de processo, na Universidade Nacional Autônoma do México, D.F.

Em estudo sobre os processualistas da América, distingue entre os mais eminentes da Escola Processualista de São Paulo e do Continente, o Professor ALFREDO BUZAID, dizendo textualmente: “ALFREDO BUZAID ocupa, por direito próprio, um lugar junto aos mais eminentes processualistas americanos, mencionados no começo deste artigo. As suas relevantes condições de jurista e à sua extensa cultura geral, unem-se as mais altas virtudes morais: o fato de que, sendo candidato indiscutível para ocupar uma das cátedras vagas de Direito Processual, na Universidade do Estado, se retirasse do concurso para não enfrentar-se com companheiros a ele unidos por profundos vínculos de amizade, constitui uma atitude tão nobre e tão pouco freqüente, inclusive em ambientes científicos, onde, às vezes, as animosidades, superam às dos meios artísticos, que merece ser sublimado com o máximo aplauso.”

.....
“Os principais trabalhos saídos da pena de BUZAID são os quatro seguintes: “A ação declaratória no direito brasileiro” (São Paulo, 1943); “Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil” (São Paulo, 1945); “Da apelação *ex-officio* no sistema de processo civil” (São Paulo, 1951); e “Do con ZAMORA Y CASTILLO, *A Escola Processual de São Paulo, in Inter-American o melhor de todos, ainda que excelentes os outros três*”. (NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO *A Escola Processual de São Paulo, in Inter-American Review of Bibliography - Washington, D.C., vol. V, n.º 32 e na Revista Interamericana do Ministério Público, Ano I, 1956, n.º 2, pág. 193*).

III

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO AGENTE E COMO ÓRGÃO INTERVENIENTE DO PROCESSO CIVIL

8. O temário limita o estudo da atuação do Ministério Público em matéria civil às hipóteses em que ele aparece como órgão agente ou como órgão interveniente no processo civil.

Referindo-nos ao direito francês, queremos invocar a autoridade de FRANCISQUE GOYET, antigo Presidente da Corte de Apelação de Paris, cujo livro sobre o Ministério Público foi chamado pelo grande professor RENÉ GARRAUD de tratado preciso e completo sobre o papel do Ministério Público em matéria civil e penal.

HENRY DELPECH, em estudo sobre o assunto no Repertório DALLOZ, também dele se serve permanentemente transcrevendo trechos desse monumental trabalho cuja terceira edição, da qual nos estamos servindo, foi publicada com anotações de MARCEL ROUSSEL, então Presidente da *Cour d'Appel de Paris*, e MAURICE PATIN, Conselheiro da Corte de Cassação.

Classifica o eminente magistrado e jurista FRANCISCO GOYET as atribuições do Ministério Público em matéria civil, de judiciais e extrajudiciais. Na jurisdição civil entende que o Ministério Público pode agir *como parte principal, como parte adjunta e, em certos casos particulares, como mandatário da administração ou como mandatário das partes.*

O Ministério Público age como parte principal em diversos casos previstos em lei. Indica o autor cerca de 31 hipóteses, informando que a enumeração não é limitativa. E, por outro lado, que o Ministério Público, quando age como parte principal, equipara-se a qualquer parte ordinária cabendo-lhe, conseqüentemente, praticar todos os atos que as partes executam. Em todos os outros casos em que não é parte principal, é adjunta ou interveniente.

No direito italiano, o Ministério Público pode apresentar-se no processo civil como agente ou interveniente necessário ou facultativo. Os casos em que figura como agente (parte principal) são taxativos, como informa GIAN ANTONIO MICHELLI (*Derecho Procesal Civil*, pág. 244 e segs. Sobre a matéria pode-se ainda consultar, como monografia especializada, MARIO VELLANI, *Il Pubblico Ministero nel Processo*, vol. II, Bologna, Nicola Zanichelli, 1970).

No Uruguai, informa EDUARDO J. COUTURE, o Ministério Público intervém no processo civil como parte principal, terceiro e auxiliar do juiz (*Procedimiento - Primer Curso - I - Organización de los Tribunales, Editorial Medina*) pág. 324).

No direito mexicano, EDUARDO PALLARES esclarece que a intervenção do Ministério Público pode dar-se: como autor ou réu; como substituto processual; para realizar funções meramente consultivas e como terceiro interveniente, "... a fim de velar pelos interesses e direitos da sociedade ou do Estado e para proteger os interesses dos menores ou incapazes" (EDUARDO PALLARES *in* DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL - México, 1960, pág. 497).

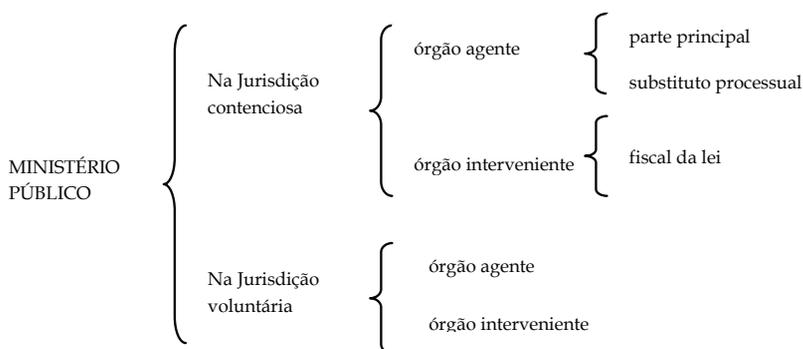
9. O Ministério Público no processo civil assume variadas posições, que têm merecido classificações diversas. O temário do Congresso pede o estudo da atuação do Ministério Público como *órgão agente* e como *órgão interveniente*.

Adotando essa terminologia e essa síntese, sistematizemos a matéria.

Nesse estudo, cumpre distinguir a jurisdição contenciosa da jurisdição voluntária. Em relação à primeira, cabe verificar a atividade do Ministério Público como órgão agente e como órgão interveniente. Como órgão agente, na jurisdição contenciosa, pode o Ministério Público assumir a posição de parte principal ou de substituto processual e, como interveniente, será sempre na função de fiscal da lei ou de *custos legis*.

No concernente à jurisdição voluntária, devemos, igualmente, distinguir a atuação do Ministério Público como órgão agente e como órgão interveniente funcionando como órgão agente sempre que promove processos administrativos e como interveniente quando exerce a sua função de fiscal da lei ou de *custos legis*, em processos dessa mesma natureza.

Podemos esquematizar essas distinções no quadro a seguir:



10. Separemos a jurisdição contenciosa da voluntária, porque naquela cabe a admissibilidade da substituição processual, ao passo que, na voluntária, o mesmo não ocorre.

Na jurisdição contenciosa, pode o Ministério Público agir como parte principal, sendo que os processualistas que admitem o instituto da substituição processual distinguem quando o membro do Ministério Público age como parte principal da hipótese em que assume a posição de substituto processual. Os que não admitem esse instituto, englobam todas as situações na posição de parte principal.

Parece-nos ter toda a pertinência a distinção, na jurisdição contenciosa da atividade do Ministério Público como parte principal e como substituto processual, porque as conseqüências nos dois casos são diferentes.

De fato, quando o Ministério Público age como parte principal, defendendo interesses indisponíveis de ordem pública, o aparecimento da parte não o exclui do processo, nem modifica a sua posição. É o que ocorre, *verbi gratia*, nos casos de nulidade de casamento (art. 208 do C. Civil, parágrafo único, item II); na dissolução de sociedade civil (Lei 9.085, de 25-3-43); no seqüestro de bens dos diretores de instituições financeiras, nos de nulidade de patente de invenção e registro de marcas de indústria e comércio; nos de extinção de fundações e anulação de atos de seus administradores.

Tratando-se, porém, da substituição processual, o comparecimento da parte ou exclui a presença do Ministério Público no processo ou modifica a sua posição. Se o interesse que ele estiver defendendo for exclusivamente privado, como acontece na intervenção de Curador de Ausentes, nos casos do réu citado com hora certa ou por edital, em que o comparecimento deste faz cessar a intervenção do Ministério Público. Mas, em se tratando de ação de acidente do trabalho, proposta pelo Ministério Público, a presença da parte muda a posição do Curador de Ausentes, que deixará de ser autor, para assumir a posição de fiscal da lei.

Por essa razão, dada as conseqüências, parece-nos perfeitamente aceitável a tese da substituição processual, tomando-se por base a chamada legitimação extraordinária, para abranger a situação daqueles que, não sendo titulares da relação de direito material, aparecem, entretanto, no processo, como titulares da relação processual.

Assumirá a posição de órgão interveniente na jurisdição contenciosa em todos os casos em que intervém como *custos legis*.

Na jurisdição voluntária a mesma distinção entre órgão agente e órgão interveniente tem cabimento porque, quando o Ministério Público requer a abertura de inventário, pede a arrecadação de bens, a interdição de insanos mentais, atua como órgão agente e, quando intervém no desquite amigável, no inventário e em outros processos semelhantes, atua como *custos legis*.

Como parte principal, o Ministério Público promove ação em defesa de interesses indisponíveis. “Também no processo civil – doutrina LOPES DA COSTA – quando o direito é indisponível, a lei abre exceção ao princípio dispositivo, pelo qual a parte tem plena liberdade de propor ou não propor a ação. Aqui, ou ela age ou o Estado age por ela, suprindo a sua inércia (ALFREDO DE ARAUJO LOPES DA GOSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. II, Forense, Rio, 1959, pág. 84).

11. Como substituto processual o órgão do Ministério Público age em nome próprio, defendendo interesses de particulares. Invocamos aqui WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JUNIOR, que, ao apreciar a matéria, exemplifica os casos de substituição processual em que funciona o Ministério Público, dizendo que “... por derradeiro cumpre-nos mostrar quando o Ministério Público atua como substituto processual, ou seja, em nome próprio, defendendo os interesses ou direitos de particulares. Essa atuação deriva da administração pública de interesses privados exercida pelo Estado, o qual confere ao Ministério Público atribuições de natureza processual para a defesa daqueles” (*op. cit.*, pág. 255).

“O membro do Ministério Público é substituto processual: a) quando funciona como curador à lide nas hipóteses previstas no art. 80, § 1.º, do Código de Processo Civil, ou no caso previsto no art. 793, n.º V, do mesmo estatuto; b) quando propõe ação de indenização para ressarcimento de dano proveniente do crime (art. 68 do Código de Processo Penal); c) quando, como curador de acidentes do trabalho move ação contra o empregador”, (*Idem, ibidem*, pág. 255).

FREDERICO MARQUES, referindo-se à substituição processual e ao Ministério Público, informa: “Exemplos vários de substituição processual ainda são encontrados na atividade do Ministério Público. O defensor do ausente ou revel (*id est*, o curador à lide ou curador de ausentes) é um substituto processual” (*op. Cit.* vol. 2, pág. 230).

O Ministro MOACIR AMARAL SANTOS igualmente salienta que, entre os muitos casos em que se verifica a substituição processual, há o do Ministério Público quando, em nome próprio, age na defesa de interesses de ausentes (MOACIR AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. I, 1962, pág. 386).

Outros autores referem-se a casos em que o Ministério Público atua como substituto processual como JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em “Apontamentos para o Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária” (in *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, vol. IX, set-dez, 1969, pág. 41) e in *Direito Processual Civil* (Ensaios e Pareceres) Editor Borsoi, Rio, 1971, pág. 61 e SIMÃO BENJÓ, in *Substituto Processual* (tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, para concurso de cátedra, pág. 84).

12. É como fiscal da lei que o Ministério Público tem sua atuação mais constante, mais variada e complexa, zelando pela aplicação da lei e pela integridade dos princípios da ordem pública. Não se limita a opinar. Influi, com elementos introduzidos, por sua iniciativa, na causa, sobre a decisão a ser proferida. Esforça-se o Ministério Público pela constituição de uma sentença justa, informando o juiz dos fatos que a favoreçam.

GUILHERME ESTELITA sintetiza a atividade do Ministério Público como fiscal da lei dizendo ser bastante notar “... que por seus múltiplos órgãos intervém ele em todos os processos em que incapazes são interessados; onde se cumpra testamento ou se aplique a legislação relativa a menores e acidentes no trabalho: nos que disserem respeito aos direitos de família e à capacidade civil; nos de falências e concordatas, nos referentes aos registros públicos; nos recursos de revista, ações rescisórias, conflitos de jurisdição e arguições de inconstitucionalidade. Isto, para aludir tão-somente aos de maior importância e de ocorrência mais freqüente” (GUILHERME ESTELITA, *O Ministério Público e o Processo Civil*, Livraria Freitas Bastos, Rio, 1956, pág. 48).

Ensina FREDERICO MARQUES que o Código de Processo Civil torna obrigatória a presença e a participação do Ministério Público em várias causas e processos e tudo isso para que ele exerça as suas funções de órgão da administração pública de interesses privados, velando pelos direitos subjetivos indisponíveis e exercendo ação fiscalizadora sobre as partes. E destaca, dentre outros, os seguintes preceitos do nosso Estatuto Processual Civil: “... a) o art. 80, § 2.º – que torna obrigatória a sua intervenção nos processos em que houver interesse de incapazes; b) o art. 404, que obriga a que intervenha nos processos de remissão das hipotecas legais; c) o art. 455, § 3.º, sobre sua intervenção na ação de usucapião; d) o art. 460, a respeito de sua atuação no procedimento de inscrição no Registro *Torrens*; e) os arts. 526 e 533, sobre sua intervenção respectivamente, nos casos de testamento cerrado e particular; f) o art. 552, sobre sua audiência na extinção de usufruto ou fideicomisso; g) o art. 555, sobre a obrigatoriedade de se lhe dar ciência na arrecadação, pelo juiz, de herança jacente; h) os arts. 553, 556, 560, 572, parágrafo único e 575, sobre sua atuação na arrecadação de heranças jacentes ou vacantes; i) o art. 595, § 1.º, sobre sua participação em restauração, suprimento ou retificação de assentamento no Registro Civil; j) os arts. 621 e 622 sobre sua intervenção nos processos de emancipação; k) os arts. 627 e 628, a respeito de sua fiscalização no tocante aos casos de suprimento de consentimento; l) o art. 631, que trata de sua audiência na sub-rogação de bens inalienáveis; m) o art. 636, que cuida de sua audiência sobre pedido de venda, arrendamento e hipoteca de bens de menores e incapazes.

E assim muitos e muitos outros, tais como os artigos 468, n.º VI, 580, 639, 643, § 1.º, 739, 742, 743, 744, 775, 802, 803 e 806.

E em outras leis, vários dispositivos existem no mesmo sentido (*op. cit.* pág. 316).

Nessa linha podem ser classificados todos os casos de intervenção do Ministério Público nos processos de jurisdição contenciosa.

Quanto aos chamados processos de jurisdição voluntária, que FREDERICO MARQUES diz, com propriedade, que não é voluntária nem jurisdição, mas constitui função estatal de administração de direitos subjetivos ou atividade administrativa de caráter judiciário (*op. cit.*, pág. 307), o Ministério Público também atua, como vimos, no duplo aspecto de órgão agente e órgão interveniente.

CONCLUSÕES

1.^a

Deve-se recomendar o estudo, a ser debatido nos próximos Congressos, a respeito da sistematização das diversas formas de atuação do Ministério Público no processo civil.

2.^a

Deve-se adotar, como sistematização provisória, a que se encontra neste trabalho, assim resumida:

- I) distinguir a atuação do Ministério Público na jurisdição contenciosa e na voluntária;
- II) na jurisdição contenciosa, separar as posições de:
 - a) órgão agente, parte principal;
 - b) órgão agente, substituto processual;
 - c) órgão interveniente.
- III) na jurisdição voluntária, igualmente distinguir as posições de:
 - a) órgão agente;
 - b) órgão interveniente.

3.^a

Deve ser reconhecido o direito do Ministério Público de recorrer das decisões proferidas nas causas e processos em que atua:

- a) como parte principal ou substituto processual;
- b) como interveniente, quando puder ser parte e para observância de normas de ordem pública.

4.^a

Deve-se pleitear que os Códigos de Processo Civil regulem, em capítulo especial, a sistematização da atividade do Ministério Público no mencionado processo.

**Publicado originalmente na Revista nº 17 jan./abr. 1973, p. 3.*

O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM DIREITO AO CONTRADITÓRIO EM *HABEAS CORPUS*

EDUARDO SENS DOS SANTOS*

1. Introdução

Na classificação mais moderna, o *habeas corpus* é considerado “ação constitucional”. Se é ação, todas as implicações deste conceito devem ser reconhecidas e aplicadas na prática. Uma delas, a que importa para esta tese, é a garantia de contraditório.

Não se compreende porque os tribunais do país ainda não atentaram para este pequeno grande detalhe. Na verdade, até se compreende, dada a inexistência de controles mais eficazes sobre a atividade do Ministério Público ou sobre a eficiência na atuação dos promotores. Diferentemente de outros países, em que órgãos como este prestam contas não apenas quantitativas, mas também qualitativas à sociedade, o Ministério Público brasileiro aparentemente não vê como séria a necessidade de instituição de uma política de eficiência em suas funções. Daí porque não atentam os órgãos responsáveis para aspectos como a relação entre pedidos de condenação em alegações finais, sentenças de absolvição e recursos. O mesmo se diga em relação ao *habeas corpus*.

Não se pretende, é óbvio, provocar a criação de uma política institucional de mérito pelo número de condenações. Mas, é mais óbvio ainda, se o Ministério Público requer a condenação e não a obtém, de três opções devemos escolher apenas uma: ou pediu errado a condenação, ou se omitiu na formulação de recurso, ou, o que é menos provável, diante da argumentação do juiz acabou convencido, o que pressupõe novamente que não analisou com cuidado o caso quando pediu a condenação. Essa providência estimularia até mesmo uma maior *responsabilidade* nas conclusões das alegações finais e formulação da denúncia.

Pois bem. Se o contraditório é garantia dada a todos “os litigantes”, conforme prevê expressamente o texto constitucional, quando o litigante for o Ministério Público, ou mesmo o acusador particular, deverá também ser resguardada esta garantia.

A tese implica analisar os seguintes fatores: a) como está disciplinado o processo de *habeas corpus*; b) quais as correções necessárias diante da Constituição da República de 1988; c) qual o papel do Ministério Público em segundo grau (procuradorias de justiça); d) ponderação entre os interesses antagônicos: celeridade e contraditório; e) quais as implicações do desrespeito à garantia do contraditório em relação ao Ministério Público; f) sugestões práticas e conclusões.

2. O processo de *habeas corpus*

Apesar da extensão do capítulo destinado ao “*habeas corpus* e seu processo” no Código de Processo Penal, poucos dispositivos referem-se especificamente ao procedimento. Relega-se aos tribunais de justiça a expedição de “normas complementares para o processo e julgamento do pedido de *habeas corpus* de sua competência originária” (art. 666).

* Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Em relação aos *habeas corpus* de competência originária dos tribunais de justiça, o que é evidentemente a situação mais comum, determina o Código de Processo Penal que “a petição de *habeas corpus* será apresentada ao secretário, que a enviará imediatamente ao presidente do tribunal, ou da câmara criminal, ou da turma, que estiver reunida, ou primeiro tiver de reunir-se”.

É nítida a intenção de dar ao procedimento o caráter mais célere possível. Tanto é que, se alguma das câmaras criminais estiver reunida no momento da distribuição da ação, deverá o secretário apresentá-la diretamente ao presidente da câmara. Sabe-se perfeitamente bem, contudo, que diante da avalanche de processos nos tribunais brasileiros tal prática hoje é impossível. Fica o registro, todavia, apenas para deixar clara a postura pela celeridade, que será adiante discutida.

Na sequência, determina o Código de Processo Penal que o presidente da câmara (na prática atual, o relator) poderá requisitar da autoridade coatora informações por escrito (art. 662) e que, tão logo apresentadas as informações (ou quando dispensadas), “o *habeas corpus* será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte”.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, o regimento interno não contém maiores regras. Prevê apenas a possibilidade de requisição de informações à autoridade e o poder de avocar os autos quando “indispensável à instrução do feito”. Nada menciona sobre a manifestação do Ministério Público. Na prática do TJSC, porém, o Ministério Público é ouvido na qualidade de *custos legis*, por uma das procuradorias criminais.

No Supremo Tribunal Federal o regimento interno prevê que, depois de “instruído o processo”, será ouvido o procurador-geral da República em dois dias (art. 192, § 1º). No Superior Tribunal de Justiça também há previsão para que, depois de “instruído o processo”, seja “ouvido o Ministério Público”, que, neste caso, é representado pelos subprocuradores da República (art. 202).

É interessante notar que no Projeto de Novo Código de Processo Penal, apresentado ao Senado por comissão de juristas especialmente formada para a matéria em abril de 2009¹, consta que o Ministério Público (que no caso é a procuradoria de justiça, ou seja, segundo grau), terá vista dos autos por cinco dias (art. 646).

Apenas a título de comparação, na legislação argentina sobre *habeas corpus* é prevista a notificação escrita ou oral do Ministério Público, que “terá no procedimento todos os direitos outorgados aos demais intervenientes” e a quem se garante o direito de “apresentar os pedidos que crer convenientes e recorrer da decisão qualquer que seja seu sentido”².

Como se vê, no direito processual penal brasileiro não há previsão de intimação do Ministério Público, de primeiro ou de segundo grau, para resposta ao pedido formulado na ação constitucional de *habeas corpus*. Limitam-se os regimentos e o próprio

1 Brasil. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. 160 p. Disponível em <http://www.senado.gov.br/novocpp/pdf/anteprojeto.pdf>, acesso em 29 de setembro de 2009.

2 Art. 21 da Lei nº 23.098, de 28 de setembro de 1984: Art. 21.- Intervención del Ministerio Público. Presentada la denuncia se notificará al Ministerio Público por escrito u oralmente, dejando en este caso constancia en acta, quien tendrá en el procedimiento todos los derechos otorgados a los demás intervenientes pero no será necesario citarlo o notificarlo para la realización de los actos posteriores. Podrá presentar las instancias que creyere convenientes y recurrir la decisión cualquiera sea el sentido de ella. Disponível em http://www.fabiandiplacido.com.ar/leyes/ley_23098.pdf, acesso em 29 de setembro de 2009.

Projeto de Novo Código de Processo Penal a colher a manifestação do Ministério Público em segundo grau, ou seja, do órgão que não é considerado “litigante” no processo judicial em que ocorre a suposta coação que fundamenta o *habeas corpus*. Colhe-se a posição do *custos legis*, que via de regra e salvo excepcionalíssima situação, não tem conhecimento direto das provas produzidas e está afastado muitas vezes mais de mil quilômetros do local dos fatos, dadas as dimensões territoriais do Brasil.

3. Correções necessárias

Como todo processo, o processo de *habeas corpus* deve se pautar não apenas pelas regras legais vigentes, mas também pelas normas constitucionais aplicáveis.

A Constituição da República de 1988 previu expressamente como direito de todo litigante, seja pessoa física ou jurídica, seja instituição pública ou privada, seja o Ministério Público ou o réu, o direito ao contraditório: “Aos *litigantes*, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV).

Trata-se do princípio da *audiência bilateral*, muito bem sintetizado por ANTÔNIO, ADA e CÂNDIDO da seguinte forma: “O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistantes delas: *ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra*; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra a antítese) o juiz pode corporificar a *síntese, em um processo dialético*”³.

Prosseguem os autores informando que “decorre de tais princípios a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os, poderá ele efetivar o contraditório”⁴.

Esta norma constitucional, portanto, deve permear todo e qualquer processo, inclusive o processo de *habeas corpus*. O Código de Processo Penal, na omissão, é inconstitucional por negar a um dos litigantes esta garantia processual. Os regimentos internos igualmente. Deverão todos, portanto, ser atualizados, sob pena de tornarem-se nulas as decisões assim proferidas.

4. Papel do Ministério Público em segundo grau

A função das procuradorias de justiça criminais em segundo grau de jurisdição inverte-se em relação à das promotorias de justiça criminais. Ao passo que estas são em regra parte nos processos, e só excepcionalmente atuam como *custos legis*, as procuradorias são em regra *custos legis*, é só excepcionalmente atuam como parte.

Pode-se dizer, portanto, que a função das procuradorias não é de *parte processual* no sentido estrito, ou seja, de quem pede ou requer algo ao tribunal; a função das procuradorias é de fiscal da lei. Salvo os casos específicos em que atua como parte em sentido estrito (por exemplo, na ação penal de competência originária dos tribunais), portanto, as procuradorias de justiça não têm função agente.

Apenas para exemplificar, pode-se citar o exemplo do processo nas ações de revisão criminal, em que o próprio Código de Processo Penal determina a abertura de

3 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 55.

4 Idem, p. 56.

“vista dos autos ao procurador-geral, que dará *parecer* no prazo de dez dias” (art. 625, § 5º). Ora, se remete para “*parecer*”, remete para que seja emitida uma posição imparcial sobre o caso em julgamento. E, se a função é dar “*parecer*”, está evidente que não se trata de parte, já que parte não “dá *parecer*”, mas “*requer*” o que entender de direito.

Ainda exemplificando, nos recursos cíveis em geral, como os agravos de instrumento e apelações, o Ministério Público, quando é *parte* recorrida, é instado a se manifestar pelo membro *de primeiro grau*. O membro de segundo grau, ainda assim, é novamente instado a se manifestar, mas desta vez como fiscal da lei. Nos recursos criminais em geral também ocorre assim: no recurso em sentido estrito, na apelação, no agravo em execução, em todos estes recursos o promotor de justiça (primeiro grau) é quem se manifesta como parte. O procurador exerce a função de *custos legis*. Nem poderia ser diferente, já que o conhecimento da causa é sempre mais profundo no primeiro grau.

Na atualidade, em que a sobrecarga de trabalho das promotorias de justiça afeta negativamente as funções institucionais do Ministério Público (art. 129), vem-se paulatinamente discutindo a necessidade da manutenção de estruturas equivalentes às dos tribunais no segundo grau do Ministério Público. Sem acesso às informações completas do caso, sem contato direto com os envolvidos, enfim, distante dos fatos, o Ministério Público em segundo grau acaba falando sobre o que lhe é apresentado pela parte. E, no caso dos *habeas corpus*, opina à vista do que lhe é apresentado justamente por aquele contra quem litiga o Ministério Público: o acusado. O Ministério Público em segundo grau, assim, acaba tendo de se posicionar apenas diante da versão e documentos apresentados pela parte interessada em ver deferido o *habeas corpus*, situação evidentemente prejudicial ao próprio Ministério Público.

Questão interessante que surge neste momento é a da unidade e indivisibilidade do Ministério Público, princípios previstos expressamente no § 1º do art. 129 da Constituição da República. Por unidade entende-se que os membros do Ministério Público, sejam de primeiro ou de segundo grau, integram um só órgão sob a direção única do procurador-geral. Ressalva-se, é claro, que só existe unidade dentro de cada Ministério Público, já que entre os diversos ramos do Ministério Público (Estadual, Federal, do Trabalho, Militar) há unidades autônomas. Além disso, se é indivisível, não há vinculação aos membros em relação aos processos em que atuam. Podem ser substituídos e sucedidos por outros membros, inclusive pelo segundo grau, sem que haja, no plano exclusivamente jurídico, maiores problemas⁵.

De fato, se o Ministério Público é uno e indivisível, tanto faz, nesta bela teoria, falar no segundo grau o promotor ou o procurador de justiça. Qualquer dos membros é Ministério Público e, assim, pode-se objetar, estaria atendido o princípio da *audiência bilateral*, que para garantir o contraditório exige que a parte contrária seja ouvida pelo juiz.

Já se desenvolveu linhas acima o argumento de que esta posição afeta negativamente o trabalho do Ministério Público. Com a audiência de um membro que está distante, por vezes mais de mil quilômetros, do local dos fatos, e que não mantém contato com os membros que atuaram no caso, e, que salvo raras exceções se dá por satisfeito apenas com os documentos apresentados pela parte, não há dúvidas de que fatalmente corre sério risco a persecução penal promovida pelo próprio Ministério Público. Na verdade, o que ocorre é a falta de respeito material à garantia do contraditório. Formalmente pode até estar lá, mas na essência, não há verdadeiro contraditório.

⁵ Vide, por exemplo, MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1628.

Não é de se espantar, portanto, o número elevado de *habeas corpus* deferidos à vista das informações nos autos. Nem se diga que as “informações” são prestadas pelo juiz da causa, já que sua função, além da imparcialidade que deve manter, é meramente de relatar o caso do ponto de vista processual.

Apenas para exemplificar, imagine-se o pedido de *habeas corpus* instruído com a denúncia e depoimentos do auto de prisão em flagrante, que peça a liberdade provisória de preso por furto qualificado. Omite o impetrante os documentos que atestam a reincidência. O Ministério Público em segundo grau não tem estes documentos – embora tenha condições de obtê-los. O tribunal, como qualquer juiz, atuará de acordo com o princípio dispositivo e não diligenciará para buscar os documentos. Haverá grande probabilidade de concessão da ordem de soltura, já que, ao que “tudo” o que está no processo leva a crer, terá o preso direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, portanto, não se justificaria a prisão cautelar. A reincidência, como se sabe, impede este direito.

Em segundo lugar, diga-se que, ao passo que ocorre esta verdadeira e estanque divisão no trabalho do Ministério Público (que deveria ser indivisível), os advogados acompanham os casos desde a Delegacia de Polícia até o Supremo Tribunal Federal, quando preciso. O *mesmo* advogado acompanha, melhor dizendo. Trabalha, assim, com todas as informações, em todos os momentos processuais, inclusive aquelas muitas, inúmeras informações, que não são registradas no processo. Desde uma pergunta não consignada no interrogatório por aparentar inicialmente impertinência até mesmo uma expressão de rosto, um comportamento, tudo isso é perdido pela divisão do trabalho no Ministério Público e é, por outro lado, aproveitado pelos advogados.

Enfim, o que se pretende deixar claro é que além da supressão material do contraditório que ocorre pela falta de audiência do Ministério Público em primeiro grau, como ocorre com os agravos de instrumento, com as apelações, com os recursos em sentido estrito e agravos em execução, a inabilidade do próprio Ministério Público em exercer sua indivisibilidade traz prejuízos maiores ainda à persecução criminal pela falta de contraditório em *habeas corpus*.

5. Ponderação entre os interesses antagônicos: celeridade e contraditório

Argumento de interessante análise é aquele que faz preponderar o valor *celeridade* sobre o valor *contraditório* nos processos de *habeas corpus*. Alega-se que, em se tratando de direito máximo a liberdade, deverá o processo tramitar o mais rapidamente possível, para evitar que, em caso de efetiva lesão ao direito da parte, possa haver maior prejuízo.

É preciso, todavia, levar os direitos a sério. Se a argumentação é livre, o convencimento não precisa ser. Aliás, nem mesmo a argumentação deveria ser tão livre assim quando se trata de processos judiciais, de direitos postos em julgamento, já que um dos princípios a nortear a atuação dos atores destes processos deve ser o da *responsabilidade*.

Em primeiro lugar, não há disposição legal, constitucional ou mesmo internacional que classifique o direito à liberdade como “direito máximo”, como direito a ser buscado de qualquer forma e sob qualquer pretexto. Nem mesmo nos mais recentes estudos jurídicos se observa tal espécie de classificação. Se há algum direito, algum interesse, que atualmente se possa classificar de máximo, de basilar, de estar no topo do sistema jurídico, este direito é o da *dignidade humana*, mas não o direito à liberdade.

E isto é de suma importância para esta tese, porque a dignidade humana é alcançada de diversas formas e, não raras vezes, até mesmo pelo cerceamento da liberdade de quem pratica crimes. Para se viver em sociedade de modo digno é preciso coibir certas condutas, que, por exemplo, retiram a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a honra dos seres humanos. Por vezes, é claro, para resguardar o valor dignidade será necessário conferir liberdade a quem se encontra preso. Tudo, evidentemente, a depender da situação concreta. O valor *dignidade*, portanto, tem esta característica proteiforme⁶, tem esta característica de se amoldar aos casos concretos para permitir a máxima eficácia deste direito fundamental (dignidade) em cada caso.

A celeridade do *habeas corpus*, assim, não pode ter como fundamento um direito *máximo* de liberdade justamente porque este direito à liberdade *não é máximo* no sistema jurídico brasileiro nem, muito provavelmente, em qualquer outro. Este valor tem peso na ponderação a ser feita tão grande quanto os outros direitos, dentre eles o próprio direito ao contraditório⁷.

Aliás, quando o ato que se esteja combatendo pela via do *habeas corpus* for ato judicial, como ocorre na maior parte dos casos, entra em cena outro valor a retirar aquela carga que poderia potencializar o valor celeridade. É que, como já se trata de ato judicial, a natural presunção é de veracidade dos fatos e acerto nos fundamentos da decisão. No ordenamento brasileiro não há previsão neste sentido, ao contrário de outros países⁸, mas a jurisprudência vem reconhecendo o princípio da confiança no juiz⁹.

Vale sempre lembrar, por fim, que a celeridade, apesar de ter assento recente no rol de direitos e garantias fundamentais (Art. 5º, LXXVIII, incluído em 2004), posta-se ao lado daquela que é uma das garantias mais antigas garantias processuais, prevista já desde os tempos romanos, como lembra OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA ao tratar do que chama de princípio de bilateralidade da audiência¹⁰. Se assim é, não pode a celeridade receber, *a priori*, valor maior que o contraditório.

6 Na mitologia grega Proteu era um filho de titãs que mudava frequentemente de forma. Proteiforme, hoje dicionarizado, é adjetivo que indica o que “muda de forma com frequência”. Aurélio Eletrônico, versão 2.0.
7 Pelas regras da ponderação nas colisões de direitos fundamentais, recorde-se notadamente do subprincípio da necessidade, que determina só poder ocorrer restrição a direitos fundamentais (como o direito ao contraditório), quando não haja forma menos restritiva de tutelar os direitos em jogo. BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

8 “In a proceeding instituted by an application for a writ of habeas corpus by a person in custody pursuant to the judgment of a State court, a determination of a factual issue made by a State court shall be presumed to be correct. The applicant shall have the burden of rebutting the presumption of correctness by clear and convincing evidence”. Tradução livre: “No procedimento de habeas corpus movido por pessoa presa mediante julgamento de uma corte estadual, os fundamentos de fatos invocados pela corte do Estado devem-se presumir corretos. O requerente tem o ônus de ilidir a presunção de correção mediante provas claras e convincentes”. (28 U.S.C. § 2254, e, 1, : US Code – Section 2254: State custody; remedies in Federal courts. Disponível em <http://codes.lp.findlaw.com/uscode/28/VI/153/2254>, em 30 de setembro de 2009).

9 HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, §1º) – EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA – DOCUMENTOS NÃO ANEXADOS AO PRESENTE WRIT – PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA – PACIENTE PRESO HÁ MAIS DE 90 DIAS – RAZOABILIDADE NA TRAMITAÇÃO DO FEITO – SEGREGAÇÃO MANTIDA. I – Na hipótese de inexistir nos autos a documentação necessária para avaliar a manutenção do decreto preventivo, deve-se sopesar o princípio da confiança do juiz da causa, haja vista que, em se encontrando mais próximo das provas e das pessoas envolvidas no delito, detém melhores condições de avaliar a respeito da existência, ou não, dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. *Habeas corpus* n. 2009.035923-0, de Itajaí. Relator: Salete Silva Sommariva, j. 15/09/2009.

10 SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 55-56.

Não é demais lembrar que na praxe forense dos tribunais brasileiros o argumento em prol da celeridade, além de tudo, é paradoxal. Ao passo que se nega o contraditório ao Ministério Público, ou seja, ao Ministério Público de primeiro grau, ao fundamento de que “não há previsão legal”, remetem-se os autos para manifestação da Procuradoria de Justiça Criminal, providência que igualmente, como se viu, não está prevista no Código de Processo Penal ou nos regimentos interno dos tribunais estaduais, mas apenas nos regimentos dos tribunais superiores.

6. Implicações do desrespeito à garantia do contraditório

Garantias processuais implicam sempre responsabilidades processuais. Com a garantia do contraditório não é diferente. Negada pelos tribunais, estará violado o inciso LV do art. 5º da Constituição da República. E, como se trata de nulidade absoluta, deve ser decretada em qualquer instância e a qualquer tempo.

O próprio Código de Processo Penal comina a nulidade pela falta de “intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública”. Como a ação constitucional de *habeas corpus* funciona na prática como ação de impugnação de decisão judicial em ação penal, não pode ser simplesmente desconsiderada a manifestação do Ministério Público neste “termo” da ação penal que foi por ele intentada.

Note-se que quando o mandado de segurança é utilizado como ação de impugnação de decisão judicial a parte que tiver *interesse processual* no objeto do mandado de segurança deve ser *citada* para responder o pedido. Não basta que a autoridade impetrada apresente informações. Na área penal, em específico, o Ministério Público deve requerer a citação do réu para contestar, conforme Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal, sob pena de nulidade: “No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo”.

Ora, se o direito ao contraditório em favor do réu em mandado de segurança, quando não se prevê este direito na legislação, é reconhecido inclusive por súmula do Supremo Tribunal Federal, por que o mesmo direito não é garantido ao Ministério Público em outra ação de cunho idêntico (impugnação a uma decisão judicial) como o *habeas corpus*? Evidentemente que deve assim ser, sob pena de nulidade, a mesma sanção cominada pelo descumprimento da Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal.

7. Sugestões práticas e conclusão objetiva

A primeira providência a adotar se pretende o Ministério Público ver garantido o direito material (e não apenas formal) ao contraditório em *habeas corpus* é simplesmente requerer isso ao tribunal de justiça. Assim que o promotor tomar conhecimento da impetração, normalmente por vista dos autos depois da prestação de informações pelo magistrado, pode o membro do Ministério Público em primeiro grau peticionar diretamente ao tribunal postulando que lhe seja reconhecido o direito ao contraditório. Neste momento, aliás, já poderá apresentar suas razões, já que normalmente terá à sua vista, no processo principal, a petição inicial da ação de *habeas corpus* proposta.

A segunda providência é passarem a requerer às procuradorias de justiça a intimação do Ministério Público em primeiro grau para manifestação, sob pena de nulidade pela desobediência ao art. 5º, LV, da Constituição da República. Poderão, ainda assim, solicitar, inclusive por e-mail ou por telefone, informações diretas ao colega de primeiro grau sobre o caso. Nas sessões das câmaras que acompanhar,

poderão os procuradores igualmente suscitar a nulidade.

A terceira providência é munir os órgãos dotados da legitimação para recursos aos tribunais superiores (no Ministério Público de Santa Catarina existe a Coordenadoria de Recursos), para que impugnem pela via do recurso extraordinário decisões em *habeas corpus* proferidas sem a audiência do Ministério Público em primeiro grau. É claro que só terá chances de sucesso o recurso, ainda que se trate de nulidade absoluta, se houver sido suscitada anteriormente a necessidade de contraditório (prequestionamento).

A quarta providência é propor o Procurador-Geral de Justiça a reforma do regimento interno do tribunal para incluir disposição expressa determinando a intimação do Ministério Público de primeiro grau, por fax, correio eletrônico ou qualquer outro meio, para se manifestar, querendo.

A quinta providência, mas igualmente ou até mais relevante, exige a adoção de postura semelhante à adotada pelos melhores escritórios de advocacia do país. O convencimento pessoal, ou seja, a apresentação da tese não apenas em processos judiciais isolados, mas em simpósios destinados a magistrados, em intervalos de sessões em fóruns e tribunais e até mesmo em gabinete, por comissão especialmente designada para este fim.

Quanto a esta última providência, já se presume haver leitores contrariados. Infelizmente ainda é difícil ao Ministério Público adotar a mesma postura eficaz que há séculos vêm adotando os escritórios de advocacia. Não é por outra razão que as teses em prol da ampla defesa, dos delitos de bagatela, do direito penal mínimo vêm ganhando corpo nos tribunais. Pudera, para o Ministério Público parece bastar-lhe o conforto de agir como agia há duzentos anos, somente na burocracia da folha de papel, nos processos, conformado com sua pouca efetividade.

Enfim, o que se pretende defender nesta tese é simplesmente a equiparação de armas, a equiparação de forças, a bilateralidade da audiência que deve nortear qualquer decisão judicial. Sem uma postura isonômica do Ministério Público perante o Judiciário, esforços isolados continuarão a encontrar resistência nos tribunais de todo o país, ao contrário da recepção que têm as causas, por mais mirabolantes que sejam, levadas à mesa dos magistrados por escritórios de advocacia.

8. Referências bibliográficas

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

Brasil. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

**Publicado originalmente na Revista nº 39 jan./mar. 2011, p. 25.*

EXERCÍCIO DE FUNÇÕES ELEITORAIS, PELOS PROMOTORES DE JUSTIÇA, PERANTE OS JUÍZES E JUNTAS ELEITORAIS. PODER DE DESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL ¹

EMERSON GARCIA*

SUMÁRIO: I. Introdução. II. A Autonomia do Ministério Público. III. A Autonomia Funcional do Ministério Público. IV. A Autonomia Administrativa do Ministério Público. V. Designação de Membros do Ministério Público para o Exercício de Funções Eleitorais. VI. Conclusões.

SÍNTESE DOGMÁTICA: A Constituição da República, arejada pelos influxos democráticos que se espalharam pelo País com a derrocada do último período autoritário, outorgou ao Ministério Público relevantes atribuições, dentre as quais a de defesa do regime democrático.

Além dos instrumentos diretamente relacionados à consecução da atividade finalística da Instituição, foi ela circundada de garantias que, a um só tempo, buscam assegurar sua identidade existencial e afastar a ingerência de fatores exógenos em sua operacionalização, o que, em última *ratio*, visa a assegurar o livre exercício de suas funções. Dentre essas garantias, merecem ser mencionadas a autonomia administrativa e a autonomia funcional da Instituição, asseguradas pelo art. 127, § 2º, da Carta de 1988.

Autonomia, em essência, é o designativo que indica a prerrogativa de estabelecer a própria normatização a ser seguida, observados os balizamentos traçados pela norma superior que a instituiu. A autonomia funcional resguarda o livre exercício da atividade finalística, enquanto a autonomia administrativa assegura ao Ministério Público a prerrogativa de praticar atos administrativos auto-executórios relacionados à administração, à aquisição de bens e à gestão dos seus quadros de pessoal. Sob essa última epígrafe, por evidente, se inclui o poder de designar os agentes que exercerão as distintas funções previstas no ordenamento.

Identificadas essas duas dimensões da autonomia outorgada ao Ministério Público, é possível concluir pela inconstitucionalidade do art. 79, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93, que assegurou ao Procurador-Regional Eleitoral, membro do Ministério Público Federal, o poder de realizar as designações dos Promotores de Justiça que exercerão funções eleitorais.

* EMERSON GARCIA é Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Tese aprovada no XV Congresso Nacional do Ministério Público, realizado no período de 1º a 5 de outubro de 2003 na Cidade de Gramado/RS.

À mingua de qualquer restrição no texto constitucional, não se questiona a legitimidade do referido diploma legal ao atribuir ao Ministério Público da União o exercício da *função* eleitoral. A Carta de 1988 não previu a existência de uma Instituição dotada de individualidade própria com a atribuição, única e exclusiva, de exercer a função eleitoral, o que permitiu fosse ela inserida, pela Lei Complementar nº 75/93, no rol de atribuições do Ministério Público Federal. Apesar disso, não se pode confundir o exercício de uma função com o poder de estruturar, organizar e comandar os serviços necessários à sua execução, o que é abrangido pelo espectro da autonomia administrativa. Essa conclusão é robustecida ao constatarmos que, perante os órgãos jurisdicionais de primeira instância, a função eleitoral será exercida por integrantes dos Ministérios Públicos Estaduais. Considerando que tanto o Ministério Público da União como os congêneres estaduais auferem a sua autonomia administrativa na Constituição, não poderia ser ela restringida por uma norma infraconstitucional, que deveria ficar adstrita à regulamentação do exercício funcional.

Além do vício material, o preceito analisado é formalmente inconstitucional, pois, ao imiscuir-se no poder de designação dos membros dos Ministérios Públicos Estaduais, adentrou em seara que deveria ser objeto de regulamentação pela Lei Orgânica Nacional, diploma que veicula as normas gerais a serem observadas pelas leis estaduais. Tendo a Lei Complementar nº 75/93 se originado de projeto encaminhado pelo Procurador-Geral da República, está ela dissonante do art. 61, § 1º, I, *d*, da Constituição, que dispõe tratar-se de matéria de iniciativa privativa do Presidente da República.

Pelas razões expostas, as designações eleitorais devem ser realizadas em harmonia com o previsto nos arts. 10, IX, *h* e 73 da Lei nº 8.625/93, que concentram esse poder nos Procuradores-Gerais de Justiça, agentes que exercem as respectivas chefias dos Ministérios Públicos Estaduais.

I. INTRODUÇÃO

Na dicção do art. 1º, *caput*, da Constituição da República, a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. A democracia, princípio fundamental do Estado brasileiro, se efetiva a partir da concreção dos mecanismos destinados a assegurar o liberalismo político, permitindo a participação do verdadeiro detentor do poder nos destinos do Estado. Além de versar sobre os instrumentos implicitamente destinados à preservação da democracia, a Constituição da República, em seu art. 127, *caput*, dispôs, de forma expressa, que ao Ministério Público incumbe a *defesa do regime democrático*. Esse mandamento, aliás, foi repetido pelo art. 1º da Lei nº 8.625/93. Uma das formas mais basilares de cumprimento desse dever institucional, estando nele implícita, reside na utilização de todos os meios necessários para assegurar a normalidade e a legitimidade do procedimento eletivo. Nesse sentido, é expresso o art. 72, *caput*, da Lei Complementar nº 75/93: “*Compete ao Ministério Público Federal exercer, no que couber, junto à Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral*”. Apesar de inerente ao Ministério Público Federal, o exercício da função eleitoral, perante os

Juízes e Juntas Eleitorais, é outorgado aos Promotores de Justiça, na condição de Promotores Eleitorais (art. 78 da Lei Complementar nº 75/93).

Em linhas gerais, o objetivo dessas breves linhas é identificar, à luz da aparente antinomia verificada entre a Lei Orgânica do Ministério Público da União e a Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados, o órgão responsável pela realização das designações dos Promotores de Justiça para o exercício das funções eleitorais. Nessa perspectiva, será analisado o alcance da autonomia administrativa outorgada ao Ministério Público pela Constituição da República e a compatibilidade desta com o art. 79, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93, que concentra o poder de designação no Procurador-Regional Eleitoral.

II . A AUTONOMIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Etimologicamente, autonomia deriva da união das palavras gregas *auto*, que indica aquilo que é próprio, e *nomia*, que significa regra, norma. Em termos gerais, entende-se por autonomia a prerrogativa de estabelecer as próprias normas que devem ser seguidas. Autonomia, por certo, não se confunde com soberania.

A idéia de soberania indica o poder de estabelecer a normatização a ser seguida em determinado território, sem que haja qualquer relação de subordinação a um estamento superior, bem como a aptidão do Estado em se relacionar com os demais na esfera internacional em uma posição de igualdade - ao menos jurídica. A soberania, em seu conceito clássico, que pouco a pouco vem sendo atenuado com a globalização e o imperativo respeito aos direitos fundamentais do homem, era qualificada como absoluta, originária, perpétua, inalienável, imprescritível e indivisível. Diversamente da soberania, a autonomia não apresenta qualquer característica de originariedade, tendo os seus limites traçados pelo próprio poder soberano, no qual encontra o seu fundamento de validade. A autonomia interage com a soberania em uma relação de continência, sendo por ela abrangida.

Em alguns casos, o próprio Constituinte Originário confere autonomia a determinadas estruturas organizacionais: os Poderes, os Entes da Federação, o Ministério Público, as Cortes de Contas, as Universidades *etc.* Em outros, a autonomia é assegurada pelos organismos que receberam a sua autonomia da Constituição, não existindo qualquer óbice ao surgimento de novas autonomias - desde que observados o procedimento previsto em lei e os limites já traçados para aquele. Nesses casos, ter-se-á uma autonomia "derivada", que será necessariamente mais restrita que aquela possuída pelo ente que a concedeu, o qual já fora limitado pelo Constituinte Originário. Como exemplo de autonomia derivada, pode ser mencionada a situação dos órgãos administrativos que, por deliberação do ente federativo, passam a gozar de autonomia.

CONSTANTINO MORTATI,² discorrendo sobre as características intrínsecas e a *ratio* da autonomia, afirma que "tal termo, segundo o seu significado (do grego: *autos* - si próprio, *nemein* - governar), quer significar a liberdade de determinação consentida para um sujeito, traduzindo-se no poder de estabelecer para si a lei reguladora da própria ação, ou, mais compreensivamente, o poder de prover os interesses próprios e, portanto, de gozar e dispor dos meios necessários para obter uma harmônica e coordenada satisfação dos mesmos interesses".

² *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II, 7ª ed., Pádua: Cedam, 1967, p. 694.

Tratando-se de entes públicos, que devem necessariamente observar as características inatas de um Estado de Direito, dentre as quais avulta o princípio da legalidade, o alcance da autonomia, que encerra um conceito nitidamente polissêmico, haverá de estar delineado na norma. A autonomia, assim, poderá variar em distintos graus, cujo patamar mínimo será a mera autonomia administrativa e o limite máximo a própria soberania.

Especificamente, em relação ao Ministério Público, a Constituição da República lhe assegurou, de forma expressa, autonomia funcional e administrativa (art. 127, § 2º), e, implicitamente, lhe garantiu autonomia financeira (art. 127, § 3º). A Lei nº 8.625/93, em seu art. 3º, fez referência expressa à autonomia nessas três vertentes. Como se vê, à Instituição foi outorgada uma autonomia extremamente elevada, praticamente inviabilizando qualquer ingerência exterior em sua organização. A exceção, por óbvias razões, se situa na ausência de uma ampla autonomia normativa, pois, em um Estado de Direito, é de todo desaconselhável que um órgão, sem a influência de qualquer outro, possa editar toda a normatização que deverá seguir. Evitar esse tipo de inconveniente, aliás, é uma das justificativas do sistema dos freios e contrapesos.

O Ministério Público, no entanto, não foi alijado do processo legislativo, já que o Procurador-Geral detém a iniciativa legislativa em relação à respectiva lei complementar da Instituição.³ Frise-se, ainda, que o próprio exercício das parcelas de autonomia que lhe foram outorgadas exige que o Ministério Público expeça atos normativos com eficácia *interna corporis*, o que está implícito em sua autonomia (*v.g.*: definição dos procedimentos a serem observados pelos órgãos administrativos, da data de pagamento das férias, dos vencimentos, *etc.*). A própria Lei nº 8.625/93, em seu art. 23, §§ 2º e 3º, autoriza que as atribuições das Promotorias de Justiça sejam fixadas pelo Colégio de Procuradores, após proposta do Procurador-Geral. É importante observar que essa norma não apresenta qualquer incompatibilidade com o art. 128, § 5º, da Constituição da República, pois somente é delegada à lei complementar a fixação das atribuições do Ministério Público, não de seus órgãos de execução.

III. A AUTONOMIA FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A autonomia funcional do Ministério Público, prevista no art. 3º da Lei nº 8.625/93, indica que a Instituição está imune a qualquer influência externa no exercício de sua atividade finalística. Assim, poderá adotar as medidas contempladas no ordenamento jurídico, em face de quaisquer agentes, órgãos ou Instituições, de caráter público ou privado, sempre que tal se fizer necessário.

A autonomia funcional do Ministério Público coexiste com a independência funcional de seus membros, que é oponível aos próprios órgãos da Administração Superior. Nesse particular, cumpre ressaltar que independência e autonomia não são designativos de noções idênticas. Na síntese de HELY LOPES MEIRELLES,⁴ “independência e autonomia, do ponto de vista jurídico-administrativo, são conceitos diversos e com efeitos diferentes. A independência é de caráter absoluto; a autonomia é relativa a outro órgão, agente ou Poder. Ora, no que concerne ao desempenho da função ministerial, pelo órgão (Ministério Público) e seus agentes (Promotores,

³ Sobre a iniciativa exclusiva do Ministério Público em relação às leis que fixem ou aumentem os vencimentos dos seus membros ou de seus serviços auxiliares, o que deriva do art. 127, § 2º, da Constituição da República, *vide* FÁBIO KONDER COMPARATO, “Autonomia do Ministério Público: iniciativa do processo legislativo”, in *Justitia 60 anos*, 1999, p. 1120.

⁴ Parecer sobre o Ministério Público, in *Justitia* nº 123/185.

Procuradores), há independência de atuação e não apenas 'autonomia funcional'. Os membros do Ministério Público quando desempenham as suas atribuições institucionais não estão sujeitos a qualquer subordinação hierárquica ou supervisão orgânica do Estado a que pertencem. Seus atos funcionais só se submetem ao controle do Poder Judiciário, quando praticados com excesso ou abuso de poder, lesivo de direito individual ou infringente das normas legais que regem a sua conduta. Essa submissão ao controle judicial não descaracteriza a sua independência funcional, pois tem sede constitucional no mandamento universal do artigo 153, § 4º, da Lei Maior (EC nº 1/69), abrangente de toda conduta humana abusiva ou ilegal".

Não obstante a opção da Lei nº 8.625/93 pela coexistência da *autonomia funcional* do Ministério Público com a *independência funcional* de seus membros, deve-se observar que, sob esse prisma específico, vale dizer, sob a ótica *funcional*, a atividade da Instituição, que é apresentada por seus membros, é incontrastável. Talvez a utilização do vocábulo *autonomia* tenha buscado ressaltar, de forma implícita, que o Ministério Público coexiste com outros organismos estatais, não sendo um órgão dissociado das características comuns aos demais e com poderes ilimitados, estando todos submetidos à soberania estatal. Essa preocupação efetivamente possui algum fundamento em relação às vertentes administrativa e financeira, não quanto ao exercício funcional. Neste caso, é importante repetir, a atividade do Ministério Público é, efetivamente, incontrastável, conclusão que encontra esteio no art. 127, § 1º, da Constituição da República, que consagrou a independência funcional como princípio institucional do Ministério Público.

IV . A AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A autonomia administrativa, em linha de princípio, assegura ao Ministério Público a prerrogativa de editar atos relacionados à gestão dos seus quadros de pessoal (*v.g.*: admissão, designação, exoneração, aposentadoria, disponibilidade *etc.*), à administração, à aquisição de bens *etc.*⁵ Os atos administrativos praticados pela Instituição são auto-executórios, não estando sujeitos a um juízo de prelibação por parte de qualquer outro órgão ou Poder. Devem obediência, unicamente, aos parâmetros constitucionais e legais que regem a matéria e delimitam o espectro de ação. Com isto, é assegurada maior mobilidade à Instituição, em muito contribuindo para a efetividade de sua própria atividade finalística.

Como observou EURICO DE ANDRADE AZEVEDO,⁶ "autonomia administrativa de um órgão ou entidade é precisamente sua capacidade efetiva de assumir e conduzir por si mesmo, integralmente, a gestão de seus negócios e interesses, respeitados seus objetivos e observadas as normas legais a que estão subordinados. A autonomia administrativa é, pois, incompatível com toda e qualquer espécie de interferência externa na direção e condução dos assuntos e questões do órgão ou entidade e exclui toda subordinação, hierarquização ou submissão. Ela não é autonomia política, claro, de que gozam apenas as entidades estatais, mas é independência, no sentido rigoroso do termo, no campo que lhe é próprio e já definido por lei".

5 O STF já reconheceu a constitucionalidade de preceito de Constituição Estadual - com redação semelhante a do art. 3º, IV, da Lei nº 8.625/93 - que assegurava à Instituição a atribuição de "*adquirir bens e serviços e efetuar a respectiva contabilização*", o que seria "corolário inafastável da autonomia administrativa e financeira de que é dotado o Ministério Público" (Pleno, ADI nº 132/RO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/04/2003, Inf. nº 307).

6 "Autonomia administrativa e financeira do Ministério Público", in *Justitia 60 anos*, 1999, p. 1011.

A Constituição da República, no entanto, ao mesmo tempo em que consagrou a autonomia administrativa da Instituição, estabeleceu três exceções a ela: a) a nomeação do Procurador-Geral de Justiça é realizada pelo Chefe do Executivo (art. 128, § 3º); b) o Procurador-Geral de Justiça pode ser destituído por deliberação do Poder Legislativo (art. 128, § 4º); e c) os membros vitalícios somente podem perder o cargo por força de sentença judicial transitada em julgado (art. 128, § 5º, I, a).

Como desdobramento da autonomia administrativa que a Constituição da República lhe outorgou, pode o Ministério Público, por sua Administração Superior, exercer o poder regulamentar sempre que a lei o exigir. A uma administração autônoma está atrelado o poder de regular a rotina administrativa, sendo defeso a qualquer outro órgão, que não aquele que detém a autonomia, editar atos dessa natureza.

V. DESIGNAÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES ELEITORAIS

Segundo o art. 10, IX, *h*, da Lei nº 8.625/93, é atribuição do Procurador-Geral designar membros do Ministério Público para oficiar perante os Juízes e Juntas Eleitorais ou junto ao Procurador Regional Eleitoral, em havendo solicitação deste. Como se vê, o preceito contempla duas possibilidades distintas para as designações: a) o exercício da função eleitoral perante os órgãos jurisdicionais; b) o auxílio ao Procurador Regional Eleitoral. Nesse último caso, a designação estará sujeita à disponibilidade de pessoal do Ministério Público Estadual, não sendo demais lembrar que por *solicitação* não se deve entender um comando cogente, sendo ela passível de valoração, do que poderá resultar, ou não, o deferimento do que fora postulado. E ainda, o art. 77, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93 prevê a possibilidade de o Procurador-Geral da República “designar, por necessidade do serviço, outros membros do Ministério Público Federal para oficiar, sob a coordenação do Procurador-Regional, perante os Tribunais Regionais Eleitorais”. Essa última solução nos parece ser mais consentânea com a autonomia do Ministério Público Estadual, pois não cabe aos seus membros a prestação de auxílio a um órgão do Ministério Público Federal, mas, sim, aos demais integrantes deste.

O art. 10, IX, *h*, é complementado pelo art. 73 da Lei nº 8.625/93, o qual dispõe que o Procurador-Geral da República poderá solicitar ao Chefe do Ministério Público Estadual a designação de agentes para o exercício da função eleitoral junto aos órgãos jurisdicionais, o que não chega a configurar um requisito necessário às designações, pois o Chefe do Ministério Público Estadual tem o dever de velar pelo regular funcionamento da atividade ministerial, ainda que não haja qualquer “solicitação” nesse sentido. Caso haja omissão do Procurador-Geral de Justiça, não realizando as designações necessárias, “o Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que oficie perante o juízo incumbido daqueles serviços” (art. 73, § 1º). “Havendo impedimento ou recusa justificável, o Procurador-Geral de Justiça designará o substituto” (art. 73, § 2º). É importante observar que a regra do art. 73, § 1º, da Lei nº 8.625/93 veicula uma providência excepcional que não pode legitimar conclusões absurdas, como a afirmação de que, substituído o Juiz de Direito no curso do mês (*v.g.*: em razão de licença médica), o Promotor que junto a ele exerça suas funções deverá ser igualmente substituído pelo agente que oficie perante o Juiz substituto. Tal importaria em uma injustificável vinculação das carreiras do Ministério Público e da Magistratura, o que demonstra que o critério ora examinado somente deve ser aplicado em caráter secundário e, além disso, uma vez realizada a designação, permanecerá ela inalterada durante o lapso que fora previamente fixado, ainda que haja alteração dos respectivos Juízes durante ele.

O sistema da Lei nº 8.625/93 assegura a autonomia do Ministério Público Estadual, pois, além de preservar o regular exercício das funções eleitorais, concentra no Procurador-Geral de Justiça o poder de realizar as designações. Curiosamente, a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), além de conferir ao Procurador-Regional Eleitoral – cargo ocupado por um membro do Ministério Público Federal designado pelo Procurador-Geral da República (art. 76 da LC nº 75/93) – a atribuição de designar os membros do Ministério Público Estadual que atuarão junto à Justiça Eleitoral, inverteu a regra da Lei nº 8.625/93. Com efeito, por esse novo sistema, “o Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que officie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona” (art. 79, *caput*, da LC nº 75/93). No caso de inexistência de Promotor que officie junto ao Juízo, bem como nos casos de impedimento ou recusa justificada, “o Chefe do Ministério Público local indicará ao Procurador Regional Eleitoral o substituto a ser designado” (art. 79, parágrafo único, da LC nº 75/93). Essa norma, ao nosso ver, é flagrantemente inconstitucional. Ainda que a legislação infraconstitucional possa outorgar ao Ministério Público Federal o exercício da função eleitoral, pois a Constituição da República nada dispôs a respeito, essa normatização deve se restringir à disciplina da referida função, sendo inconcebível que, fazendo tábula rasa à autonomia administrativa dos Ministérios Públicos Estaduais (art. 127, § 2º, da CR/88), confira a um agente estranho aos seus quadros o poder de realizar designações. Além disso, é formalmente inconstitucional, já que o respectivo projeto foi apresentado pelo Procurador-Geral da República, o qual não detém o poder de iniciativa de projetos que disponham sobre a organização e as atribuições do Ministério Público Estadual, máxime quando contrariam o texto expresso da Lei Orgânica Nacional. Em relação à edição de normas gerais, essa iniciativa é privativa do Presidente da República (art. 61, § 1º, I, *d*, da CR/88), sendo dos Procuradores-Gerais de Justiça quanto às respectivas leis estaduais (art. 128, § 5º, da CR/88).

O sistema instituído pela Lei Complementar nº 75/93 já fora utilizado ao tempo da Lei nº 1.341/51, cujo art. 77, § 1º atribuía ao Procurador Regional Eleitoral o poder de realizar as designações sempre que houvesse mais de um Promotor na Comarca. Com o advento da Lei Complementar nº 40/81, as designações passaram a ser realizadas pelo Procurador-Geral de Justiça, por solicitação do Ministério Público Federal.

Inconstitucionalidade à parte, há quem procure sustentar que o sistema da Lei Complementar nº 75/93 é correto por assegurar a “autonomia” do Ministério Público Eleitoral, do qual são integrantes os Promotores de Justiça. Ora, como é possível assegurar a autonomia de uma Instituição que não existe, quer seja no plano constitucional ou infraconstitucional, já que a Lei Complementar nº 75/93 a ela se refere como “função”? E o pior, como prestigiar a autonomia de uma função (!) em detrimento da autonomia de Instituições expressamente contempladas na Constituição da República, como é o caso dos Ministérios Públicos Estaduais? As respostas, por certo, serão negativas.

Nesse passo, cumpre relembrar a distinção entre as noções de autonomia administrativa e de autonomia funcional. Sendo a função eleitoral insita ao Ministério Público Federal, os agentes que venham a exercê-la gozarão de total autonomia (*rectius*: independência) funcional, o que torna possível, inclusive, que o Procurador-Regional Eleitoral expeça recomendações aos membros do Ministério Público Estadual que desempenhem tais funções junto aos Juízes e Juntas Eleitorais. Sob outra vertente, abstraído a questão funcional, não poderá o Procurador-Regional Eleitoral imiscuir-se em qualquer matéria que tenha reflexos na estrutura organizacional do Ministério

Público Estadual, já que coberta pela autonomia administrativa deste. Na doutrina, JOEL JOSÉ CÂNDIDO⁷ também sustenta que as designações devem ser realizadas pelo Procurador-Geral de Justiça, não estando sua iniciativa condicionada à solicitação de qualquer órgão do Ministério Público Federal.

É importante observar que a função eleitoral desempenhada pelos membros do Ministério Público em nada se confunde com a situação jurídica dos magistrados que desempenham funções de igual natureza. Os últimos, ainda que exerçam suas funções regulares no âmbito estadual, podem e devem ser designados pelos tribunais eleitorais, isto porque a Constituição da República conferiu características existenciais próprias a esse ramo do Poder Judiciário. Essas designações, assim, longe de macular a autonomia administrativa do Poder Judiciário Estadual, terminam por consolidar a autonomia administrativa da Justiça Eleitoral.

Em norte contrário ao exposto, o Tribunal Superior Eleitoral, respondendo consulta do Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo, proferiu decisão do seguinte teor: “**Ministério Público Eleitoral. Designação de Promotor Eleitoral. Gratificação Eleitoral. Pagamento. 1.** Impossibilidade de designação de Promotor de Justiça por ato unilateral do Procurador-Geral de Justiça Estadual para atuar na Justiça Eleitoral (art. 79, *caput*, da LC 75/93). **2.** A gratificação eleitoral prevista pelo art. 70 da Lei 8.625/93 não pode ser paga a membro do Ministério Público local que não o Promotor Eleitoral, nos termos do art. 79, *caput*, da LC nº 75/93. Precedentes: Resoluções/TSE 14.442/94, 20.447/99, REsp. 16.038/99 e RMS 1”.⁸

Na senda dos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal de Contas da União, em 20 de março de 2002, julgando a Representação nº 007.624/2000, formulada contra o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, que vinha recepcionando as designações realizadas pelo Procurador-Geral de Justiça, proferiu a Decisão nº 238/2002: “**8.1.** com fundamento no art. 69, inciso I, da Resolução 136/2000-TCU, c/c o art. 213 do Regimento Interno, conhecer da presente Representação para, no mérito, considerá-la procedente. **8.2.** determinar ao Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro a adoção de providências, sob pena de co-responsabilidade, visando a certificar, como condição para o pagamento da gratificação de que trata o art. 70 da Lei 8.625/93, se os beneficiários dela atendem aos requisitos exigidos pelo artigo 79, *caput*, e parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93, nos termos em que foram fixados nas deliberações do Tribunal Superior Eleitoral (Resoluções 14.442/1994 e 20.842/2001, entre outras), no sentido de que “não pode haver pagamento da gratificação prevista no art. 70, da Lei 8.625 ao membro do Ministério Público local que não seja o Promotor Eleitoral a que se refere o art. 79, *caput*, da Lei Complementar nº 75/93 ou ao que não tenha sido designado pelo Procurador Regional Eleitoral na forma do parágrafo único do art. 79, da referida Lei Complementar”. **8.3.** fixar o prazo de 60 (sessenta dias) para que o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro informe ao Tribunal as medidas efetivamente adotadas para cumprimento da determinação constante no sub-item anterior. **8.4.** determinar à Secex/RJ o acompanhamento do cumprimento dessa determinação, com vista à futura instrução das contas do Órgão...”

Esse entendimento, com a devida vênia de seus artífices, termina por adequar a Constituição da República às prescrições da legislação infraconstitucional, ensejando um grave equívoco no processo de hermenêutica constitucional.

⁷ *Direito Eleitoral Brasileiro*, 7ª ed., São Paulo: Editora Edipro, 1998, pp. 58/61.

⁸ Resolução nº 20.842, Processo Administrativo nº 18.623, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 07/08/2001.

VI. CONCLUSÕES

1. Ainda que o exercício das funções eleitorais seja inerente ao Ministério Público Federal, é do Procurador-Geral de Justiça a atribuição de realizar as designações dos Promotores de Justiça que as exercerão perante os Juízes e Juntas Eleitorais, o que é mera derivação da autonomia administrativa do Ministério Público Estadual.

2. O art. 79, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93, que confere ao Procurador-Regional Eleitoral o poder de designar os membros do Ministério Público que exercerão funções eleitorais junto aos Juízes e Juntas Eleitorais é inconstitucional. É formalmente inconstitucional por versar sobre matéria inerente à organização do Ministério Público Estadual e ter se originado de anteprojeto apresentado pelo Procurador-Geral da República, agente que não detém o poder de iniciativa legislativa em casos tais. É materialmente inconstitucional por violar a autonomia administrativa assegurada ao Ministério Público Estadual pelo Constituinte Originário.

**Publicado originalmente na Revista nº 22 jul./dez. 2005, p. 69.*

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A SEMÂNTICA DO “CONTROLE”

EMERSON GARCIA*

Sumário. 1. Aspectos introdutórios; 2. Causas de interferência no processo de comunicação normativa; 3. O “controle” e seus significados; 3.1. A posição do controlador; 3.2. A natureza do controlador; 3.3. A natureza do controle; 3.4. O objeto do controle; 3.5. A amplitude do controle; 3.5.1. O exercício do poder regulamentar e o objetivo de uniformizar o Ministério Público brasileiro; Epílogo.

Resumo: Não obstante a relevância do controle externo realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, é evidente a dificuldade enfrentada na identificação de um ponto de equilíbrio entre a aferição dos atos praticados e a própria absorção da liberdade valorativa inerente às Instituições controladas. Esse controle deve permanecer adstrito aos referenciais de juridicidade, tendo como única exceção, por imperativo constitucional, o conhecimento e a revisão de reclamações disciplinares contra membros e servidores do Ministério Público brasileiro, estando o Conselho autorizado a rever as sanções aplicadas, realizando um juízo valorativo de natureza tipicamente discricionária. Nos demais casos, quer com os olhos voltados a uma situação concreta, quer no âmbito das generalidades, com a edição de atos normativos de cunho regulamentar, não lhe é dado avançar a jusante da juridicidade.

Palavras-chave: Conselho Nacional do Ministério Público; controle externo, juridicidade; e liberdade valorativa.

1. Aspectos introdutórios

No curso de sua evolução, o Ministério Público brasileiro passou por inúmeras vicissitudes. Em sua origem mais remota, refletia mero cargo isolado, sequer visstando uma verdadeira estrutura orgânica.¹ Nesse período, sua autonomia funcional era sensivelmente mitigada, isso em razão da adstrição do agente às orientações do governo, ao qual deveria representar em juízo. Se o Decreto nº 848/1890, que criou a Justiça Federal, conferiu ao Ministério Público, ao menos

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Diretor da Revista de Direito e Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda).

1 No período colonial, com a criação, na Bahia, do Tribunal de Relação do Brasil, o Alvará de 7 de março de 1609 fez alusão ao *Procurador dos feitos da Coroa, Fazenda e Fisco*, que perante ele oficiaria. Esse quadro permaneceu inalterado com o surgimento do Império. A Constituição de 1824 dispôs, em seu art. 48, situado no Capítulo “Do Senado”, que “[n]o juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o procurador da Coroa e Soberania Nacional”. O art. 163, por sua vez, determinou a criação do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais da Relação, sendo que, para funcionar junto a eles, era nomeado um de seus membros, que recebia a denominação de Procurador da Coroa.

formalmente, organicidade e perfil institucional, somente a Constituição de 1934 alçou essa individualidade ao plano constitucional.²

Após o reconhecimento de sua individualidade existencial, os vínculos com o Poder Executivo e a lógica cartesiana que buscava ajustar o Ministério Público à clássica tripartição das funções estatais sempre dificultaram a compreensão sobre o seu modo de inserção nas estruturas estatais de poder. Já esteve entre os “*órgãos de cooperação nas atividades governamentais*” (1934), no âmbito do Poder Executivo (1969) ou do Poder Judiciário (1967), ou foi simplesmente omitido (1937). A Constituição de 1946 chegou a lhe dedicar título próprio, dissociando-o dos demais Poderes do Estado, e a Constituição de 1988 o inseriu entre as “*funções essenciais à administração da Justiça*”. Se a legislação infraconstitucional já havia lhe assegurado algumas prerrogativas, foi com a reconstrução democrática do País que a Instituição verdadeiramente alcançou o seu apogeu. Foram dissolvidos os vínculos com o Executivo e ao Ministério Público foi outorgada, de forma expressa, autonomia funcional e administrativa e, de forma implícita, autonomia financeira, dispondo o art. 127, § 3º que ele “*elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias*”, podendo, ainda, empenhar as respectivas despesas.³

Nesse momento, o Ministério Público passou a ter plena liberdade valorativa em relação às questões de sua alçada, somente se sujeitando ao controle financeiro realizado pelo Tribunal de Contas e, face ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, às decisões do Poder Judiciário. Essa situação perdurou até o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que criou o Conselho Nacional do Ministério Público. Compete a esse órgão, a teor do § 2º do art. 130-A, da Constituição de 1988, “*o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros*”, sendo o modo de exercício dessa atribuição detalhado nos incisos do referido preceito.⁴

O objetivo de nossas breves considerações é analisar a polissemia do substantivo “*controle*” e as interferências que daí decorrem no processo de comunicação normativa, a começar pelo próprio Conselho Nacional do Ministério Público, que tem encontrado certa dificuldade na obtenção de um ponto de equilíbrio entre o controle propriamente dito e a absorção de toda e qualquer margem de liberdade valorativa das Instituições controladas.

2. Causas de interferência no processo de comunicação normativa

A estruturação da sociedade em sistemas, articulados entre si e que apresentam contornos extremamente variáveis, como o econômico, o político e o jurídico, tem, como consequência inevitável, que cada um deles desenvolva uma linguagem própria,⁵ cuja funcionalidade é oferecer facilidades comunicativas que não poderiam ser obtidas com o uso da linguagem ordinária. São exemplos de “*linguagem para propósitos específicos*” ou linguagens específicas,⁶ que coexistem com a “*linguagem para*

2 Cf. GARCIA, Emerson. A Autonomia do Ministério Público: entre o seu Passado e o seu Futuro, in Revista Prática Jurídica nº 80, p. 31, 2008.

3 Cf. GARCIA, Emerson. A Autonomia Financeira do Ministério Público, in Revista dos Tribunais nº 803, p. 59, 2002.

4 Cf. GARCIA, Emerson. Conselho Nacional do Ministério Público: Primeiras Impressões, in Revista Forense nº 379, p. 673 - Suplemento, 2005.

5 Cf. PHILLIPS, Alfred. *Lawyer's language: how and why legal language is different*, London and New York: Routledge, 2003, p. 23.

6 Também se pode falar em “*linguagens setoriais*” para designar as linguagens utilizadas em ambientes específicos (v.g.: linguagem penal, constitucional etc.). Cf. VIOLA, Francesco e ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 6ª ed., Roma: Laterza, 2009, p. 278 e ss..

propósitos gerais” ou, simplesmente, linguagem ordinária.⁷ A linguagem jurídica é um nítido exemplo de linguagem específica, que busca aumentar o nível de precisão no processo de comunicação⁸ utilizando signos linguísticos estranhos à linguagem ordinária ou, embora comuns, atribuindo-lhes, não raras vezes, significados diversos, consentâneos com o sistema em que inseridos.⁹

Constata-se, por outro lado, que, nas linguagens específicas, juntamente com o tecnicismo, coexistem os signos linguísticos empregados na comunicação ordinária, signos esses que atuam como verdadeiros amálgamas, contribuindo para a construção da estrutura e inteligibilidade do texto.¹⁰ Não devem ser vistos como sistemas fechados, totalmente dissociados da linguagem ordinária. A utilização da linguagem ordinária, em verdade, não chega a ser uma opção, mas verdadeiro imperativo, o qual, ao fim, contribui para a própria aceitação da Constituição.¹¹ Isso, no entanto, não afasta a constatação de que a estrutura semântica e sintática dos enunciados linguísticos constitucionais costuma apresentar algumas especificidades quando cotejada com as demais espécies normativas de natureza infraconstitucional. Ainda que a profusão de Constituições analíticas seja a tônica, o que em muito destoa do caráter sintético dos primeiros textos constitucionais, verifica-se que os enunciados utilizados costumam ser demasiado breves, esquemáticos e incisivos, em muito ampliando o grau de dificuldade da interpretação constitucional.¹² Afinal, como se referem a fenômenos da realidade e a valores ou bens da vida social, cabe ao intérprete assegurar a sua interação com esses referenciais, o que pressupõe sejam superadas as incertezas existentes e assegurada a elasticidade possível, sempre com o objetivo de garantir a eficácia da Constituição formal.

Os enunciados linguísticos normativos, em razão do seu caráter essencialmente prospectivo, devem ter uma capacidade de adaptação às vicissitudes da realidade, evitando, desse modo, a realização de sucessivas reformas legislativas. A exemplo das obras de arte, têm sido vistos, guardadas as devidas proporções, como uma “obra aberta”, isso para utilizarmos o conceito de Umberto Eco.¹³ São formas completas e fechadas, quando vistas na sua perfeição de organismo perfeitamente individualizado, e abertas face à possibilidade de serem interpretadas de modos diversos, sem que sua singularidade resulte alterada. Daí a existência de uma verdadeira “tensão constitutiva”¹⁴ entre os significantes e os significados que lhes serão atribuídos no caso concreto.

É importante ressaltar, desde logo, que os problemas enfrentados no curso do processo de interpretação não se exaurem no plano linguístico. A existência de uma pluralidade de significados potencialmente atribuíveis a um único significante

7 Cf. TROSBORG, Anna. *Rhetorical strategies in legal language: discourse analysis of statutes*. Tübingen: Günter Narr Verlag, 1997; NIELSEN, Sandro. *The bilingual LSP dictionary: principles and practice for legal language*. Tübingen: Günter Narr Verlag, 1994, p. 34-35; PEARSON, Jennifer. *Terms in context*, vol. 1 de *Studies in corpus linguistics*. The Netherlands: John Benjamins Publishing Company, 1998, p. 7; e SOURIOUX, Jean-Louis e LÉRAT, Pierre. *Le langage du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1975, p. 9.

8 Cf. COULTHARD, Malcolm e JOHNSON, Alison. *An introduction to forensic linguistics: language in evidence*. New York: Routledge, 2007, p. 50.

9 Cf. WROBLEWSKI, Jerzy, BĄNKOWSKI, Zenon e MACCORMICK, Neil. *The judicial application of Law*, Vol. 15 de *Law and philosophy library*. Springer: The Netherlands, 1992, p. 97.

10 Cf. MORETAU, Olivier. *Le raisonnable et le droit: standards, prototypes et interprétation uniforme*, in *JLI (Reasonableness and interpretation)*. Münster: LIT Verlag, 2003, p. 221 (223).

11 Na visão de Soler, ser compreendida, pelos destinatários, com abstração de sua condição social, é o primeiro objetivo de qualquer norma (*Fé en el Derecho y otros ensayos*, Buenos Aires: T.E.A., 1956, p. 129-130).

12 Cf. PENSOVECCHIO LI BASSI, Antonino. *L'Interpretazione delle Norme Costituzionali. Natura, Metodo, Difficoltà e Limiti*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972, p. 77-78.

13 *Opera aperta: forma e indeterminazione nelle poetiche contemporanee*. Milano: Bompiani, 1993, p. 34.

14 GOMES CANOTILHO, J. J.. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 59.

interpretado é influenciada não só pela polissemia do enunciado interpretado, como, também, pelos distintos valores encampados pelo sistema, não raras vezes inconciliáveis, o que é típico das sociedades pluralistas; pelos fins a serem alcançados pela norma (v.g.: ampliando ou comprimindo liberdades, tensão dialética particularmente visível nos sistemas liberais e socialistas); e pelo modo de operacionalizá-la na realidade (v.g.: impondo deveres ou faculdades, dever de realização *stricto sensu* ou dever de legislar etc.). Em cada um desses planos de análise, o intérprete irá se deparar com uma pluralidade de grandezas divergentes, cada qual influenciando um ou mais significados distintos. Cabe a ele, no exercício de uma atividade de índole valorativa e decisória, resolver as conflitualidades intrínsecas da norma, que se manifestam nos planos linguístico, valorativo, teleológico e operativo, de modo a atribuir um significado ao significante interpretado. Somente ao fim desse processo a norma será individualizada.

Volvendo ao plano linguístico, observa-se que a emissão e o entendimento da comunicação são fenômenos distintos, embora sucessivos.¹⁵ Afinal, emissor e receptor, por refletirem individualidades distintas, podem, ou não, convergir a respeito da mensagem veiculada. Uma das interferências mais comuns nesse processo se materializa nas distorções, resultantes de imperfeições na interpretação e consequente compreensão da mensagem transmitida,¹⁶ podendo assumir contornos extrínsecos ou intrínsecos. O primeiro grupo congrega as causas de natureza extrínseca, que delineiam a influência exercida pelo contexto, o perfil do intérprete e como se conduzirá no curso do processo de interpretação. Já o segundo grupo alberga as causas de natureza intrínseca, que podem ser reconduzidas aos aspectos estruturais de qualquer linguagem convencional, o léxico e a gramática.¹⁷ O léxico alcança a totalidade dos signos linguísticos da língua, merecendo especial realce a sua conexão com distintos aspectos da realidade, representando-os, o que engloba os seus aspectos semânticos.¹⁸ A gramática tanto diz respeito à morfologia, vale dizer, à estruturação dos signos linguísticos a partir de letras e símbolos, como à sintaxe, indicando a combinação desses signos em uma sentença, de modo a produzir um significado distinto daquele ostentado pelas distintas partículas que o integram.

Com os olhos voltados ao § 2º do art. 130-A da Constituição de 1988, que faz referência ao “*controle administrativo e financeiro do Ministério Público*”, centraremos nossa atenção nas interferências associadas a razões semânticas, que podem decorrer de (1) flexibilidade, (2) ambiguidade ou (3) vagueza do enunciado linguístico interpretado.

A “*prodigiosa riqueza e flexibilidade da linguagem*”¹⁹ permite que de um mesmo enunciado linguístico se obtenham significados distintos, não raro com um significado central, de uso comum, e extensões metafóricas ou figurativas facilmente alcançáveis, ou não, pelos interlocutores.²⁰ Trata-se de consequência que decorre da impossibilidade lógica de se dispor de uma palavra para cada ideia ou objeto específico.²¹ A “*fluidez da linguagem*”, em verdade, pode ser vista como o seu principal atributo, permitindo que, a partir de uma pluralidade de significados em potencial, seja alcançado, de acordo com as peculiaridades do contexto em que será utilizado, um significado particular.

15 Cf. ASCOLI, Max. *La Interpretazione delle Legi. Saggio di Filosofia del Diritto*. Roma: Athenaeum, 1928, p. 19.

16 Cf. MATTILA, Heikki E. S.. *Comparative Legal Linguistics*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2006, p. 34.

17 Cf. JACKSON, Bernard S.. *Semiotics and legal theory*. London: Routledge, 1987, p. 33.

18 Cf. GALVAN, S. *Über den Begriff von Möglich Welt in den Anwendungen der Modal Logik*, in DI BERNARDO, Giuliano. *Normative structures of the social world*. Amsterdam: Rodopi, 1988, p. 65 (71).

19 CARRIÓ. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 5ª ed.. Buenos Aires: Abeledo-Perrot LexisNexis, 2006, p. 19.

20 CARRIÓ. *Notas sobre Derecho...*, p. 93.

21 Cf. LOCKE, John. *Ensaio sobre o Entendimento Humano (An Essay Concerning Human Understanding)*, vol. II. Trad. de SOVERAL, Eduardo Abranches. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 553.

A ambiguidade, em sentido amplo, indica as dúvidas surgidas na comunicação entre dois interlocutores ou a dúvida existente quanto à aplicação, ou não, de um termo. Em um plano mais restrito, define a característica semântica ou sintática que vincula uma pluralidade de significados a um único significante.²² Nesse último sentido, o enunciado linguístico somente será considerado ambíguo quando se enquadrar na “*regra da pessoa razoável*” (“*reasonable person rule*”), vale dizer, quando duas pessoas razoavelmente bem informadas puderem atribuir-lhe dois ou mais significados.²³ É possível falar, sob essa perspectiva, em “*desacordo razoável*” (“*reasonable disagreement*”),²⁴ particularmente frequente em relação ao significado de signos linguísticos que apresentem intensa permeabilidade aos influxos axiológicos (v.g.: dignidade humana, vida etc.). Excluem-se os significados absurdos, possivelmente amparados pela letra, mas rechaçados pelo referencial de racionalidade. Na medida em que uma única unidade significante pode conduzir a uma pluralidade de significados, resultado passível de ser alcançado com o regular emprego da linguagem ordinária ou, de modo mais intenso, com a utilização de metáforas, a comunicação somente se tornará compreensível com o concurso de fatores extrínsecos que permitam identificar o sentido adequado à ideia ou ao objeto que une os interlocutores.

Observa-se que a ambiguidade no plano lexical tende a se expandir ou retrair conforme as características do texto em que o enunciado linguístico esteja inserido. Nesse caso, a diversidade de significados decorre não propriamente da construção sintática do texto, mas, sim, da influência que os enunciados exercem uns sobre os outros. Certos signos podem se tornar unívocos ou ambíguos a depender do seu entorno linguístico ou, mesmo, das características fáticas subjacentes ao momento em que são empregados. Em ambos os casos, será flagrante a influência de fatores extrínsecos, puramente linguísticos ou fáticos, no delineamento do respectivo significado. Essa influência é facilmente perceptível quando signos de acentuada ambiguidade têm sua aplicação associada a outros dotados de maior especificidade, que delimitam o seu alcance e terminam por reduzir o universo de significados que se lhes pode atribuir.

Diversamente da ambiguidade, que guarda correlação com “*pluralidade de significados*”, a vagueza está associada ao “*limite do significado*”,²⁵ vale dizer, o enunciado linguístico é conhecido, mas há divergências quanto aos seus limites, o que enseja dificuldades na delimitação de sua aplicação (*rectius*: na individualização das situações a que se refere).²⁶ Identificar a extensão desse sentido mostra-se indispensável ao perfeito delineamento da conexão entre enunciado e realidade.²⁷ A presença de casos típicos, que preenchem as características e propriedades referidas pela comunicação, não exclui a possibilidade de surgimento de casos atípicos, em que tais fatores se apresentam de modo apenas parcial ou, mesmo, acompanhados de fatores adicionais, daí decorrendo um estado de divergência quanto à incidência da expressão tida como vaga.²⁸

22 Cf. LÖBNER, Sebastian. *Semantik: eine Einführung*. Berlin: Walter de Gruyter, 2003, p. 53.

23 Cf. WILSON, Willian. *Fact and Law*, in NERHOT, Patrick. *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 11 (21).

24 Cf. GOLDMAN, Alvin I. *Epistemic Relativism and Reasonable Disagreement*, in FELDMAN, Richard e WARFIELD, Ted A.. *Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 187 (203 e ss.).

25 Cf. MODUGNO, Franco. *Interpretazione Giuridica*. Padova: CEDAM, 2009, p. 111.

26 Cf. WILLIAMSON, Timothy. *Vagueness*. New York, Routledge, 1994, p. 36 e ss..

27 Cf. SOURIOUX, Jean-Louis e LERAT, Pierre. *Le langage du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1975, p. 59.

28 Cf. CARRIÓ. *Notas sobre Derecho...*, p. 32. Os casos típicos estão numa zona de intensa luminosidade, não havendo dúvidas quanto à incidência do signo linguístico utilizado. No extremo oposto, há uma zona de obscuridade, não havendo dúvidas quanto à não incidência do signo nessa seara. Por fim, conclui o autor que “[e]l tránsito de una zona a outra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra

As interferências no processo de comunicação, quando contextualizadas no âmbito do Estado de Direito, ensejam não poucas dúvidas em relação à natureza e aos limites dos poderes outorgados às estruturas estatais de poder, daí decorrendo o risco do excesso ou da leniência. Em relação ao Conselho Nacional do Ministério Público a situação não é diferente. Afinal, é grande a dificuldade enfrentada pelo órgão no delineamento do potencial expansivo do controle realizado e na necessária preservação da liberdade valorativa das instituições controladas. Daí ser necessário identificar o significado do controle e as interferências normalmente enfrentadas nesse processo.

3. O “controle” e seus significados

Controle deriva do francês *contrôle*, contração de *contrerole*, indicando um registro feito em duplicidade.²⁹ Além desse significado base, que aponta para a verificação de um ato ou fato, praticado pelo próprio agente ou por outrem, daí decorrendo uma dada conclusão, formou-se uma diversidade de significados, como o poder de governar, exercendo o domínio sobre outros, a capacidade de se manter adstrito à razão, demonstrando um elevado autocontrole, ou o mecanismo responsável pelo acionamento de um objeto, colocando-o em operação. Como a nossa análise está circunscrita ao § 2º do art. 130-A da Constituição de 1988, permaneceremos adstritos ao significado base.

O controle pode ser analisado sob o prisma do controlador ou da atividade desenvolvida. No primeiro caso, analisaremos a (1) posição e a (2) natureza do controlador. No segundo, a (3) natureza, (4) o objeto e a (5) amplitude do controle.

3.1. A posição do controlador

O órgão responsável pela realização do controle tanto pode estar inserido na mesma estrutura estatal do órgão controlado, como ser estranho a ela. No primeiro caso, fala-se em controle interno; no segundo, em contorno externo.

O denominado controle interno encontra o seu alicerce de sustentação na autonomia existencial de uma dada estrutura estatal e no princípio hierárquico. Enquanto a autonomia indica a capacidade de se direcionar de acordo com suas próprias decisões, a hierarquia direciona o processo de formação dessas decisões.

A divisão de competências no âmbito de uma estrutura estatal define os limites de atuação dos seus órgãos e indica que os atos praticados serão a ela imputados. Esses órgãos podem manter entre si uma “relação de equiordenação, supra ou infra-ordenação”,³⁰ o que significa dizer que podem estar horizontalizados ou verticalizados, nesse último caso com a existência de uma hierarquia entre eles. É factível que o controle interno pode ser exercido por ambos.

Tratando-se de órgãos verticalizados, é técnica basilar de organização administrativa que o órgão supraordenado pode rever ou anular os atos praticados pelo órgão infraordenado: é revisto o que não se ajusta a critérios de conveniência e

sin limites precisos” (op. cit., p. 33-34). Como ressalta Hart, a distinção entre o “caso-padrão nítido ou paradigma” e os “casos discutíveis”, algumas vezes, é apenas uma questão de grau (v.g.: quanto cabelo uma pessoa precisa deixar de ter para ser considerada “careca”), outras vezes resulta do fato de o “caso-padrão” ser um complexo de elementos distintos, mas que costumam se apresentar de modo concomitante, o que faz que a ausência de algum deles enseje dúvidas em relação à incidência do signo linguístico [O Conceito de Direito (*The Concept of Law*). Trad. de RIBEIRO MENDES, A.. 3ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 8-9].

29 Cf. DUBOIS, J., MITTERAND, H. e DAUZART, A.. *Dictionnaire d'étymologie*. Paris: Larousse, 2004, p. 182.
30 OTERO, Paulo. Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 33.

oportunidade, anulado o que destoava da juridicidade. Ainda que o órgão supraordenado, que pode ser a autoridade máxima da estrutura estatal ou agente delegado, não tenha o dom da ubiquidade, o que afasta a possibilidade de ser responsabilizado por todo e qualquer ato praticado pelos órgãos infraordenados, caso tome conhecimento de uma injuridicidade, terá o dever jurídico de anular o ato praticado, isso sob pena de praticar uma infração penal ou um ato de improbidade administrativa. Quanto ao poder de revogar, tem-se uma faculdade de agir, que pode, ou não, se exercida.

Quando o controle interno é exercido por um órgão “*equiordenado*” aos demais, a sua função primordial, regra geral, será a de detectar a injuridicidade, com posterior provocação do órgão supraordenado, que valorará os argumentos apresentados e decidirá pela anulação ou revogação do ato. Órgãos dessa natureza estão previstos no art. 74 da Constituição de 1988, tendo a função precípua de avaliar a gestão orçamentária, financeira e patrimonial da respectiva estrutura estatal em que inseridos e de apoiar o controle externo. Nada impede, no entanto, que sua atuação tenha contornos mais amplos, aferindo a juridicidade de todo e qualquer ato praticado, principalmente daqueles que influam sobre a esfera jurídica individual. Nesse particular, vale lembrar que o art. 5º, XXXIV, a, da Constituição de 1988 assegurou a todos “*o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder*”. Nada mais natural, portanto, que exista um órgão de controle interno responsável por evitar ou, de imediato, contornar, a prática de ilegalidade ou abuso de poder.

Diversamente do controle interno, ontologicamente amplo, o controle externo é necessariamente restrito, somente se desenvolvendo nos limites estabelecidos pela ordem jurídica. A justificativa, aliás, é tão simples como a conclusão: na medida em que a ordem constitucional acolheu o princípio da divisão das funções estatais, apregoando a sua independência e harmonia, e assegurou a autonomia de algumas instituições, como o Ministério Público, é factível que qualquer intervenção exógena há de ser restrita, desenvolvendo-se, apenas, nos limites do autorizado.

A ideia de controle externo encontra sua gênese no princípio da divisão das funções estatais, indicando que, apesar de as distintas estruturas estatais de poder estarem em posição de igualdade, não sendo divisada qualquer hierarquia ou absorção, é possível a existência de uma relação de dependência entre elas nas hipóteses indicadas na ordem constitucional, o que tem por objetivo estabelecer condicionamentos recíprocos de modo a preservar o equilíbrio institucional e a obstar o surgimento do arbítrio. No sistema brasileiro, essas estruturas de poder recebem a denominação de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário,³¹ o que prestigia a clássica divisão de Montesquieu.

Sob a ótica da posição do controlador, é possível afirmar que o Conselho Nacional do Ministério Público, por não estar inserido na estrutura do Ministério Público da União ou dos Ministérios Públicos dos Estados, ausente, portanto, o referencial de hierarquia, realiza um controle externo.

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

3.2. A natureza do controlador

A clássica tripartição do poder, não obstante as críticas que têm recebido na contemporaneidade, já que a proliferação de estruturas estatais autônomas, como o Ministério Público, tem inviabilizado a sua inserção em um dos três arquétipos básicos, aos quais não estão vinculadas e muito menos subordinadas, ainda mantém a sua utilidade na compreensão da natureza do controlador.

A divisão das funções estatais, como é sabido, está lastreada em dois referenciais básicos: o funcional e o orgânico. O primeiro indica a natureza das funções exercidas pelo Estado, o segundo a impossibilidade de um mesmo órgão cumulá-las. Adotando-se uma perspectiva funcional, à função legislativa compete a formação do direito (*rule making*), enquanto que às funções executiva (*rectius*: administrativa) e judicial é atribuída a sua realização (*law enforcement*). Apesar de ser inegável a constatação de que estas duas últimas funções executam a norma, o Judiciário a aplica em caráter definitivo. Sob o prisma orgânico, podemos afirmar que essas funções serão primordialmente exercidas pelos denominados Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.³² É importante observar, ainda, que todos, indistintamente, exercerão atividades administrativas, já que a própria operacionalização de sua atividade fim, como ocorre em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, carece de uma organização que a viabilize.

Como todas as estruturas estatais possuem uma organização administrativa, todas possuirão órgãos de controle interno, que necessariamente terão natureza administrativa. Já em relação ao controle externo, a natureza do controlador não destoará de sua ontologia, que continuará a ser de Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. O Tribunal de Contas, apesar de colaborar com o Poder Legislativo, é Instituição autônoma de controle externo, de natureza administrativa, que realiza, de fato, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das instituições controladas.

Ressalte-se que a natureza do controlador, que reflete a atividade fim por ele desenvolvida, nem sempre guardará similitude com a natureza do controle realizado no caso concreto, o que será objeto de maior desenvolvimento no item subsequente.

Considerando que o Conselho Nacional do Ministério Público não está inserido nos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, isso pela singela razão de ter autonomia própria e não estar sujeito ao controle ou à supervisão dessas estruturas de poder, é preciso identificar qual a sua natureza jurídica. E, aqui, não parece haver maior espaço para dúvidas. Como esse órgão não julga e muito menos legisla, é nítida a sua natureza administrativa. Ao exercer o controle externo das distintas instituições autônomas que integram o Ministério Público brasileiro, o Conselho Nacional do Ministério Público o faz na condição de órgão administrativo.

3.3. A natureza do controle

Se a tripartição do poder, em seus contornos clássicos, evidencia a existência dos denominados Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, esse designativo, à evidência, está associado à natureza da atividade fim primordialmente realizada por esses órgãos. Assim, com escusas pela tautologia, podemos afirmar que o Legislativo legisla, o Executivo administra e o Judiciário julga.

32 Cf. GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Direitos Sociais, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa vol. 46, n° 2, p. 955, 2005.

Como dissemos, todos os Poderes, indistintamente, carecem de uma organização administrativa que viabilize o seu funcionamento. Logo, todos praticarão atos administrativos e poderão rever esses atos. Na medida em que o controle interno decorre das noções de autonomia existencial e hierarquia administrativa, é possível concluir que ele sempre terá natureza administrativa.

No que diz respeito ao controle externo, maiores controvérsias surgirão. O Executivo, ainda que seus atos assumam um viés político (*v.g.*: com o veto a projeto de lei aprovado pelo Legislativo), sempre praticará atos de natureza administrativa no âmbito das atividades de controle. O Judiciário, do mesmo modo, ao apreciar os atos praticados pelas demais estruturas de poder, sempre emitirá, no exercício desse controle externo, provimentos de natureza jurisdicional. Com o Legislativo, no entanto, a situação é diversa.

O Poder Legislativo, no exercício do controle externo, também pratica atos de natureza administrativa e jurisdicional. Basta lembrarmos a competência para fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (CR/1988, art. 49, X) e para julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade (CR/1988, arts. 51, I e 52, I).

O Conselho Nacional do Ministério Público é órgão administrativo que deve cumprir os comandos normativos delineadores de sua atuação, fazendo-o em caráter não definitivo, isso em razão do princípio da infastabilidade da tutela jurisdicional. Assim, ao exercer o controle externo, pratica atos, de alcance geral ou concreto, de natureza administrativa.

3.4. O objeto do controle

Qualquer que seja o controle realizado, interno ou externo, a natureza do órgão responsável pela sua realização e a natureza dos atos praticados, é factível que ele sempre recairá sobre um objeto específico.

Tratando-se de controle interno, o objeto será um ato administrativo, unilateral ou não, que terá seus elementos aferidos, em um primeiro momento, à luz de um referencial de juridicidade, e, em um segundo momento, consoante critérios de conveniência e oportunidade, podendo, inclusive, ser revogado. Essa competência, na medida em que lastreada no princípio hierárquico, há de ser exercida por um órgão supraordenado.

No que diz respeito ao controle externo, a divisão das funções estatais e a autonomia funcional assegurada a algumas Instituições, como o Ministério Público, indicam que ele não poderá recair sobre os atos tipicamente funcionais, que refletem a atividade fim da estrutura estatal controlada. Essa regra, à evidência, estará sujeita às exceções contempladas pela Constituição, que não são poucas. À guisa de ilustração, observa-se que as leis aprovadas pelo Poder Legislativo estão sujeitas ao controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário (arts. 97, 102, I, a e 125, § 2º) e os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar podem ser sustados pelo Legislativo (art. 49, V).

Especificamente em relação ao Conselho Nacional do Ministério Público, o § 2º do art. 130-A da Constituição de 1988 restringe o seu controle à "*atuação administrativa e financeira do Ministério Público*" e aos "*deveres funcionais de seus membros*". No âmbito da atuação funcional propriamente dita, prevalecerá, em toda a sua plenitude, o princípio da independência funcional, assegurado pelo § 1º do art. 127.

3.5. A amplitude do controle

Como já afirmamos, em termos de amplitude, o controle interno e o controle externo apresentam sensíveis distinções quando cotejados entre si. Enquanto o primeiro é ontologicamente amplo, sendo intuitiva a conclusão de que a própria estrutura estatal deve delinear a sua vontade final, o segundo é necessariamente restrito. Afinal, caminha em norte contrário à divisão das funções estatais e à autonomia que a ordem constitucional assegurou a certas instituições, como o Ministério Público. Em verdade, controle externo amplo e irrestrito é a antinomia suprema a qualquer referencial de independência e autonomia existencial.

O controle externo, como limitador da independência e da autonomia, somente pode se desenvolver com observância dos limites estabelecidos pela ordem jurídica. E, aqui, o padrão sistêmico encampado pela ordem constitucional brasileira se baseia na dicotomia existente entre juridicidade e liberdade valorativa.

No Estado de Direito contemporâneo, a adequação do ato à norma deixou de ser vista sob um prisma meramente formal – que equivalia à concepção clássica de legalidade – passando a ser perquirida a sua correspondência aos valores que conduzem à concreção da própria noção de Direito. Daí se falar em *legalidade substancial*, o que pressupõe um juízo de valoração da essência do ato, com a sua consequente legitimação à luz dos vetores do Estado de Direito. Com a constitucionalização dos princípios, que terminaram por normatizar inúmeros valores de cunho ético-jurídico, a concepção de legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade,³³ segundo a qual a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita – com contornos superpostos à regra –, passando a compreender regras e princípios.

A concepção de juridicidade absorve as regras e princípios regentes da atividade estatal, com especial ênfase para aqueles contemplados no art. 37 da Constituição de 1988. O controle externo, portanto, é direcionado à aferição da adequação do ato à ordem jurídica.

A liberdade valorativa, por sua vez, é tradicionalmente estudada, pela doutrina especializada, no âmbito da discricionariedade administrativa. Face à evidente impossibilidade de a norma definir, previamente, todos os contornos do ato a ser praticado, sempre suscetível aos influxos recebidos do contexto, é natural que, em certas situações, seja conferida uma liberdade mais ampla à autoridade competente. Com isso, permite-se uma melhor valoração das circunstâncias subjacentes ao caso concreto, em especial as de cunho temporal, local e pessoal, daí resultando a possibilidade de ser obtida a melhor solução para o caso. Essa atividade valorativa conduzirá à escolha, entre dois ou mais comportamentos possíveis, do mais adequado à situação concreta e à satisfação do interesse público.³⁴ Para tanto, na célebre lição de Gianini,³⁵ a autoridade administrativa deve proceder à “*ponderação comparativa dos vários interesses secundários (públicos, coletivos ou privados), em vista a um interesse primário*”, sendo esta a essência da discricionariedade. O interesse público primário a ser satisfeito não se identifica com o interesse de um ramo da Administração ou mesmo com o subjetivismo da autoridade responsável pela prática do ato, mas, sim, com a comunidade em sua inteireza.³⁶

33 A cunhagem do termo deve-se a Merkl, o qual incluía sob o signo do princípio da juridicidade todo o ordenamento jurídico, abrangendo os regulamentos, os princípios gerais, os costumes etc., tendo reservado a nomenclatura de princípio da legalidade unicamente à lei em sentido formal.

34 LAGASSE, Dominique. *L'Erreur Manifeste D'Appréciation en Droit Administratif, Essai sur les Limites du Pouvoir Discrétionnaire de L'Administration*. Bruxelas: Etablissements Emile Bruylant, 1986, p. 367; e CRAIG, Paul. *Administrative Law*. 5ª ed.. Londres: Sweet & Maxwell Limited, 2003, p. 521.

35 Cf. GIANINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*, vol. 2º. 3ª ed.. Milano: D. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 49.

36 Cf. VIRGA, Pietro. *Diritto Amministrativo*, vol. 2. 5ª ed.. Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 8.

Discricionariedade, no entanto, não se identifica com arbitrariedade. Discricionário é o poder outorgado às autoridades administrativas de escolher, entre dois ou mais comportamentos possíveis, omissivos ou comissivos, estando todos em harmonia com a juridicidade, aquele que, na situação concreta, seja mais adequado aos fins visados pela norma. Arbitrário, por sua vez, será o ato que resulte de uma escolha não amparada pela juridicidade.

Como a competência de controle que a ordem constitucional outorgou ao Conselho Nacional do Ministério Público há de coexistir com autonomia das Instituições controladas, é evidente que a liberdade valorativa das últimas não pode ser suprimida. Portanto, apesar da vagueza semântica do signo “*controle*”, regra geral, o seu limite não pode ser estabelecido a jusante da juridicidade.

De modo correlato à regra geral, não pode passar despercebido que a ordem constitucional outorgou ao Conselho Nacional do Ministério Público uma competência que, em sentido lato, pode ser concebida como verdadeira exceção. Trata-se da competência para receber, conhecer ou rever as reclamações contra membros, órgãos e servidores da Instituição, de modo a aplicar as sanções administrativas cabíveis (CR/1988, art. 130-A, § 2º, III e IV). Como o preceito trata da aplicação de sanções, a referência a “*órgãos*” tem a finalidade de evidenciar a lotação do agente e a possibilidade dele ser removido, não indicando propriamente o poder de livre revisão dos atos praticados pelos órgãos de administração ou de execução do Ministério Público.

Nesse caso, o órgão de controle externo vai substituir-se à instituição controlada na aferição da reprimenda mais adequada ao caso, o que, consoante entendimento há muito sedimentado na jurisprudência, assegura certa liberdade valorativa para o órgão administrativo. Ao Poder Judiciário será vedada a ingerência na escolha da sanção aplicável, dentre as cominadas, na sua dosimetria e na aferição da conveniência e oportunidade de sua aplicação. No entanto, incidirá aqui o critério de proporcionalidade, não sendo permitido ao órgão de controle, distanciando-se da própria *ratio* da previsão normativa, aplicar sanção que se mostre excessivamente severa em relação ao ilícito praticado.³⁷

Para melhor ilustrar a exposição, analisaremos uma situação específica, que bem reflete a dificuldade enfrentada pelo Conselho Nacional do Ministério Público na identificação dos limites do controle realizado. Trata-se do exercício do poder regulamentar a que se refere o inciso I do § 2º do art. 130-A da Constituição de 1988.

3.5.1. O exercício do poder regulamentar e o objetivo de uniformizar o Ministério Público brasileiro

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 e posterior instalação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, logo surgiram os debates em torno do alcance do poder regulamentar desses órgãos. Pouco tardou até que a questão, consubstanciada em um caso verdadeiramente paradigmático, o combate ao nepotismo, chegasse ao Supremo Tribunal Federal. As circunstâncias, aliás, são bem conhecidas. O Conselho Nacional de Justiça, com amplo e irrestrito apoio da opinião pública, editou a Resolução nº 7, que proscrevia o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Essa medida moralizadora foi desautorizada por vários tribunais do País, motivando o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade, que foi tombada sob o nº 12, sendo relator o eminente Ministro Carlos Ayres Britto. Ao julgá-la,

³⁷ Nesse sentido: STF, 1ª T., RMS nº 24.901/DF, rel. Min. Carlos Britto, DJ de 11/02/2005.

o Tribunal, conquanto suscitado o argumento de que a prática do nepotismo seria diretamente vedada pela Constituição da República, sendo desnecessária a mediação legislativa, entendeu que o Conselho Nacional de Justiça estava autorizado a editar atos normativos com o fim de proibir referida prática.³⁸

A partir do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, ambos os Conselhos editaram atos normativos em profusão, não raro destoando de normas infraconstitucionais ou, mesmo, editando-as, como se legisladores fossem.³⁹ Não obstante isto, a questão relativa aos limites do seu poder regulamentar não voltou a ser submetida à apreciação do Tribunal. Dentre as inúmeras abordagens passíveis de serem realizadas para demonstrar o equívoco do entendimento aparentemente sedimentado, centraremos nossa atenção em uma prática recorrente, no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, consistente na edição de atos normativos com o objetivo de uniformizar o Ministério Público brasileiro.⁴⁰

Discussões em torno da uniformização das distintas estruturas de poder que integram o Ministério Público ou, o que é mais comum, a adequação dos vinte e seis Ministérios Públicos Estaduais ao paradigma de análise oferecido pelo Ministério Público da União, são temas recorrentes no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público. O debate costuma ser alimentado pelas similitudes existentes entre o Ministério Público e o Poder Judiciário, este último caracterizado pela existência de um regime jurídico uniforme para todos os seus membros, o que torna a tentativa de uniformização, aos olhos de muitos, um fim a ser sempre perseguido em ambas as estruturas orgânicas.

38 Cf. GARCIA, Emerson. Poder Normativo Primário dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público: A Gênese de um Equívoco, *in* Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, v. 23, nº 84, p.143, abr./jun. 2006.

39 Pela sua singularidade, a Resolução nº 133/2011, do Conselho Nacional de Justiça, merece ser reproduzida: *“Dispõe sobre a simetria constitucional entre Magistratura e Ministério Público e equiparação de vantagens. O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais; CONSIDERANDO a decisão do Pedido de Providências nº 0002043-22.2009.2.00.0000, que reconheceu a necessidade de comunicação das vantagens funcionais do Ministério Público Federal à Magistratura Nacional; CONSIDERANDO a simetria constitucional existente entre a Magistratura e o Ministério Público, nos termos do art. 129, § 4º, da Constituição da República, e a auto-aplicabilidade do preceito; CONSIDERANDO as vantagens previstas na Lei Complementar nº 75/1993 e na Lei nº 8.625/1993, e sua não previsão na LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional; CONSIDERANDO a inadequação da LOMAN frente à Constituição Federal; CONSIDERANDO a revogação do art. 62 da LOMAN face ao regime remuneratório instituído pela Emenda Constitucional nº 19; CONSIDERANDO que a concessão de vantagens às carreiras assemelhadas induz a patente discriminação, contrária ao preceito constitucional, e ocasiona desequilíbrio entre as carreiras de Estado; CONSIDERANDO a necessidade de preservar a magistratura como carreira atrativa face à paridade de vencimentos; CONSIDERANDO a previsão das verbas constantes da Resolução nº 14 deste Conselho (art. 4º, I, “b”, “h” e “j”); CONSIDERANDO a missão cometida ao Conselho Nacional de Justiça de zelar pela independência do Poder Judiciário; CONSIDERANDO a decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança no 28.286/DF; RESOLVE: Art. 1º São devidas aos magistrados, cumulativamente com os subsídios, as seguintes verbas e vantagens previstas na Lei Complementar nº 75/1993 e na Lei nº 8.625/1993: a) Auxílio-alimentação; b) Licença não remunerada para o tratamento de assuntos particulares; c) Licença para representação de classe, para membros da diretoria, até três por entidade; d) Ajuda de custo para serviço fora da sede de exercício; e) Licença remunerada para curso no exterior; f) indenização de férias não gozadas, por absoluta necessidade de serviço, após o acúmulo de dois períodos. Art. 2º As verbas para o pagamento das prestações pecuniárias arroladas no artigo primeiro correrão por conta do orçamento do Conselho da Justiça Federal, do Tribunal Superior do Trabalho, do Superior Tribunal Militar e da dotação própria de cada Tribunal de Justiça, em relação aos juizes federais, do trabalho, militares e de direito, respectivamente. Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação”*. E ainda dizem que os juizes seriam regidos por um Estatuto da Magistratura, aprovado pelo Congresso Nacional a partir de iniciativa do Supremo Tribunal Federal...

40 Reproduziremos, em suas linhas gerais, o texto intitulado *“O CNMP e o objetivo de uniformizar o Ministério Público brasileiro”*, publicado na Revista MPMG Jurídico nº 23, p. 9, 2012.

Com os olhos voltados ao Poder Judiciário, observa-se, consoante o art. 92 da Constituição de 1988, que o Conselho Nacional de Justiça está inserido em sua estrutura orgânica. Isso, no entanto, não obsta seja considerado um verdadeiro órgão de controle externo. Para tanto, basta que o paradigma de análise seja deslocado do Poder Judiciário, no qual está inserido, para as estruturas controladas e que gozam de autonomia administrativa. Nessa linha, com os olhos voltados a cada um dos tribunais existentes, o controle será, de fato, externo. O único tribunal que escapa a esse controle, até porque competente para apreciar as ações ajuizadas em face do Conselho Nacional de Justiça, é o Supremo Tribunal Federal.⁴¹

Outro ponto digno de nota é que o Poder Judiciário é regido por uma única lei orgânica, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal e cognominada, pelo art. 93, *caput*, da Constituição, de “*Estatuto da Magistratura*”. Em consequência, não obstante a inserção desse Poder no âmbito de um Estado Federal, em que o Estado-membro, em suas estruturas orgânicas, conta com órgãos jurisdicionais, somente a União pode legislar sobre a matéria. Os Tribunais de Justiça carecem de poder de iniciativa e as Assembleias Legislativas não podem incursionar nessa temática. Esse é um dos aspectos mais característicos da unidade do Poder Judiciário brasileiro.

Essas características existenciais do Poder Judiciário, como é possível antever, apresentam distinções substanciais quando transpostas para o Ministério Público.

Em um primeiro plano, observa-se que o Conselho Nacional do Ministério Público, embora seja um órgão tipicamente federal, mantido, portanto, pela União, não está inserido na estrutura do Ministério Público afeto a esse ente federado. É um órgão essencialmente externo, que controla tanto o Ministério Público da União, como os congêneres estaduais.

Apesar de o art. 127, § 1º, da Constituição de 1988 considerar a *unidade* um princípio institucional do Ministério Público, essa *unidade* é sensivelmente distinta daquela que caracteriza o Poder Judiciário. Esse último é organizado a partir de um referencial de verticalidade, de modo que, principiando pela base, há sempre um órgão superior capaz de rever as decisões proferidas pelo órgão inferior, até que, alcançado o plano mais elevado, ocupado pelo Supremo Tribunal Federal, as decisões não são passíveis de serem revertidas por qualquer outro órgão. Acresça-se que o Presidente desse Tribunal é a maior autoridade do Poder Judiciário brasileiro, já que preside o órgão que se encontra no ápice do escalonamento funcional.

A unidade do Ministério Público, por sua vez, se desenvolve em um plano de horizontalidade. Em outras palavras, não há qualquer relação de hierarquia ou subordinação entre as distintas estruturas que integram o Ministério Público da União e os congêneres estaduais, acrescentando-se que o Procurador-Geral da República não é o Chefe do Ministério Público brasileiro. Chefia, apenas, o Ministério Público da União e o Ministério Público Federal. Todas as Instituições se equivalem quando cotejadas entre si, mas cada qual exerce as atribuições que a ordem jurídica lhe outorgou sem ser influenciada pelas demais. Há, no entanto, verdadeira unidade sob a ótica funcional, sendo possível falar em um único Ministério Público, já que a Instituição, por intermédio de cada um de seus ramos, desempenha, no seu âmbito de atuação, as funções institucionais que lhe foram atribuídas pelo texto constitucional. É justamente o princípio da unidade que legitima a atuação do Ministério Público Federal, junto aos Tribunais Superiores, nas ações ajuizadas pelos Ministérios Públicos Estaduais, ou mesmo naquelas em que intervieram no âmbito da Justiça Estadual. Não fosse assim, não poderia ser suprimida a atuação dos órgãos estaduais.

41 STF, Pleno, ADI nº 3.367/DF rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 17/03/2006.

Diversamente ao que se verifica em relação ao Poder Judiciário, que conta com um “*Estatuto da Magistratura*”, de iniciativa do seu órgão de cúpula, o Ministério Público não possui um “*Estatuto do Ministério Público Brasileiro*” e muito menos um órgão de cúpula que possa propô-lo ao Poder Legislativo. Nesse particular, a distinção é nítida. E qual foi a técnica adotada pela Constituição de 1988? Entre os extremos da unidade normativa, sujeitando o Ministério Público Brasileiro a uma única e mesma lei, e da total ausência de regramentos comuns, optou por uma via intermédia. Em outras palavras, apesar de o Ministério Público da União e cada Ministério Público Estadual contar com a sua própria Lei Orgânica, foi estabelecido que os últimos deveriam permanecer adstritos aos balizamentos oferecidos pelas normas gerais editadas pela União. A Constituição de 1988, no auge de sua unidade hierárquico-normativa, dispôs que seriam de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que tratassem da organização do Ministério Público da União, facultada igual iniciativa ao Procurador-Geral da República, ou que veiculassem normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados (arts. 61, § 1º, II, d; e 128, § 5º). Acresceu, ainda, que leis complementares da União e dos Estados, observadas, em relação aos últimos, as normas gerais veiculadas pela União, estabeleceriam a “*organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público*” (art. 128, § 5º). Com isso, todo e qualquer ramo do Ministério Público teria uma lei complementar que o regeria. É perceptível, desse modo, que o sistema constitucional reconheceu a diversidade como uma característica inerente ao Ministério Público. Com os olhos voltados às instituições estaduais, é possível afirmar que só há uniformidade em relação às matérias em que a norma geral assim o desejou.

A partir dessas premissas, é possível afirmar que o objetivo do Conselho Nacional do Ministério Público, em relação aos Ministérios Públicos Estaduais, jamais pode ser o de estabelecer uma “*uniformidade deformante*”. E isso por uma razão muito simples: a alegada uniformidade somente será alcançada se for alargado o alcance da norma geral editada pela União, que deve ser necessariamente veiculada em lei, de iniciativa privativa do Presidente da República. Conclui-se, desse modo, que a “*uniformização*” será alcançada à custa da “*deformação*” da ordem constitucional.

É possível afirmar que a uniformização é um objetivo natural em relação ao Poder Judiciário, estrutura verticalizada e regida por uma única lei orgânica. Não o é, no entanto, para o Ministério Público. Ainda que não o seja sob o prisma ôntico, não é de se excluir, ao menos no plano argumentativo, a possibilidade de a União ampliar de tal modo as normas gerais que venha a reduzir, consideravelmente, a liberdade de conformação do legislador estadual. O que não nos parece possível é que o Conselho Nacional do Ministério Público, absorvendo competências próprias do Presidente da República e do Congresso Nacional, venha a ampliar o rol de “*normas gerais*” e, conseqüentemente, reduzir o alcance das leis complementares que regem cada uma das Instituições estaduais.

Volvendo à nossa temática principal de análise, observa-se que o poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público deve ser exercido de modo a “*zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público*”, o que resulta do comando inserido na parte inicial do inciso I do § 2º do art. 130-A da Constituição de 1988. Além disso, como o controle (externo) da atuação administrativa e financeira deve, necessariamente, permanecer adstrito à juridicidade, pode-se afirmar que o Conselho afrontará a Constituição tanto ao substituir-se à Instituição controlada em uma situação concreta, revogando o ato praticado com base em sua liberdade valorativa, como ao editar um ato normativo geral que impeça o próprio aflorar dessa liberdade, uniformizando aquilo que, por imperativo constitucional, deveria projetar a autonomia de cada Instituição.

Epílogo

A conhecida sentença de Lord Acton, “*power tends to corrupt; absolute power tends to corrupt absolutely*” é daquelas máximas que tendem a acompanhar a humanidade em toda a sua evolução, daí o relevante papel desempenhado pelos órgãos de controle externo em um Estado de Direito. É necessária uma elevada dose de serenidade e autocontenção para que controladores não absorvam controlados, pois também aqui, como se disse, “*o poder tende a corromper...*”. O grande desafio do Conselho Nacional do Ministério Público é zelar, de modo intenso e visceral, pela observância da juridicidade por parte das Instituições controladas, isso sem chegar ao extremo de absorver juízos valorativos de competência alheia.

**Publicado originalmente na Revista nº 47 jan./mar. 2013, p. 29.*

O PODER DISCRICIONÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AVALIAÇÃO DOS INTERESSES INDISPONÍVEIS

HELOISA HELENA BARBOZA*

1. Introdução

“... não se pode cercear, ou colher, ou dirigir a liberdade de juízo, de pensamento e de ação do Ministério Público...”

Pontes de Miranda

A Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, na linha das anteriores, dedicou um capítulo ao Ministério Público, onde foram traçadas suas linhas estruturais e estabelecidas suas funções institucionais.

Revela-se, desde logo, a ampliação de suas tarefas, tornando-se mais nítida sua atuação fora do âmbito penal. Delineado foi, afinal, seu perfil de instituição social, voltada para o interesse da comunidade e dos seus membros.

Contudo, antigas indagações quanto a sua atuação na área cível ainda persistem. Sua qualificação como “função essencial à Justiça”, antes de solucionar as dúvidas existentes, aviventou-as. A necessidade de intervenção do Ministério Público nas diferentes ações, como *custos legis*, em razão de haver interesse público, especialmente em face da natureza da lide ou da qualidade da parte, é matéria que ainda está longe de se pacificar.

O tema instiga-nos, mormente em virtude dos diferentes entendimentos manifestados pelos julgadores sobre o assunto. Não temos a resposta definitiva, mas algumas idéias que resultaram do continuado exercício do ministério junto ao cível, em particular na área fazendária.

É momento de se repensar o Ministério Público. De seus integrantes se conscientizarem da verdadeira dimensão de suas atribuições. A independência funcional, assegurada pela Constituição, autoriza-nos a assumir, discricionariamente, um posicionamento frente à questão.

A proposta mediata deste trabalho é expor, resumidamente, nossas idéias, em abordagem institucional da matéria, afastada, portanto, qualquer investigação de natureza processual. Nosso objeto imediato é trazer o assunto ao debate, para que os membros do Ministério Público sobre ele reflitam e, soberanamente, decidam.

2. Funções institucionais do Ministério Público

Ao tratar da organização dos poderes, dedicou a nova Constituição Federal um capítulo às funções essenciais à justiça, alinhando como tal as do Ministério Público, as da Advocacia-Geral da União e as da Advocacia e da Defensoria Pública (artigos 127 a 135).

* Heloisa Helena Barboza é Procuradora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

No artigo 129 foi estabelecido um elenco das funções institucionais do Ministério Público, dispositivo, aliás, sem similar nas cartas anteriores.

Sobrepara, porém, a essas atribuições, sua função maior, razão de ser da própria instituição, prevista no artigo 127, da Lei Maior: a de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por conseguinte, o exercício de todas as atribuições relacionadas no artigo 129 há de ser feito, necessariamente, de modo a ser cumprida sua função magna de defesa dos interesses mencionados no artigo 127.

O Código de Processo Civil procurou definir a atuação do Ministério Público como órgão agente do processo (parte principal ou substituto processual) - artigos 81 e 499, § 2º - e como órgão interveniente - artigos 82 a 84 e 499, § 2º.

Dúvidas maiores não surgem quanto a sua primeira modalidade de atuação. O mesmo, contudo, não se verifica quanto à segunda, na medida em que a interveniência do Ministério Público determinada pelo artigo 82, III, do CPC, tem suscitado vivas divergências, que se agravam na área fazendária.

A primeira recomendação do Simpósio realizado pela Associação dos Magistrados, de 22 a 30 de agosto de 1974, foi no sentido de renovar a proposição do Grupo de Trabalho da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado da Guanabara, item 10, letras "a" a "f" (Boletim nº 16 da Ordem dos Advogados do Brasil, pág. 6) que concluiu, relativamente à atuação do Ministério Público como fiscal da lei:

"b) O inciso III do artigo 82 do Código de Processo Civil, que é auto-executável, enseja, porém, a intervenção discricionária do Ministério Público, nas causas em geral onde se manifeste o *interesse público*, segundo o entendimento do próprio *Parquet*. Dita intervenção pode ser por este decidida no caso concreto; ou pode ser objeto de prescrição geral emanada do legislador competente para dispor sobre o M.P. como instituição administrativa, ou do próprio Procurador-Geral, no exercício de seu poder regulamentar."

Não obstante, no Simpósio de Processo Civil, promovido pela Universidade do Paraná, com a colaboração da Secretaria de Justiça daquele Estado, realizado em Curitiba nos dias 27 a 30 de outubro de 1975, sob a presidência do processualista Ary Florêncio Guimarães, com a efetiva colaboração dos professores Ivan Ordini Righi e Joaquim Roberto Munhoz de Mello e presença de consagrados juristas nacionais, de que são exemplo Alfredo Buzaid, Cândido Dinamarco, Wellington Pimentel, Galeno Lacerda, Celso Agrícola Barbi, Calmon de Passos, Ada Pellegrini Grinover, E. D. Moniz de Aragão, dentre muitos outros, foram levantadas dúvidas quanto à intervenção do Ministério Público nos processos, a saber: a) A intervenção do Ministério Público é facultativa ou obrigatória? b) Como o Ministério Público ficará sabendo da existência da ação? c) Quem diz quando o Ministério Público deve intervir na causa: o próprio órgão do MP ou o juiz? d) O Ministério Público intervém apenas quando houver interesse indisponível? e) A valoração de que compete ao Ministério Público intervir na causa cabe ao próprio MP ou ao juiz?

As questões mereceram demorados estudos dos convencionais que concluíram, por maioria, que a intervenção do MP (art. 82) é facultativa ainda que não tenha recebido vista no processo, mas a decisão de que se trata ou não de interesse público (para a intervenção do MP) CABE AO JUIZ (*in* "Revista Forense", vol. 252, nov/dez, 1975, págs. 18/28).

A jurisprudência, todavia, demonstra não ter sido acatada essa recomendação, adotando, embora não em sua totalidade, o entendimento dos processualistas, valendo de exemplo os seguintes arestos:

“Ministério Público. Aferição da necessidade de sua intervenção. Atos ordinatórios. Recurso. Só ao poder Judiciário compete, em cada processo, apreciar e decidir se há ou não interesse público que justifique a obrigatória convocação do Ministério Público, não sendo lícito ao representante desse órgão abster-se de emitir parecer solicitado, não obstante a preliminar que tenha sobre a desnecessidade de sua intervenção no feito.

.....”
(AI 17.595 - 2ª C. Cível, em Turma, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - j. 02.10.84 - rel. Des. Costa Loures; in “Revista dos Tribunais”, vol. 599, set/85, pág. 189).

“Intervenção. Reivindicatória de imóvel urbano. Legitimidade. Existência de interesse público . Art. 82, inc. III, do CPC. Recurso não provido.”

Destaca-se a seguinte passagem: “No caso dos autos, como já se viu, a lide envolve interesse de toda uma coletividade, donde ser evidente a faculdade do Juiz de determinar a intervenção do Ministério Público.”

E mais:

“(Agravamento de Instrumento nº 60.795-1 - Registro - 1ª C. Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo; in “Rev. de Jurisprudência do TJ de SP”, vol. 98, jan/fev/86, págs. 305/307).

Na ação de despejo, na qual se discute apenas a retomada do imóvel por simples conveniência do locador, não está envolvido qualquer interesse público, mas apenas os interesses individuais das partes em conflito, sendo desnecessária a intervenção do Ministério Público.”

Nesse acórdão invocou-se expressamente a conclusão do Simpósio de Curitiba, para afirmar-se:

“Em suma, não havia interesse público, na espécie, e, ainda que houvesse, a intervenção ministerial seria apenas facultativa, cabendo, por outro lado, ao Juiz aquilatar da existência ou não desse interesse.”

(Ap. 189.776-6 - 8ª Câmara - Rel. Juiz Martins Costa - j. 18.3.86 - v.u; in “Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo”, vol. 102, mar/abr/87, págs. 369/370).

Também os Tribunais do Rio de Janeiro manifestaram-se nesse sentido:

“Ministério Público. Interesse público. Intervenção obrigatória na lide. A intervenção do Ministério Público é obrigatória em todas as causas em que há interesse público, porém a definição do interesse justificador da intervenção é da competência do juiz e, como tal, não pode ser considerada a causa que envolve, apenas, interesse patrimonial da Fazenda, porque evidente que não está caracterizado o interesse público a que se refere o art. 82, III, do Código de Processo Civil, tornando-se pois, não obrigatória a sua intervenção, até mesmo porque a decisão está protegida pelo duplo grau de jurisdição e está a Fazenda Pública habilitada a se defender através dos seus procuradores judiciais”. (Agr. Inst. 10.246 - 7ª C. Cív. do Tribunal de Justiça - j. 03.6.86).

“Intervenção do Ministério Público no feito. Desnecessária se incoorre o interesse público, este avaliável pelo Juiz. Inexistência de nulidade do processo. No Município do Rio de Janeiro cabe à Procuradoria Municipal, devidamente aparelhada, representar o sr. Prefeito, nas ações de seu interesse”. (Ap. Cível 48.723 - 6ª C. Cív. do Tribunal de Alçada - j. 16.6.87, D. O. 19.01.88).

“Bem dominical. Reintegração de posse. A ação é de recuperação de posse de bem do domínio nacional ou como bem público dominical (art.66, III, do CC), indevidamente em poder de particular.....

.....Desnecessidade da intervenção do Ministério Público se inexistente à evidência o interesse público na causa. Já se encontrando tutelada a posse do bem dominical pela Procuradoria da Fazenda Pública, autora da ação, não se justifica dita intervenção reclamada pelo art. 82, III, do Código de Processo Civil. Cabe ao juiz avaliar tal interesse seja pela natureza da lide, seja pela qualidade da parte”. (Ap. Cível 49.282 - 6ª C. Cível do Tribunal de Alçada - j. 12.05.87).

Evidencia-se em tais julgados confundir-se interesse público com o interesse do ente público.

Constata-se igualmente que, já antes da Constituição de 1988, a magistratura se investira dos poderes de decisão, em caráter exclusivo, quanto à intervenção do Ministério Público.

Com o advento do artigo 127, da Constituição Federal, que dispôs ser o Ministério Público instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, fortaleceu-se esse poder.

Alguns magistrados, atentos exclusivamente à letra da lei, passaram a entender que, sendo o Ministério Público essencial à função jurisdicional do Estado, necessária seria sua interveniência em *todas* as causas, ou seja, o exercício da função jurisdicional do Estado só seria possível com a participação do MP. Vale, ao propósito, transcrever o despacho do d. Juiz Titular da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, nos autos do Processo 1.857, que rejeitou manifestação do Curador junto àquele Juízo, no sentido de ser dispensável a intervenção do Ministério Público na lide:

“Não acolho suas razões de fls. 116, justamente, com fulcro na Constituição da República que no seu artigo 127, repetindo o que consta do Capítulo IV, do Título IV, estabelece que é essencial à função jurisdicional do Estado a presença do Ministério Público. Aqui não cabe interpretação. ESSENCIAL, é esta a participação da Instituição com função junto à justiça. Na realidade não pode mais o Poder Judiciário prescindir, em qualquer ação, mesmo nas demandas entre particulares, da presença do Ministério Público. É possível, e está ocorrendo, que o entendimento mais geral seja diverso. Mas o texto constitucional não deixa margem a dúvidas.

“...é Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado ...”

o que vem depois é outra função específica, a defesa da ordem pública como do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Não é este último que prevalece e cada qual no seu lugar. E a função do juiz é justamente a de exercer a jurisdição do Estado em qualquer tipo de ação. Deste modo a presença do representante do Ministério Público se impõe.”

Titulares que são da função jurisdicional, seriam os juízes senhores únicos da participação ou não do Ministério Público nas causas dessa natureza, determinando ou não sua participação no feito. Inaceitável a conclusão diante dos princípios constitucionais que regem o *Parquet*.

Por outro lado, embora como noticiado no despacho, tal entendimento não seja o dominante, é importante observar que não é isolado.

A reflexão sobre essa manifestação acarreta uma única conclusão: o artigo 82, III, do CPC estaria derogado, eis que seria mister a intervenção do Ministério Público em todas as causas e não só naquelas ali elencadas.

Assim sendo, haveria o Ministério Público de intervir nas causas de interesses puramente privados.

Sem dúvida, a matéria está a exigir melhor apreciação. Assinalemos, desde logo, não nos parecer ser essa a melhor exegese do artigo 127, da Constituição Federal, cuja interpretação adequada conduz, exatamente, à conclusão diversa, como se demonstrará.

3. Vigência do artigo 82 do CPC após 05 de outubro de 1988. O Ministério Público como fiscal da lei

Insistimos não nos parecer razoável a interpretação que conduz à revogação do artigo 82 do CPC. Basta que se interprete, também literalmente, outro dispositivo do texto constitucional, para concluir-se pela improcedência de tal raciocínio.

O Ministério Público não é a única instituição a ser considerada como *essencial* à função jurisdicional do Estado. Assim também o foi a Defensoria Pública, a teor do artigo 134 da Constituição Federal. Por conseguinte, a literalidade acarretaria ser indispensável a presença de um Defensor Público para que o Estado exercesse sua função jurisdicional. O absurdo da conclusão é suficiente para que seja rejeitada.

À evidência, cada instituição é essencial à administração da justiça, naquilo que lhe incumbiu a Constituição. Vale dizer, em presença das matérias pelas quais devem zelar o Ministério Público e a Defensoria Pública, indeclinável é a sua presença, aí sim, essencial à função jurisdicional.

Vigente o artigo 82, retoma-se o questionamento das hipóteses de intervenção do Ministério Público. Os incisos I e II não têm ensejado maiores indagações, fato que não se verifica, porém, com relação ao de número III. A polêmica instaurou-se na exata compreensão do que seria o “interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

Hoje a antiga e tormentosa discussão sobre a abrangência da locução “interesse público”, constante do artigo 82 em causa, parece-nos abrandada, em face das funções expressamente atribuídas pela Lei Maior ao Ministério Público. Qualquer que venha a ser o entendimento, há de encontrar limite na letra da Constituição, ou seja, não se pode alargá-lo para além das fronteiras constitucionalmente traçadas, sob pena de inconstitucionalidade.

Haverá interesse público em todas as causas que envolvam a defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No que concerne à natureza da lide, deverá intervir o *Parquet*, todas as vezes em que estiverem envolvidas a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, matérias cuja defesa lhe foi constitucionalmente confiada.

Considerando-se que os três primeiros interesses, por sua natureza, são necessariamente indisponíveis, forçoso é concluir-se que esse adjetivo refere-se exclusivamente aos interesses individuais, esses sim, passíveis de disponibilidade.

Parece-nos que, de forma sintética, pode-se afirmar competir ao Ministério Público a defesa dos interesses indisponíveis, locução abrangente a compreender todos os interesses - indisponíveis - cuja defesa lhe foi confiada pela Constituição.

Afastada, portanto, deve ser qualquer intervenção em causas que envolvam interesses individuais privados, salvo, à evidência, nas hipóteses do artigo 82, I e II, que, a bem da verdade, sempre trataram de interesses indisponíveis.

Nessa linha, a interveniência do Ministério Público nas causas em que se discutam interesses individuais só está autorizada em se tratando de interesses indisponíveis, assim definidos pelo direito comum, ou se houver repercussão na ordem pública, no regime democrático ou nos interesses sociais.

A participação do *Parquet* em causas de interesse individual exclusivamente privado não só é desnecessária, como não está autorizada.

O exame do artigo 82 não revela nenhuma incompatibilidade com o artigo 127, entendido que seja o *interesse público* nos limites apontados.

Constatado que seja, nesses termos, o interesse público, revelado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte, impõe-se a intervenção do Ministério Público.

4. As causas de interesse do Estado

No que respeita, a intervenção pela qualidade da parte (artigo 82, III, *in fine*), exacerbam-se as dúvidas. Tradicionalmente o Ministério Público é chamado a intervir, por força do artigo 82, III, do CPC, em todas as causas em que é parte ente público, partindo-se do pressuposto ser público o interesse das pessoas jurídicas assim consideradas.

Cabe indagar: há interesse público, nos termos em que o colocamos, em todas as causas em que é parte um ente público? Em outras palavras, há necessidade de intervenção do Ministério Público em todas as causas de que participem entidades públicas?

O assunto ganha especial relevo com relação aos feitos fazendários, em que sempre é parte a Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal.

Nesse passo, cabe uma breve incursão no Direito Administrativo, onde encontramos bem nítidas as diversas atividades das entidades públicas (*lato sensu*).

HELY LOPES MEIRELLES, consagrado administrativista, ao classificar os atos administrativos, distingue os atos de império dos atos de gestão, alertando não se tratar da vetusta e abandonada teoria da dupla personalidade do Estado, eis que esse sempre atua com personalidade de direito público. Na verdade, em certos casos pratica atos de autoridade sobre os administrados, impondo-lhes o atendimento (atos de império); noutros, age sem supremacia sobre os destinatários (atos de gestão), como ocorre nos atos negociais com particulares, que se igualam aos do direito privado, gerando direitos subjetivos (*in Direito Administrativo Brasileiro*, 14^a ed., Ed. RT, págs. 142/143).

Nesse último caso, age a administração como particular, não cabendo, em princípio, correção judiciária provocada pelo administrado, por falta de legítimo interesse de agir. A legitimidade para impugná-lo, se ilegal, será a ordinária.

Agindo o Estado como particular, nada exige ou autoriza a intervenção do Ministério Público. Há, em tais hipóteses, pela própria natureza dos direitos subjetivos envolvidos, plena disponibilidade dos mesmos.

Renove-se aqui que não se deve confundir o interesse público com o interesse do ente público.

Não basta que seja parte no feito o Estado ou o Município para tornar exigível a intervenção do Ministério Público. Indispensável é que exista o interesse público, nos moldes e limites traçados pela Constituição Federal. Mesmo que a parte seja uma entidade integrante da administração, pessoa jurídica de direito privado, ainda assim necessária será a intervenção do Ministério Público, todas as vezes em que se cuide da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, à semelhança do que ocorre com as causas que envolvam interesses individuais indisponíveis.

5. Inteligência do artigo 82, III, do CPC, à luz do artigo 127 da Constituição Federal

Em resumo, entendemos que o artigo 82 do CPC continua vigente, impondo-se, porém, a exata compreensão do seu inciso III, à luz da vigente Constituição Federal.

Qualquer que seja a interpretação que se dê à expressão “interesse público”, não poderá extrapolar os limites traçados na Lei Maior. Permanece a exigência de intervenção do Ministério Público em todas as causas em que haja interesse público - evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte, parecendo-nos que o entendimento acima dado a essas “evidenciadoras” é o que se compatibiliza com as funções institucionais do Ministério Público.

Como de início assinalado, não nos propomos a esgotar o assunto, e a nossa ótica é institucional, onde reside, segundo nos parece, o ponto nevrálgico da questão: a quem compete avaliar se a causa envolve ou não interesse público, nos termos propostos?

A questão cresce em importância não só pela possibilidade de, em tese, qualquer causa, entre quaisquer partes, envolver uma das matérias cuja defesa foi constitucionalmente cometida ao Ministério Público, como também por ter a magistratura, de há muito, se investido de tal poder com exclusividade, passando a excluir ou determinar, a seu arbítrio, a intervenção do *Parquet*, de que são prova as decisões antes transcritas.

6. O poder discricionário do Ministério Público na avaliação dos interesses indisponíveis

A questão que se propõe tem fincas na Constituição. Não há dúvidas quanto a serem os magistrados no exercício da função jurisdicional, por razões lógicas, os primeiros a terem oportunidade de vislumbrar a presença de interesses indisponíveis, a exigir a intervenção do *Parquet*.

Compete-lhes, portanto, em primeira mão, na qualidade de condutores do processo, determinar a manifestação do Ministério Público sobre o seu interesse na lide. Essa avaliação inicial, feita pelo juiz, evitará a ida desnecessária de feitos ao Ministério Público, retardando o andamento do processo e sobrecarregando as já atribuídas tarefas dos Promotores de Justiça.

Isso não significa, porém, que, necessariamente, deva o órgão do Ministério Público manifestar-se. Nesse momento, aberta que lhe seja vista dos autos, avaliará, a seu critério e de acordo com sua íntima convicção, se há ou não necessidade de sua intervenção, manifestando-se, fundamentadamente, em um ou outro sentido.

Discordamos dos que afirmam não deva o Ministério Público jamais recusar-se a atuar sempre que convocado. Nosso trabalho deve ser qualitativo e não quantitativo, mesmo porque, quantitativamente já o tivemos substancialmente aumentado com a nova Constituição. Basta, para que se dimensione o crescimento quantitativo dos feitos em que o Ministério Público deve intervir, que se considere, dentre as funções que lhe foram atribuídas no artigo 129 da Carta Magna, as causas envolvendo interesses difusos e coletivos, meio ambiente, defesa do consumidor e até das nações indígenas (artigo 232). Acresça-se, ainda, funções que venham a ser conferidas por lei estadual, de que é exemplo a Lei Complementar nº 62, do Estado do Rio de Janeiro, de 18.07.90.

Tem o Ministério Público, como decorrência natural do princípio de independência funcional, constitucionalmente assegurado e que rege suas atividades, o poder discricionário de avaliar a necessidade ou não de intervenção no processo. Na área penal, como titular da ação penal, esse poder é indiscutível, formando livremente a *opinio delicti*. Embora tal poder do Promotor de Justiça não tenha sido jamais questionado, causa espécie no cível.

Observe-se que o conceito de discricionariedade, no caso, não se confunde com o que se atribui ao administrador, fundado na conveniência e oportunidade da administração. Emprega-se o termo no significado etimológico: qualidade ou natureza de discricionário, assim entendido o que se procede ou se exerce à discricção, sem restrições, sem condições. Esclarece o AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA ter o vocábulo discricção, além do significado mais usual de qualidade ou caráter de discreto, de quem sabe guardar segredo, também o de discernimento, sensatez. Esse o conceito de discricionariedade que se aplica à hipótese: poder de exercer suas funções sem restrições ou condições, com discernimento e sensatez, naturais e indispensáveis ao exercício do ministério.

Impossível conceber-se a independência funcional sem poder discricionário. Retirar do Ministério Público a competência para avaliar se há ou não interesse indisponível em jogo, se deve ou não intervir no processo, quando *custos legis*, é limitar sua independência funcional, que só existiria, em toda sua plenitude quando atuasse como parte. A independência funcional há de ser irrestrita.

O magistrado, ao decidir a seu talante, quanto à intervenção ou não do Ministério Público, exorbita de suas funções, invadindo a indeclinável autonomia assegurada ao *Parquet* na Lei Maior.

Como antes ressaltado, não se pretende, ao que pode parecer aos menos atentos, exercer funções próprias da magistratura. Preservadas devem ser as atividades judicantes. Nossa proposta nelas nada interfere. Pleiteamos apenas que nos seja dada vista dos autos para pronunciamento e que esse, quando emitido, seja respeitado. De acordo com o artigo 246 do CPC, é nulo o processo quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir, cumprindo ao Juiz anulá-lo a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado (parágrafo único).

Observe-se que tanto o artigo 82, quanto o 246, diferentemente do artigo 84 que alude à participação obrigatória, *v.g.*, a expressamente prevista em lei, não determinam, como não poderiam fazê-lo sem ferir a Constituição, a intervenção do Ministério Público. Refere-se o primeiro a competir ao Ministério Público a intervenção nas causas que indica, o que não significa dever intervir, corroborando, assim, o ponto de vista antes esposado.

Por seu turno, o artigo 246 dá como causa de nulidade a falta de intimação para acompanhar o feito, o que igualmente não equivale a determinar que acompanhe a causa.

Entendemos que, à semelhança do que ocorre no processo-crime, manifestando-se o órgão do Ministério Público negativamente, ou seja, opinando pela desnecessidade de sua intervenção, o magistrado que discordar de tal entendimento deva encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá a palavra final, ratificando o pronunciamento já emitido, caso em que o Ministério Público não funcionaria no feito, ou designando outro Promotor de Justiça para atuar.

Indispensável observar, por outro lado, que o poder discricionário autoriza o Ministério Público a ingressar nas causas nas quais entenda existir interesse indisponível, mesmo que não convocado para tanto.

Faculta a lei processual a qualquer pessoa, que tenha interesse jurídico na decisão a favor de uma das partes, intervir no processo na qualidade de assistente (artigo 50 do CPC).

Indiscutível o interesse jurídico do Ministério Público ao atuar em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Dirige-se esse interesse não a que a sentença seja favorável a essa ou àquela parte, mas a que se preserve o interesse indisponível que estiver em jogo. Negada que lhe seja a participação, deve lançar mão dos recursos processualmente previstos.

Devemos insistir que o problema não é recente, nem surgiu com a Constituição Federal de 1988. Em 20 de março de 1980, o d. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, EVERARDO MOREIRA LIMA, emitiu parecer na Ação Rescisória nº 248 (*in* "Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro" nº 12, jul/dez de 1980), em que se questionava a posição do Ministério Público na ação, tendo sido a matéria levada pelo e. relator à apreciação da E. Seção Cível que decidiu, em face da questão de ordem suscitada, no sentido de que o Ministério Público "deverá, obrigatoriamente, atuar nas ações rescisórias."

Reiterou aquele ilustre Procurador de Justiça a posição anteriormente assumida, sintetizada na ementa do parecer emitido na Ação Rescisória nº 224/79, que merece transcrição:

“Ação rescisória. Intervenção do Ministério Público. A intervenção do Ministério Público é obrigatória em todas as causas previstas no artigo 82 do Código de Processo Civil. Todavia, no tocante à aferição do interesse público (82, III), goza o *Parquet* de discricionariedade, não podendo ser coagido a uma subordinação que violenta sua consciência e atenta contra sua independência jurídica. Intimado e ouvido, ainda que seja para manifestar sua recusa, pelo não reconhecimento do interesse público, fica afastada a eiva de nulidade prevista no art. 84 CPC. Nas ações rescisórias, o interesse público emerge do prestígio constitucional da coisa julgada.”

A questão ecoou no STF, que apoiou esse entendimento, tendo o Ministro DJACI FALCÃO, relator do Agravo nº 98.941-2-SP, negado seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão que anulava o processo a partir do saneador, por falta de intervenção do Ministério Público, com base no artigo 82, III, do CPC, reconhecido o poder discricionário do *Parquet* para aferir o interesse público na causa (*in* Diário da Justiça, 04.10.84, pág. 16.288).

O desrespeito à independência do Ministério Público, todavia, persiste. É tempo, porém, de cessar. A preservação desse princípio exige o reconhecimento pleno do poder discricionário de avaliação dos interesses indisponíveis pelos membros do Ministério Público, como única forma de exercer condignamente seu papel de instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

**Publicado originalmente na Revista nº 2 jul./dez. 1995, p. 44.*

MODERNIZAÇÃO DA SEGUNDA INSTÂNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO¹

HUGO NIGRO MAZZILLI*

É extremamente rica, interessante e polêmica a questão da modernização da segunda instância do Ministério Público.

Há alguns pontos que são consenso: são os problemas — todos nós estamos de acordo com a existência dos problemas que envolvem a atuação do Ministério Público junto à segunda instância. E há alguns pontos que são controvérsias: são as soluções...

Começemos por sumariar os pontos de consenso.

O primeiro deles — parece-me que não há ninguém aqui que discorde disso — é que há um ilogismo no Ministério Público: o ápice da carreira coincide com a diminuição dos poderes funcionais. Os promotores de Justiça — desde o mais novo promotor substituto, até o de primeira e os das entrâncias subsequentes — todos têm o poder de investigar, podem propor ações tanto na esfera cível como penal, têm liberdade para recorrer diretamente, sem a autorização de um colega ou sem a chancela do procurador-geral de Justiça. Entretanto, quando o membro da instituição é promovido ao último grau da carreira e alcança o cargo de procurador de Justiça, não mais investiga, nem dispõe do inquérito civil, nem faz requisições diretas, nem propõe ações por atribuições próprias e sim apenas o faz por delegação do chefe do *parquet*, assim como não recorre a não ser que integre equipes recursais que atuam por designação ou delegação do procurador-geral... Tudo isso gera um desestímulo para os procuradores de Justiça.

Há mais um fato cuja existência também é consenso: o promotor de primeiro grau tem uma atuação mais efetiva e seu trabalho tem mais eficácia social do que o trabalho da segunda instância da instituição. Isso é absurdo, pois é exatamente quando o membro do Ministério Público, agora procurador, adquiriu mais experiência em virtude de ter mais tempo de carreira, passou por mais degraus, vivenciou e resolveu mais problemas, é exatamente aí que ele se recolhe e muitas vezes vai trabalhar apenas em casa ou se isola num gabinete para se transformar apenas em parecerista.

Há realmente necessidade de modernização da segunda instância do Ministério Público.

Creio que terminam aqui os pontos de consenso. Agora vamos aos pontos controversos...

Em primeiro lugar, discute-se se o Ministério Público deve ou não manter a função de *custos legis* na segunda instância. Para alguns críticos, a nobreza do Ministério Público estaria apenas em agir, não em ser interveniente ou um mero fiscal da lei. Esse entendimento já obteve respaldo até em tese de grupo de estudos do Ministério Público paulista, segundo o qual a Constituição de 1988 teria querido um Ministério Público mais agente do que interveniente. Em objeção a isso, outros

* Professor Emérito da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

¹ Palestra proferida no dia 06 de outubro de 2011, no auditório da Procuradoria-Geral de Justiça em São Paulo, em evento promovido pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

colegas se preocupam com o esvaziamento de suas funções e dizem que a função de fiscal da lei é a que mais aproxima o Ministério Público do Poder Judiciário. Afinal, dizem estes, a Defensoria Pública, que tanto busca assemelhar-se ao Ministério Público, não é fiscal da lei, enquanto o Ministério Público o é, e isso forneceria a esta última instituição o diferencial que favorece a equiparação já existente com a carreira da magistratura, diferencial este que outras instituições não têm.

Esse, de fato, parece um ponto delicado: deveríamos abolir a função de fiscal da lei pelo Ministério Público?

Para ser sincero, creio que esse é apenas um problema mal colocado. Não é verdade que seja mais nobre propor uma ação do que intervir nela: esse é um falso problema, porque, na verdade, o Ministério Público *sempre* fiscaliza o correto cumprimento da lei, quer proponha a ação, quer nela intervenha. Alguém duvida de que um promotor que propõe uma ação — por exemplo, uma ação ambiental ou ação penal pública — ao fazê-lo esteja fiscalizando o correto cumprimento da lei? Pois é exatamente para fiscalizar o correto cumprimento da lei que ele propõe ação para fechar a empresa que está poluindo, ou propõe ação para pôr o criminoso na cadeia. Então, não só *quando é órgão interveniente*, mas *sempre* ele fiscaliza o correto cumprimento da lei, mesmo *quando é órgão agente*. Não é verdade, portanto, que só o promotor interveniente fiscalize o cumprimento da lei. Outra inverdade, a meu ver, consiste em dizer que é mais nobre ser agente do que interveniente. Ora, acaso seria mais nobre para o Ministério Público propor uma ação para fechar uma fábrica que está poluindo do que intervir na mesma ação com o mesmo objeto — o fechamento da fábrica que está poluindo —, só porque esta última ação não foi proposta por ele e sim por um colegitimado ativo, como a Cetesb ou uma associação civil? A ação é a mesma, a ré é a mesma, o pedido é o mesmo, o bem que se busca em prol da sociedade é o mesmo. A importância de sua atuação é a mesma. Em ambas as ações ele pode produzir provas ou recorrer em defesa do interesse público primário. Não vejo diferença de finalidade nem de função entre ser agente e interveniente: isso é diferença de circunstância, não de finalidade. O Ministério Público *sempre* zela pelo interesse da sociedade.

O que distingue o Ministério Público da Defensoria Pública, sim, é algo que esta não tem nem pode ter, assim como, por definição, não o tem nem pode ter a Procuradoria do Estado. O que é? É o exercício direto de uma parcela da soberania estatal. Com efeito, o Ministério Público goza de uma parcela direta da soberania do Estado. Como assim? O Ministério Público detém a titularidade privativa da ação penal pública, e nessa condição ele decide se vai ou não propor a ação. Se decidir propô-la, quem exercerá a soberania do Estado para dizer que aquele fato é ou não crime, será o Poder Judiciário. Mas quando o Ministério Público tempestiva e fundamentadamente entende que não há base para a imputação, e por isso decide *não propor a ação penal pública*, nem o Supremo Tribunal Federal pode ordenar que esta seja proposta, pois essa tarefa é privativa do Ministério Público, e este é quem dá a última palavra a respeito, condicionando, pois, o exercício do *ius puniendi* estatal. Trata-se de prerrogativa que lhe é assegurada pela própria Constituição Federal. A exceção a essa privatividade ocorre apenas se o Ministério Público for inerte — pois aí caberá a ação penal subsidiária da pública; não havendo inércia, porém, nenhuma pessoa, órgão ou entidade, estatal ou não, pode substituir o Ministério Público na promoção da ação penal pública, pois ele detém o monopólio da ação penal pública, sendo o *ius puniendi* uma emanção direta da soberania do Estado.

O que verdadeiramente distingue o Ministério Público da Defensoria Pública não é, pois, a fiscalização da lei, pois há outros órgãos do Estado, e até órgãos meramente administrativos, que também fiscalizam o cumprimento da lei. Nem há de causar espécie o fato de que tem a Defensoria Pública algumas atribuições que coincidem com as do Ministério Público, como a promoção da ação civil pública. Isso ocorre porque, em área não penal, a Constituição deixou claro que o Ministério Público não detém exclusividade ou privatividade, de maneira que é mesmo saudável que outros órgãos possam, concorrentemente, atender o público, ou defender na área civil o meio ambiente, o consumidor, as pessoas discriminadas etc. Assim, para a defesa desses interesses transindividuais, a Procuradoria do Estado, os Procons, a Defensoria Pública e outros órgãos e entidades — estatais ou não — somam-se ao Ministério Público de maneira concorrente e disjuntiva.

O problema mais delicado — e aqui sim, temos uma das controvérsias mais difíceis de enfrentar — é discutir a utilidade jurídica e prática do parecer do procurador de Justiça.

Para alguns, o parecer do procurador de Justiça em segunda instância não passa de mera assessoria jurídica para os tribunais. Imaginem os senhores, se fossem desembargadores, não gostariam de contar com um parecer normalmente bem feito, que tivesse estudado aquele caso concreto, antes de os senhores terem de decidir-lo. Pode ser um conforto para o tribunal. Esse parecer valerá mais, ou valerá menos, de acordo com a qualidade intrínseca do próprio parecer; pode não valer nada, ou, ao contrário, pode valer muito, dependendo da qualidade do parecer. A isso estaria reduzido o papel do procurador de Justiça: um mero consultor jurídico do tribunal, um assessor, cujo estudo o tribunal vai ler ou não, vai considerar ou não, a seu bel-prazer. Isso me parece muito pouco para o trabalho de um procurador de Justiça, ápice da carreira da instituição do Ministério Público.

Às vezes, de uma maneira um tanto agressiva ou pelo menos depreciativa, criam-se conflitos entre as instâncias do Ministério Público. Os mais antigos devem se lembrar de um episódio que aconteceu no Seminário Anual de Grupos de Estudos de 1985, em Águas de Lindóia. Pois é. Vejo que alguns colegas se lembram disso. Foi um episódio marcante da nossa instituição. Estava sendo apresentada uma tese do Grupo de Estudos da Capital, intitulada “Instrumental de especialização institucional” — de fato, o Ministério Público está discutindo seu instrumental de especialização há muitas décadas, e muitas ideias boas têm surgido nos grupos de estudos. E naquele Seminário, eu me inscrevi como debatedor. Na minha vez de falar, fui à tribuna e disse o seguinte: o promotor lutava muito, defendia teses institucionais importantes, e, quando o caso chegava aos tribunais, faltava um entrosamento entre as instâncias, e muitas vezes o parecer do procurador de Justiça não ajudava. Eu disse isso e sentei-me. Um dos autores da tese do Grupo de Estudos da Capital, o então Promotor Paulo Édson Marques, retomou a palavra. Ele falava muito bem, era promotor de júri, um homem enérgico, corajoso, valente, tinha uma língua viva. Ele tomou o mote e disse o seguinte: “O Hugo se enganou ao dizer que o procurador às vezes não ajuda; o procurador de Justiça atrapalha.” Foi um escândalo, até porque, como colocada a questão, parecia ter-se generalizado a crítica, e realmente não é verdade que o parecer do procurador atrapalhe: há pareceres de procuradores de Justiça que ajudam e muito, e até decidem uma questão, reverterem uma tendência. Mas foi um caos, porque alguns procuradores de Justiça peitaram o orador, num clima que chegou quase às vias-de-fato, coisa de tomarem de suas mãos o microfone, escondendo-o nas costas e batendo-se o peito contra o dele. Isso aconteceu, porque havia um conflito, uma espécie de desencanto da primeira instância com a falta de apoio da segunda instância em questões institucionais relevantes.

E há mais. Naquele tempo — lembrem-se os senhores, isso foi antes da Constituição de 1988 —, o quinto constitucional nos tribunais era preenchido por escolha exclusiva dos tribunais e do Poder Executivo; a instituição tributária, no caso o Ministério Público, não fazia a lista sêxtupla da qual o tribunal hoje retira três nomes que serão submetidos à nomeação do Executivo. Então, naquela época, muitos procuradores de Justiça procuravam ser mais realistas do que o rei, procuravam agradar ao tribunal, e às vezes se especializavam em combater os próprios colegas. Hoje as coisas mudaram. Hoje, os procuradores que vão para o quinto constitucional, na vaga do Ministério Público, são escolhidos pelo Conselho Superior do próprio Ministério Público. Quando fui Conselheiro, eu tinha um critério muito simples para escolher os candidatos ao quinto constitucional: eu sempre escolhia os mais antigos, pois não há merecimento para sair da instituição; se merecimento houvesse para sair da instituição, então eu escolheria o pior. Assim, para respeitar o colega que se inscrevia para o quinto constitucional — e eu tinha de respeitar, era uma opção pessoal e profissional, uma opção válida e importante — o que eu fazia? Eu sempre indicava o mais velho, sempre, e, mesmo quando um colega e amigo que nos apoiava politicamente quis ser indicado, mas não era o mais velho, eu não votei nele. Mas, naquele tempo, as coisas eram diferentes. Pretendendo ir para o tribunal, o procurador de Justiça queria agradar ao tribunal, e às vezes ele fazia a defesa do réu ou de teses contrárias às do Ministério Público, com uma virulência maior do que o próprio advogado da parte contrária. Então havia, realmente, alguma razão no desabafo do colega Paulo Édson, embora não fosse o caso de generalizar-se a crítica.

Acredito que as críticas da primeira instância vão até mesmo mais além. Até mesmo não só questionam a utilidade do parecer, mas a utilidade do próprio procurador de Justiça, às vezes referido depreciativamente pela primeira instância como uma forma de aposentadoria antecipada.

Então, problemas existem, mas em verdade as críticas são injustas. Eu fui procurador de Justiça por muitos anos; eu me esforçava muito, como todos os que são procuradores se esforçam, para defender as teses da nossa instituição e dar continuidade ao trabalho da nossa primeira instância. Entretanto, ainda que seja um trabalho qualificado o do procurador de Justiça, que na maioria das vezes é dedicado e zeloso, e ainda que os bons pareceres influam positivamente na solução do caso concreto e até prequestionem matérias que poderão ser objeto de recursos especiais ou extraordinários, na verdade esse é um trabalho que fica aquém das potencialidades dos procuradores de Justiça. Os procuradores de Justiça podem fazer mais do que dar pareceres; podem fazer mais do que dar assessoria jurídica aos tribunais; podem fazer mais do que prequestionar matérias para fins recursais, matérias essas que um bom trabalho dos promotores de primeiro grau já poderia ter prequestionado. Afinal, o que isso evidencia, sobretudo, é a falta de melhor entrosamento entre as duas instâncias do Ministério Público, em prejuízo da defesa das teses de interesse da própria instituição.

Acredito, portanto — já que estamos numa mesa de discussão e debates —, que podemos oferecer sugestões para serem acrisoladas, aperfeiçoadas, corrigidas, modificadas, a fim de que depois chegemos, quem sabe, a um aprimoramento institucional da segunda instância do Ministério Público.

Eu separaria as minhas sugestões em dois grupos. Temos sugestões que podem ser feitas *de lege lata*, ou seja, sem necessidade de modificar a lei. A lei que está em vigor impõe alguns limites, mas, dentro desses limites, por atos normativos da própria instituição, talvez já se possa fazer alguma coisa. E há algumas modificações que eu sugeriria *de lege ferenda*, ou seja, supondo uma mudança legislativa.

Vamos começar com algumas modificações que talvez pudessem ser pensadas desde já, porque compatíveis com a legislação em vigor.

A primeira ideia que poderia ser cogitada seria uma melhor divisão das atribuições entre o procurador-geral e os procuradores de Justiça. Com efeito, se nos detivermos sobre a atual divisão, veremos que praticamente todas as atribuições do Ministério Público em segunda instância são do procurador-geral, o que é absolutamente irreal, pois o procurador-geral efetivamente não faz tudo aquilo de que a lei o incumbe. Ele efetivamente não interpõe recursos especiais ou extraordinários, não revê arquivamentos de inquéritos policiais, não dá pareceres em revisões criminais ou em ações rescisórias, não propõe ações penais originárias — tudo isso é feito por seus assessores ou procuradores designados. Se essas atribuições fossem mais bem repartidas, poderíamos valorizar os procuradores de Justiça.

Quanto à interposição de recursos especiais e extraordinários, em vez de haver um único setor genérico, além de outro específico para a procuradoria de interesses difusos, poderíamos cogitar de recursos necessariamente feitos pelos próprios procuradores ofiçiantes, ou, pelo menos, poderíamos ter um setor específico para cada procuradoria, pois a procuradoria especializada tem mais adequação para decidir se é caso de recorrer ou não, já que cabe a ela o acompanhamento do caso de sua especialidade.

Essas sugestões *de lege lata* poderiam ser instauradas por meio de delegação do procurador-geral, o que tem lá suas vantagens em termos de simplicidade de execução, mas também tem desvantagens, pois na própria delegação está a fragilidade do sistema. No dia em que o procurador-geral não mais quiser delegar, o novo sistema ficará inviabilizado. Amanhã muda o procurador-geral... amanhã, num caso específico, o procurador-geral não quer delegar, então não delega, e nada poderá ser feito, pois, afinal, a atribuição é dele. Assim, soluções desse jaez são possíveis, são práticas, e, partindo de um procurador-geral idealista e disposto a efetuar uma modernização na segunda instância do Ministério Público, podem ser imediatamente implantadas. São soluções que podem ser respeitadas indefinidamente, até porque, embora o procurador-geral juridicamente não seja obrigado a manter a delegação, há um aspecto político institucional a considerar, ou seja, ele próprio terá interesse em manter a delegação, pois seria cobrado pela instituição se, imotivadamente, fizesse cessar um sistema que esteja provando bem.

Uma ideia intermediária, que exigiria mínimas alterações legislativas, colhi dos próprios procuradores. Com efeito, recebi da direção da Escola Superior do Ministério Público as sugestões que os vários grupos de discussão estão ventilando para tentar equacionar o problema. Notei que uma das sugestões recorrentes consiste no melhor aproveitamento dos procuradores de Justiça em assessorias da própria instituição, como junto ao procurador-geral ou ao corregedor-geral, ou seja, em vez de serem ocupadas por promotores, seriam apenas procuradores.

Há, porém, outras ideias mais audaciosas que podem ser tomadas *de lege ferenda*, mediante mais amplas modificações legislativas. Com efeito, hoje temos um limite para a atuação dos procuradores de Justiça. A Constituição de 1988 deu atribuições ao Ministério Público, mas não desceu ao nível das atribuições dos órgãos do Ministério Público (como procurador-geral, colégio, conselho, procuradores e promotores); mas a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93) desceu às atribuições dos órgãos institucionais, e em seu art. 31, disse que “Cabe aos procuradores de Justiça exercer as atribuições [do Ministério Público] junto aos tribunais, desde que não cometidas ao procurador-geral de Justiça, e inclusive por delegação deste”. Isto acaba sendo naturalmente uma camisa de força para

os procuradores. Mas se quisermos empreender alguma modificação legislativa, poderíamos aventar alternativas, embora saibamos que, nesse campo, não haverá mais consenso. Devemos, porém, discutir as possibilidades.

Uma das ideias que me parecem possíveis é a unificação das funções do Ministério Público. Não sou contrário a que exista esse último degrau da carreira, isto é, a promoção a procurador de Justiça; trata-se de mais um grau, é como uma nova entrância, é uma promoção a mais, deve mesmo existir. Mas... por que a divisão de *funções*? Por que não unificarmos as funções do Ministério Público? Assim, em termos de funções, o procurador de Justiça voltaria a ser um promotor de Justiça, como ele era antes de ser promovido. Seria um procurador que poderia investigar, poderia propor ações civis ou penais nos limites de suas atribuições, poderia recorrer diretamente por atribuições próprias e não por delegação.

Explicitemos melhor essa ideia: estou me referindo a uma questão de atribuições. Tomemos, como exemplo, um dano ambiental que atinja apenas determinada comarca. O promotor de Justiça da comarca, que tenha atribuições correspondentes, investiga o fato, propõe a ação civil pública e toma as providências em nome do Ministério Público referentes àquela lesão. Suponhamos, porém, que o dano atinja toda uma região do Estado, ou até todo o Estado, ou, mais ainda, atinja todo o País, mas se trate de matéria afeta à competência da Justiça estadual — pois o fato de o dano atingir todo o País não transfere, por si só, a competência para a Justiça federal, que é determinada pela presença de interesse da União, de entidade autárquica ou empresa pública federal, na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes. Tratando-se de dano regional ou nacional, a apuração poderia ser afeta a um órgão do Ministério Público com atribuições que ultrapassassem as de uma única comarca — afinal, a instituição deve adaptar-se às novas realidades dos tempos modernos. O membro do Ministério Público encarregado de atuar nesses casos que interessassem a mais do que a uma comarca poderia ser um procurador de Justiça; ele instauraria o inquérito civil, investigaria os fatos e proporria a ação ou não, conforme o caso. Para tanto, contaria com a estrutura completa de uma promotoria, só que ele seria como um promotor regional, pertencente a nosso mais alto grau funcional, já que alcançou a última promoção da carreira. Esses procuradores seriam órgãos com atribuições regionais não só na área civil, mas também na área penal, pois, igualmente, há crimes de repercussão regional ou estadual, como na criminalidade organizada.

Desde trabalhos anteriores, já tenho ousado cogitar desta ideia: por que não fazer do promotor de Justiça o órgão do Ministério Público da comarca, enquanto o procurador de Justiça ficaria sendo o órgão com atribuições no Estado? Retomemos o exemplo. Nós temos um crime na comarca — um furto ou um roubo: o promotor da comarca funcionaria no caso; agora temos um crime organizado com ramificações regionais ou estaduais: seria o procurador de Justiça que funcionaria no caso; ele iria agir como o promotor do caso: acompanharia o inquérito, denunciaria, acompanharia a instrução, efetuaria a sustentação oral nos tribunais, recorreria — como o fazem os advogados.

Tudo isso seria possível, apenas mudando-se as atribuições dos membros do Ministério Público. Afinal, não há razão lógica para que só promotores possam investigar, só promotores possam propor ações. Nossa instituição, nesse ponto, poderia estruturar-se de maneira semelhante aos grandes escritórios de advocacia. O advogado tem um escritório; entretanto, o procurador não tem uma estrutura individualizada para o seu trabalho. E, por incrível que pareça, a meu ver nem precisaríamos de tantos promotores e procuradores. Exemplificando, poderíamos ter apenas um promotor do meio ambiente até mesmo na própria Capital de São Paulo; o que ele precisaria é de estrutura adequada. Fala-se tanto em

unidade de pensamento, em unidade de atuação institucional. Como ter essa unidade, com a pluralidade de agentes funcionalmente independentes, todos eles detendo atribuições concorrentes? Mas se tivéssemos um procurador estadual do meio ambiente, essa unidade seria naturalmente atingida. Poderia até ser um cargo de investidura temporária — dois anos, por exemplo, para não criarmos reizinhos, como já tivemos casos de promotores ficarem mais de vinte anos numa promotoria, o que pode ter lá suas vantagens, mas tem suas desvantagens também. Então, eles precisariam de estrutura. Imaginemos um promotor do meio ambiente regional em São Paulo, cargo esse que seria provido por concurso, com investidura de dois anos, como já temos investiduras assim no Ministério Público da União (LOMPU, art. 40). Esse órgão teria em seu gabinete assistentes, auxiliares, estagiários, advogados, peritos — mas seria dele a decisão sobre o que se investiga, o que será objeto de ação ou recurso. Nesse caso, não teríamos a necessidade da atividade opinativa de segunda instância. Afinal, foi ele mesmo, ou quem ele designou, que propôs a ação, que interpôs o recurso ou apresentou as contrarrazões; foi ele que já prequestionou tudo o que entendeu necessário; será ele que comparecerá à sessão de julgamento e fará a sustentação oral ou designará quem a faça — isto é, mandaria fazê-la os advogados, que seriam funcionários lotados em seu gabinete. Esta seria uma mudança de peso, mas aí se resolveriam diversos problemas, entre os quais os de unidade de pensamento institucional, os de coerência das instâncias da instituição, e os de prequestionamento. Sob esse aspecto, poderíamos ter uma instituição mais eficiente se trabalhássemos mais semelhantemente ao advogado. Sob muitos aspectos, o advogado pode nos dar um bom exemplo, como o de preparar-se antes de ajuizar uma ação. Qual advogado propõe uma ação sem antes falar com seu cliente, sem antes recolher dele os documentos e as informações que interessem ao caso, sem antes ir atrás de testemunhas ou documentos que possam servir-lhe? É o mesmo que agora o Ministério Público está fazendo na área cível. O advogado, quando é procurado em seu escritório por um cliente, ouve a exposição do indivíduo, pede e examina os documentos que ele possui, vai em busca dos que lhe faltam, toma o nome das testemunhas que lhe podem ser úteis... quando se sente preparado, propõe a ação. Não é isso o que agora estamos a fazer no inquérito civil?

Penso no promotor-escritório. Fui promotor em comarcas pesadíssimas. Se alguém então me tivesse perguntado se eu gostaria de ter outro colega para dividir o serviço comigo, eu diria que continuaria sendo muito pesada a comarca, ainda que entre dois ou três colegas. Entretanto, se contasse apenas com uma estrutura adequada, ainda que sozinho, eu conduziria com maior eficiência a promotoria. É a mesma coisa: mesmo uma Capital como São Paulo não precisa de dois prefeitos; o País não precisa de dois ou mais presidentes da República; mas o prefeito e o presidente precisam, sim, de toda uma estrutura. Ora, o membro do Ministério Público é um agente político. Nós não precisaríamos de milhares de procuradores e promotores; mesmo numa Capital, poderíamos ter apenas um promotor do meio ambiente, outro do consumidor, outro do júri... mas cada qual com uma equipe de funcionários e advogados contratados, para execução de sua orientação. Isso seria implantado gradualmente.

Os advogados trabalham assim e, em matéria de acompanhamento de processos, os bons advogados e os bons escritórios podem nos dar exemplos. Hoje, na sucessão de um promotor ou procurador por outro, quantas vezes chegamos a uma audiência numa comarca ou a uma sessão no tribunal, e vemos o processo pela primeira vez, enquanto o advogado da parte contrária está acompanhando aquele caso há anos, desde o nascedouro, ou às vezes até mesmo desde antes de o processo ser ajuizado, quando não até mesmo foi ele que orientou o fato...

Não sou contra o parecer do procurador de Justiça. A utilidade jurídica e prática do parecer ainda existe. O parecer bem dado tem qualidades relevantes, não há dúvida; é o prequestionamento de matérias para eventuais fins recursais, é a influência positiva na solução da lide. Quantas vezes cada um de nós já deu um parecer que mudou o destino da causa... Mas é muito pouco ficar a segunda instância do Ministério Público praticamente limitada a emitir um parecer. Nós precisamos mais do que isso na segunda instância. Embora o parecer possa em tese ter utilidade, de fato nem sempre a tem. Se mudássemos o modo de o Ministério Público trabalhar, o parecer poderia mesmo ser dispensado; por exemplo, se o promotor de Justiça que recorreu ou contrarrazoou em primeiro grau, se tivesse feito um bom trabalho no recurso, se tivesse levantado todas as teses pertinentes e prequestionado as matérias necessárias, o parecer do procurador poderia ser dispensável; se o promotor de primeiro grau, em vez de dispensar-se de fazê-lo, tivesse bem contrarrazoado o recurso e enfrentado todas as questões de fato e de direito, e tivesse prequestionado todas as questões necessárias, para que o parecer? Entretanto, o que ocorre hoje? Muitas vezes ocorre o contrário. Falta mesmo entrosamento entre as instâncias do Ministério Público.

Estamos aqui pondo na berlinda os pareceres dos procuradores, mas vamos também falar do trabalho da primeira instância. Nem sempre os promotores fazem um bom trabalho nos autos... Assim, em termos efetivos, se um procurador de Justiça não revisar o trabalho de primeiro grau e não levantar certas questões, há o risco real de inviabilizar-se um futuro recurso especial ou extraordinário por parte da instituição. Acredito que, a médio ou a longo prazo, possamos dispensar o parecer; não já, porém. Mas, se mudarmos o modo de atuação da instituição, será que um promotor já não seria capaz de dizer tudo o que um procurador de Justiça poderia dizer?

Vamos agora a outro ponto que, embora simples, também merece atenção. As pessoas em geral e até mesmo os membros do Congresso Nacional têm dificuldade em compreender a terminologia equívoca que distingue procuradores federais, procuradores da República, procuradores de Justiça e procuradores em geral. Não é adequado que os membros do Ministério Público sejam confundidos com advogados de autarquia, advogados do Estado e outros órgãos quaisquer. O procurador de Justiça não mais deveria nem mesmo se chamar *procurador*, pois que procurador não é. O termo “procurador” provém do tempo em que o rei instituiu seus procuradores junto aos tribunais: eles eram efetivamente advogados do rei, procuradores mesmo – procuravam seus interesses junto aos tribunais; depois, com a República, passaram a chamar-se procuradores da República, pois continuaram acumulando funções de Ministério Público e de advocacia da Fazenda pública: eram advogados da União. Mas hoje, essa terminologia, conquanto tradicional, não mais tem razão de ser para os integrantes do Ministério Público, que procuradores não são. Talvez pudéssemos pensar – e essa é tese antiga – na unificação da terminologia: promotores de Justiça, ou promotores públicos como se dizia antigamente. Mas não deveríamos distinguir seus membros entre promotores e procuradores.

Um aprimoramento ideal também supõe a descentralização de poderes, hoje concentrados nas mãos do procurador-geral; não creio na consistência de uma descentralização por delegação; o ideal é fazê-la por critérios legais, bem definidos. A delegação é instável, depende do bom-humor de quem delega, depende do dia, depende da confiança. Precisamos, sim, de lei que crie novos critérios para distinguir as atribuições do procurador-geral das dos procuradores. Reconheço que algumas atribuições devam mesmo continuar cometidas ao procurador-geral; pela sua condição

de chefe da instituição. Há algumas tarefas que lhe devem ser próprias, como acionar os chefes de Poder; mas incumbi-lo de propor *todas* as ações originárias dos tribunais, isso me parece demasia, pois esse excesso centraliza nas mãos do procurador-geral um poder incomensurável, que, de um lado, ele efetivamente não vai pessoalmente exercer, e, ao mesmo tempo, esvazia os poderes dos seus pares. E os recursos? Estes têm de ser conferidos aos membros do Ministério Público que oficiaram no feito. Se eles foram bons o bastante para propor a ação, fazer a prova, sustentar a procedência, então devem ser bons o suficiente para recorrer, inclusive junto aos tribunais; é o órgão do Ministério Público que acompanhou o caso que deve saber se recorre ou não. Ou então, se não for possível a interposição do recurso pelo próprio órgão que acompanhou o caso, ao menos, subsidiariamente, cada procuradoria deveria ter seu próprio setor de recursos especiais e extraordinários.

Outra ideia interessante que pode ser considerada é algo que já existe no Ministério Público da União. Na área da ação civil pública, o promotor investiga por meio do inquérito civil e, se chegar à conclusão de que não há base para a propositura da ação, ele promove o arquivamento do inquérito civil. Segundo a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), em seus arts. 8º e 9º, a revisão do arquivamento é feita pelo Conselho Superior do Ministério Público — e esse é o sistema que funciona nos Ministérios Públicos estaduais. Mas como é controlado o arquivamento do inquérito civil, nos diversos ramos do Ministério Público da União? Há uma diferença em relação aos Estados. Embora a Lei da Ação Civil Pública não distinga (ela só se refere ao Conselho Superior para a revisão do arquivamento do inquérito civil), no tocante ao Ministério Público da União, a lei especial dispôs diferentemente. Com efeito, a Lei Complementar n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) criou, para cada ramo da instituição, um órgão que não encontra parêlo nos Ministérios Públicos dos Estados: são as Câmaras de Coordenação e Revisão. Pela LC n. 75/93, cabe às Câmaras de Coordenação e Revisão rever o arquivamento dos inquéritos civis nos ramos do Ministério Público da União. *De lege ferenda*, nós poderíamos, nos Ministérios Públicos dos Estados, tirar essa atribuição de rever arquivamento de inquérito civil do Conselho Superior e passá-la para Câmaras de Coordenação e Revisão, compostas de procuradores de Justiça. No campo da ação civil pública, cada vez o Ministério Público trabalha mais e melhor — e ele só está crescendo nessa área — mas o Conselho Superior da instituição está congestionado no exame de arquivamentos e recursos oriundos de inquéritos civis. Agora, nosso Conselho Superior julga por atacado; os conselheiros fazem apenas relatórios e votos orais; há um crescimento irrefreável de serviço, a prognosticar problemas ainda maiores para daqui a pouco tempo, pois a carga de inquéritos civis só aumenta e é massacrante para os conselheiros. Fazer um trabalho bem feito e dedicado é difícil para um Conselho de apenas 11 integrantes, dos quais só 8 recebem distribuição de inquéritos (já que 3 deles estão isentos, e são eles o procurador-geral, o corregedor-geral e o secretário)... Então, nós poderíamos cogitar de criar, nos Ministérios Públicos estaduais, órgãos novos, quais sejam as Câmaras de Coordenação e Revisão, compostas por integrantes do último grau de nossa carreira, que iriam rever os arquivamentos de inquéritos civis, e também arquivamentos de inquéritos policiais... por que não? Com isso, daríamos aos procuradores de Justiça uma atuação muito mais dinâmica, ativa e eficiente.

Mas... poderia a Câmara de Coordenação e Revisão determinar que uma ação devesse ser proposta? Isso não feriria a independência funcional dos membros do Ministério Público?

Ora, todo poder exige controle. O Ministério Público lutou muito para obter a privatividade da ação penal pública; aliás, conseguiu mais que privatividade: tem mesmo exclusividade para isso. Esse é, porém, um poder sujeito a controle: além da revisão do arquivamento pelo juiz e pelo procurador-geral, em caso de inércia cabe a ação privada subsidiária. Há controle, pois.

Com efeito, se o promotor entender que não há base para a denúncia, ele precisa dizer o porquê. Hoje, esse controle, na área penal, é exercido pelo juiz. Trata-se, porém, de controle absolutamente impróprio, pois o juiz chega ao ponto de dizer: *eu não concordo com que esta ação não seja proposta; vou encaminhar os autos ao procurador-geral por tais e tais motivos, para que a ação seja ajuizada*. Ora, se não há pretensão, não há razão para haver jurisdição; o juiz não deveria manifestar-se sobre a não propositura da ação; deve, sim, manifestar-se quando a ação é proposta, ou se é provocado pelas partes porque alguma ilegalidade foi praticada durante a investigação. Mas o sistema atualmente em vigor permite que, quando o Ministério Público decide não propor a ação penal pública, o juiz não aceite o arquivamento e encaminhe os autos da investigação criminal ao procurador-geral. Diz o art. 28 do Código de Processo Penal que, se o chefe do Ministério Público insistir no “requerimento”, o juiz será “obrigado” a atendê-lo... Ora, requerimento não é; trata-se, apenas, de uma ordem de arquivamento que o juiz não poderá recusar-se a cumprir. A lei antes se valeu de um eufemismo ao falar em *requerimento, ao qual o juiz é obrigado a atender*... Mas no fundo, o que quis o Código de Processo Penal? Quis apenas instituir um controle sobre a inércia do Ministério Público. Ora, quanto à necessidade de controle, a lei estava certa: é preciso haver controle; errada, porém, está ela ao escolher o juiz para efetuar esse controle, já que a não propositura da ação penal não é matéria que enseje prestação jurisdicional. Mais feliz foi o sistema da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), que instituiu um controle sobre a inércia do Ministério Público na área civil, mas preservou o Poder Judiciário, pois conferiu o controle do arquivamento a um colegiado da própria instituição. Só que, assim como ocorre hoje com o chefe do Ministério Público no tocante ao controle do arquivamento do inquérito policial, na área civil, esse colegiado não vai limitar-se a dizer se o promotor estava certo ou errado ao propender pelo arquivamento das investigações; o colegiado poderá também corrigir a decisão do órgão individual. Essa revisão de arquivamento não tem caráter puramente administrativo, ou seja, não se liga à atividade-meio da instituição, e sim integra sua atividade-fim, pois diz respeito diretamente ao exercício de suas atribuições funcionais. Decidir se o Ministério Público propõe ou não uma ação é atividade-fim institucional, que não pode ser revista pelo próprio Conselho Nacional do Ministério Público, embora possa e deva ser revista pelo Conselho Superior de cada instituição, nos Ministérios Públicos estaduais, ou por uma das Câmaras de Coordenação e Revisão, nos Ministérios Públicos da União. Esses órgãos colegiados podem mandar que uma ação civil pública seja proposta, da mesma maneira que o procurador-geral pode, em sede de revisão de arquivamento de inquérito policial, determinar o ajuizamento de uma ação penal pública.

A existência desse poder de revisão em nada fere a independência funcional dos membros do Ministério Público. A independência funcional é a possibilidade que a lei confere ao agente político de tomar decisões originárias, na sua esfera de atribuições. Essa possibilidade, o órgão do Ministério Público detém, quando decide propor uma ação, ou, ao contrário, quando afirma nos autos que, a seu ver, não é caso de ajuizar a ação. Mas não é porque esse membro do Ministério Público tem independência funcional, que sua decisão não possa submeter-se a controle; pelo contrário: ela precisa sofrer controle, senão o Ministério Público perderia a atribuição. Numa democracia não deve haver poder sem controle.

Ora, semelhantemente, ninguém nega que o juiz também tem independência funcional: ele goza de independência para absolver ou condenar. Contudo, suas decisões sujeitam-se a recursos, e o tribunal pode mais do que apenas dizer que a sentença está errada: pode mesmo cassar a sentença e proferir outra, no lugar daquela que está sendo revista, mandando prender a mesma pessoa que o juiz absolveu. E quando baixam os autos, aquele juiz está obrigado a expedir mandado de prisão contra a pessoa que ele próprio julgou inocente. E não há humilhação alguma em submeter-se à lei. Algumas pessoas, porém, erradamente se sentem humilhadas por terem de cumprir a lei. Lembro-me de um fato de quando eu era Promotor de Justiça de primeira entrância, em Santa Fé do Sul. Em 1978, recebi um inquérito policial, estudei-o e concluí que o indiciado não tinha feito crime algum; requeri o arquivamento. O juiz fez uma longa fundamentação, de várias páginas, dizendo que aquilo era crime, que o indiciado devia ser denunciado, e mandou os autos ao procurador-geral. Veja-se: aquela provável denúncia já estaria recebida antes de ser ofertada, caso o fosse: era o próprio juiz que estava pedindo que a ação fosse proposta. Imaginem um quadro semelhante, agora na esfera civil: o juiz chega para um indivíduo e lhe diz: você não quer propor esta ação? Não? Mas você está errado, tem de propor esta ação, eu quero processá-la... Ora, isso é um absurdo, uma verdadeira teratologia. Mas, teratologia ou não, o art. 28 do CPP em vigor permitia e ainda permite que o juiz faça isso, e então, naquele caso que agora estou recordando, o juiz de Santa Fé encaminhou os autos ao procurador-geral, mas este insistiu no arquivamento. O que fez o juiz? Indeferiu o arquivamento e mandou prosseguir o inquérito policial! Eu ajuizei diretamente no Tribunal de Justiça um *habeas corpus*, numa época em que era uma raridade um promotor de Justiça se dirigir diretamente a um tribunal e o tribunal, acolhendo minha impetração, cassou a decisão do juiz, ensinando-lhe que não há humilhação alguma em cumprir a lei (RT, 508/319).

Afinal, o promotor de Justiça não receberia da lei o poder de recusar-se a propor a ação penal pública, se a própria lei não tivesse instituído um mecanismo de controle de sua inércia. Na área criminal, esse controle normalmente é feito pela própria instituição — o procurador-geral. Pois bem, o que estou agora propondo é que esse controle continue a ser feito pela própria instituição, mas agora por meio de um colegiado de procuradores de Justiça. Confio mais numa decisão colegiada do que na cabeça de um homem só, que tem mais facilidade para errar. E o órgão colegiado decidiria, e nessa qualidade, poderia mandar que a ação fosse proposta.

Poderia o promotor assim designado pelo procurador-geral ou pelo colegiado recusar-se a propor a ação? Não. O primeiro promotor, que propendeu pelo arquivamento, é agente político e toma a decisão originária, com a independência funcional que lhe é própria; o procurador-geral ou o colegiado, conforme o caso, também são agentes políticos e agem com toda a independência funcional, homologando ou rejeitando a promoção de arquivamento; mas o segundo promotor, aquele que vier a ser designado pelo procurador-geral ou pelo colegiado, esse, no caso específico, não agirá como agente político e sim atuará por delegação: a decisão final da instituição já foi tomada, incumbindo a ele, apenas, cumpri-la. Ele apenas mencionará, na peça inicial, que, por delegação do procurador-geral ou do colegiado competente, está promovendo aquela ação, assim como o juiz escreveria nos autos: em cumprimento ao ven. acórdão do tribunal, expeça-se o mandado de prisão.

O promotor de justiça tem independência funcional para tomar as decisões que a lei põe em suas mãos; não para recusar cumprimento a uma deliberação legal tomada por outro órgão.

Enfim, estas são apenas algumas breves ideias que estou trazendo à discussão, para somar-se às dos demais estudiosos do assunto.

Com efeito, o Ministério Público brasileiro tem esta qualidade: é capaz de propor e promover mudanças. Nós somos capazes de pensar em nossos problemas, estudar alternativas, sugerir ideias e levá-las adiante, até porque, se nós próprios não o fizermos, outros farão por nós. Não queiramos deixar o Congresso Nacional modificar o Ministério Público enquanto assistimos a isso de braços cruzados; pelo contrário. Quando, ao fim da ditadura militar, nós percebemos que o País caminhava para uma nova ordem constitucional, o que fizemos nós? Os senhores bem se lembram: nós discutimos, preparamos e levamos à Constituinte as nossas ideias, que foram acolhidas, porque eram boas ideias. E o que são boas ideias? Em regra, ideias boas são ideias previamente discutidas.

Então continua aberto o campo de discussão sobre a modernização da segunda instância do Ministério Público.

**Publicado originalmente na Revista nº 44 abr./jun. 2012, p. 69.*

A PESSOA IDOSA E O MINISTÉRIO PÚBLICO

HUGO NIGRO MAZZILLI*

1. A proteção à pessoa idosa

São inúmeras as chamadas *condições marginalizantes*: as pessoas são segregadas não apenas em razão de deficiências intelectuais, motoras, sensoriais, funcionais e orgânicas, ou por força de desvios de personalidade e desvios sociais, mas também devido aos problemas decorrentes da idade avançada.

Com a elevação da expectativa média de vida, que tem ocorrido nos últimos anos em diversos países, inclusive no Brasil, o contingente das pessoas idosas tem aumentado consideravelmente, e isto tem despertado maior atenção da sociedade para com elas e para seu direito de participar de forma condigna da vida social.

Diante das limitações físicas e até mentais por que não raro passam, as pessoas idosas podem suportar alguma condição deficitária que provoca preconceitos enraizados na sociedade, com causas mais fundas que as próprias condições deficitárias em si mesmas.

São marginalizadas pessoas em razão do sexo, da raça e ainda em função de inúmeros outros preconceitos. Da mesma forma, uma pessoa que já tenha deixado a juventude há pouco mais de uma década, já começa a ser preterida no mercado de trabalho, e, ao final de longa atividade laboriosa, ao aposentar-se, raramente conserva o antigo padrão de qualidade de vida e, com frequência, vem a ser objeto de discriminações de todo tipo na sociedade.

Sem dúvida, os problemas por que passam as pessoas idosas têm um ponto em comum com todas as pessoas socialmente marginalizadas, que sofrem algum tipo de restrição ou de discriminação.

É evidente que os problemas das pessoas de idade avançada não se limitam às discriminações puramente sociais, mas vão além. Em alguns casos, suportam limitações físicas, mentais e sociais pronunciadas, não sendo raros os casos em que são abandonadas pela própria família ou esquecidas em asilos. Nesses casos, sem dúvida passam a ser compreendidas na condição deficitária que atinge boa parte da população: “O termo *peças deficientes* refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.”¹

2. A conscientização do problema

Por certo não é nova a preocupação com as pessoas de idade mais avançada; não deixa de ser recente, entretanto, a melhor conscientização jurídica do problema, o que vem, aliás, com tardança.

Pode-se dizer que tal conscientização teve um incremento especial a partir da atenção que ao problema tem sido emprestado pela comunidade internacional,

* Hugo Nigro Mazzilli é Procurador de Justiça Membro do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo. 1 Cf. Resolução 33/3447, de 1975, da ONU.

de forma que hoje se reconhece que as pessoas portadoras de idade mais avançada também têm direito de que suas necessidades especiais sejam levadas em consideração em todos os estágios de planejamento econômico e social.

Entre nós, acertadamente, a Constituição de 1988 preocupou-se em evitar discriminações em razão da idade²; ao mesmo tempo, atentou especialmente para a proteção às pessoas idosas, quando impôs à família, à sociedade e ao Estado o dever de ampará-las, seja assegurando-lhes participação na comunidade, seja defendendo-lhes a dignidade, o bem-estar, e o direito à vida.³

3. O Ministério Público e a pessoa idosa

Da mesma forma que um dia ocorreu com a defesa do meio ambiente, do consumidor, da pessoa portadora de deficiência, da criança ou do adolescente, chega agora a vez de o Ministério Público voltar sua atenção para a tutela jurídica das pessoas idosas. À sociedade convém intensamente que todas as pessoas portadoras de algum déficit sejam defendidas, como já ocorre com os menores, os incapazes, os acidentados do trabalho, não se podendo olvidar que todos nós estivemos ou poderemos um dia encontrar-nos numa dessas situações.⁴

Afora alguns conhecidos instrumentos que o Ministério Público já exercita na defesa de hipossuficientes, na luta, até no campo penal, contra todas as formas de discriminação, certamente há um grande campo novo a explorar principalmente na área da defesa metaindividual dos interesses de toda uma categoria de pessoas.

De certa forma, a necessidade de um sistema de proteção especial, inclusive jurídica, deve alcançar todo tipo de pessoa que sofra de acentuada inferioridade, ou seja, deve cobrir não apenas as hipóteses clássicas dos incapazes e acidentados do trabalho, mas todas as pessoas que ostentem alguma forma de grave déficit físico, mental ou social.

Grande parte das medidas que podem ser almejadas na defesa das pessoas idosas depende de uma política governamental fundada em sólidos investimentos. Não raro, as medidas supõem alterações legislativas e, sobretudo, severa fiscalização de seu efetivo cumprimento.

Contudo, antes de advirem todas as mudanças estruturais e legislativas que são desejáveis, mesmo em face das leis ora em vigor para proteção às pessoas idosas, desde já, e especialmente à vista da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), pode entrar e certamente entra o papel do Ministério Público, no que diz respeito à efetiva aplicação e à fiscalização das respectivas normas tuitivas, em termos de providências judiciais e extrajudiciais.

Já tem o Ministério Público tradição na defesa de pessoas atingidas por alguma forma de hipossuficiência: é o que se dá quando atua protetivamente aos incapazes⁵, às crianças e adolescentes⁶, aos acidentados do trabalho⁷, aos trabalhadores em

2 CR, art. 5º, XXX.

3 CR, art. 230.

4 MS 107.639-1-São Paulo, 7ª Câm. Cív. do TJSP, v. u., j. 17-08-1988, Rel. Des. Rebouças de Carvalho.

5 CPC, art. 82, I.

6 Cf. o Estatuto da Criança e do Adolescente.

7 CPC, art. 82, III; LC estadual nº 304/82, art.43.

geral⁸, aos silvícolas⁹, aos favelados¹⁰, aos consumidores¹¹, e às pessoas portadoras de deficiência.¹²

Constitucionalmente destinado a zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, é pertinente que o Ministério Público seja colocado, de forma institucional e direta, no zelo das normas constitucionais e ordinárias que disponham sobre a proteção à pessoa idosa.

Deve-se-lhe descortinar um campo amplo, muito maior do que aquele hoje efetivamente desenvolvido, de forma diluída pelas várias e praticamente estanques Promotorias. Trata-se de um crescimento natural, e isso foi bem entrevisto pelo Promotor de Justiça Dr. João Estevam da Silva, cujo trabalho pioneiro despertou a atenção do Ministério Público paulista para a defesa da pessoa idosa. Com efeito, criou esse dedicado Promotor um grupo que vem atuando na fiscalização de asilos, casas e clínicas de repouso, do que resultou em menos de um ano a visita a mais de uma centena de entidades, o fechamento de dezenas de outras e requisições de inquéritos policiais, em vista de graves violações a direitos fundamentais.¹³

4. A atuação do Ministério Público

Assim, como mero exemplo, em qualquer ação cível em que se discutam interesses *coletivos* ou *difusos* relacionados com toda a categoria das pessoas de idade avançada, deverá estar presente o Ministério Público, seja como autor, seja como órgão interveniente.

O fundamento legal para essa atuação pode ser encontrado nos arts. 127, *caput*, e 129, II e III, da Constituição Federal, no inc. III do art. 82 do Código de Processo Civil, e no art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

A um só tempo, como bem deixa claro a Lei Maior, o zelo dos direitos globais das pessoas de idade avançada passa a inserir-se entre os princípios fundamentais da organização do Estado, sendo seu substrato último o princípio fundamental da igualdade de oportunidades e a dignidade do ser humano. Outrossim, é matéria inserida dentro das atribuições do Ministério Público zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os princípios constitucionais de proteção aos idosos, especialmente nas questões de abrangência coletiva e até difusa, a justificar não apenas a intervenção, como até mesmo a iniciativa ministerial.

A natureza jurídica de tal atuação é nitidamente protetiva.

5. A criação de uma Promotoria Especializada

Para que o Ministério Público assuma papel mais efetivo na defesa das pessoas idosas, nada mais natural que se especialize.

Sem prejuízo das já existentes providências na área da cidadania, na área criminal, de família ou de incapazes, outras providências existem para as quais o Ministério Público, enquanto Instituição, jamais se tinha efetivamente voltado, por falta de especialização, como em matéria ambiental ou na defesa do consumidor. Prova disso é que, não fosse o zeloso e pioneiro trabalho do grupo coordenado por um Promotor de Justiça, o Ministério

8 Lei nº 5.584/70, art. 17.

9 CF, arts. 129, V, e 232; CC, art. 6º, III; e CPC, art. 82, I.

10 CPC, art. 82, III; cf. RT, 602:81.

11 Lei nº 7.347/85; Código de Defesa do Consumidor.

12 Lei nº 7.853/89.

13 Pt. nº 28.961/95 - CSMP de S. Paulo.

Público paulista ainda não tivera a atuação institucional vocacionada efetiva e diretamente para esse grave e relevante problema de todo o contingente das pessoas idosas, que diz respeito tão de perto com nossa condição humana.

Propôs aquele Promotor a criação de Promotoria especializada na chamada *terceira idade*, para viabilizar providências como a propositura de ações, inclusive em caráter preventivo, contra o Estado.¹⁴

Ora, quando se cuida da criação de uma Promotoria de Justiça especializada, são comuns objeções como as de que: a) a defesa das pessoas idosas já é exercida, quando necessária, por outros membros da Instituição; b) a especialização sugerida não garantiria, por si mesma, melhor proteção aos direitos fundamentais dos idosos, pois que sua efetiva defesa supõe providências diversificadas na área do consumidor, do meio ambiente, da habitação e urbanismo ou da pessoa portadora de deficiência, cujas atribuições competem a outras Promotorias já existentes; c) a criação de uma Promotoria especializada centralizaria os problemas e assoberbaria os respectivos Promotores; d) além disso, a especialização levaria a maior burocracia para atendimento ao idoso e contrariaria a tendência desfavorável à excessiva especialização, devendo-se antes buscar maior entrosamento entre as Promotorias já existentes, sem criação de nova Promotoria.

Entretanto, ao examinar essas objeções, parece-nos que esses argumentos pecam pelo excesso, pois poderiam ter sido usados contra a criação da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente, ou do Consumidor, ou até mesmo e principalmente da Infância e da Juventude, de Acidentes do Trabalho, ou da Pessoa Portadora de Deficiência - Promotorias essas de provado êxito nas respectivas lutas que vêm empreendendo.

Por essa teoria e por absurdo, deveríamos abandonar toda a proveitosa experiência de especialização do Ministério Público na área do meio ambiente, do consumidor, da infância e da juventude, de falências, de acidentes do trabalho, do júri e tantas outras...

Ora, sem negar a importância de uma cultura geral sobre os grandes temas do conhecimento humano, a par disso, a especialização é útil, e, em certas matérias, indispensável, como nos ensinam as diversas áreas da ciência. Mesmo dentro de nossa Instituição, a especialização é uma regra geral, que começa nos grandes campos (criminal e cível) e perpassa, como se sabe, dentro de cada um deles, por diversas áreas de atuação mais específica (júri e crimes comuns; falências, família, consumidor e meio ambiente, pessoa portadora de deficiência, etc.)¹⁵

6. Conclusão

Ao instituírem suas Promotorias de Justiça da Pessoa Idosa, os diversos Ministérios Públicos nacionais estarão caminhando em direção a uma sociedade mais justa, agora com o especial zelo daquelas pessoas que um dia cuidaram de nós, e que hoje, desfavorecidas pelo passar do tempo, não raro são esquecidas e abandonadas pelos seus próprios familiares, pela sociedade e pelo Estado.

**Publicado originalmente na Revista nº 2 jul./dez. 1995, p. 55.*

14 V. nota de rodapé retro.

15 Em 1988, tivemos ocasião de apresentar o estudo pioneiro no Ministério Público sobre a criação de uma Coordenadoria de Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência (Pt. nº 4.773/88-PGJ/SP), publicado em RT, 629/64, e em meus livros *Curadoria de Ausentes e Incapazes*, ed. APMP, 1988, p. 91 e s., *Manual do Promotor de Justiça*, 2ª ed., Saraiva, 1991, p. 429/444.

HISTÓRICO DOS CONGRESSOS INTERAMERICANOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

J. A. CÉSAR SALGADO*

A idéia de reunir representantes da justiça dos países americanos, pela primeira vez, num congresso, ocorreu aos órgãos de cúpula do Ministério Público de São Paulo, nas vésperas de 1954, quando a cidade se aprestava para comemorar o quarto centenário de sua fundação.

O momento se afigurava oportuno e propício, não só porque no programa das comemorações estava prevista uma série de congressos científicos, históricos, artísticos e literários, como, também, porque o Ministério Público brasileiro vinha de conquistar franquias legais, que assinalavam uma etapa marcante na sua evolução histórica.

Basta considerar que o Ministério Público brasileiro, após árdua e prolongada luta contra interesses adversos, havia conseguido ingresso na Constituição Federal de 1934, acontecimento que o ilustre jurista argentino Prof. Carlos A. Ayarragaray ressaltou como único entre as constituições vigentes na época.

Realmente, pela primeira vez na história de qualquer país, o Ministério Público passava a figurar numa Constituição.

Esse fato, de irrecusável importância, estimulou o Ministério Público do Brasil a convocar os integrantes da instituição nos demais países americanos para um encontro em que seriam analisados e debatidos diversos problemas de interesse comum.

Daí resultou o I Congresso Interamericano do Ministério Público, realizado em São Paulo, de 21 a 27 de novembro de 1954.

Compareceram a essa reunião delegados das Antilhas Holandesas, Argentina, Colômbia, Cuba, Chile, Equador, Espanha, Estados Unidos, México, Paraguai e Venezuela.

Integravam a delegação dos Estados Unidos, além do Procurador-Geral da República, Herbert Brownell Junior, os Procuradores Gerais dos Estados de Nova York, Califórnia, Illinois, Missouri, New Hampshire e Porto Rico.

Do Brasil, estiveram presentes representantes do Ministério Público da União e dos Territórios, do Distrito Federal e dos Estados.

No dia 21 de novembro de 1954, o Congresso instalou-se solenemente no Salão Nobre da tradicional Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com a presença do Ministro da Justiça, representando o Presidente da República, do Governador do Estado, do Procurador-Geral da República e de outras altas autoridades federais e estaduais.

São do discurso do Ministro da Justiça, Desembargador Miguel Seabra Fagundes, estes excertos:

* Procurador-Geral do Estado de São Paulo.

** Discurso proferido na sessão de encerramento do IV Congresso Interamericano do Ministério Público, em Brasília, no dia 25-5-1972.

“No Ministério Público arma a sociedade os cavaleiros da sua luta pelo Direito, exatamente no que esta exprime de mais nobre, porque no concernente ao interesse impessoal da comunidade e à proteção dos que mais a ela se credenciam pela incapacidade de atuação própria. Nele mobiliza o Estado aqueles que, em nome de todos, devem resistir à “injustiça ultrajante”, de que nos fala Ihering.

.....

Mas, não somente no campo genérico da justiça comum se projeta a ação dos defensores da sociedade. A outros campos se estende, benéfica, a sua atuação.

Reconhecemo-lhes papel de relevo na defesa das instituições e da própria sobrevivência da Nação, quando funcionam perante a Justiça Militar. Chamamo-los a desempenhar uma função de alto sentido humano e social, em lhes atribuindo a defesa dos economicamente fracos, nas lides trabalhistas. Fazemo-los guardiães da pureza do regime constitucional ao lhes conferir, diante dos Tribunais Eleitorais, um papel fiscalizador da seriedade da vida partidária e do voto. Mais do que isso.

De tal modo a experiência da vida brasileira sublinhou o relevo do Ministério Público, na sua contribuição à defesa da sociedade e ao aperfeiçoamento das instituições políticas, que o erigimos, vinte anos passados, em instituição constitucional.”

Sobremodo significativas, como reconhecimento do valor do Público, merecem igual menção estas palavras, então proferidas pelo chefe do Poder Executivo do Estado, Prof. Lucas Nogueira Garcez:

“Honra-se o meu Governo (...) por haver compreendido as aspirações e necessidades do Ministério Público. Ainda recentemente, e tendo em vista o fortalecimento dessa instituição, para que ela se mostre forte mesmo diante dos mais fortes, o Governo do Estado, em projeto de lei encaminhado ao Poder Legislativo, procurou torná-la ainda mais independente do que até aqui, seguindo nesse passo a orientação, entre outros, do eminente Pontes de Miranda, que deseja a eleição do Procurador-Geral, de modo a libertá-lo de quem por ele deve ser fiscalizado. Porque, como bem salientou o ilustre constitucionalista a quem acabo de me referir, “órgão que fica exposto a vontade de outro órgão não tem aquela independência que fora de mister à concepção do Ministério Público”

.....

“Permiti-me, contudo, Senhores, avançar que o Ministério Público não alcançou entre nós, assim como em numerosos outros países americanos, e não só americanos como de outros continentes, a plenitude de seu desenvolvimento. Porque precisa ele armar-se melhor para as grandes lutas, que não são as que se travam contra os pequenos delinquentes, senão aquelas em que devem ser combatidos todos aqueles que, dotados de poder econômico ou de outro qualquer, usam dele para o esmagamento dos pequenos, dos fracos, dos humildes, dos desamparados.”

Estas memoráveis palavras foram pronunciadas - eu já o disse - pelo então Governador do Estado de São Paulo, Prof. Lucas Nogueira Garcez.

Entre as principais realizações do Congresso, merece especial registro a da fundação, no dia 26 de novembro de 1954, da Associação Interamericana do Ministério Público, em cujos Estatutos se inscreve como finalidade precípua o estreitamento dos vínculos de aproximação e solidariedade entre o Ministério Público dos países americanos, bem como a adoção de medidas visando a uma orientação comum em face dos problemas essenciais da instituição.

Nos termos dos Estatutos, compete ainda à Associação pugnar pela independência do Ministério Público, promover a realização periódica dos Congressos Interamericanos e publicar a “Revista Interamericana do Ministério Público”.

Dispõem mais os Estatutos que a sede da Associação Interamericana do Ministério Público se deslocará sucessivamente para as cidades onde se realizarem os Congressos.

A publicação da Revista ficará a cargo do Ministério Público do país em que se mantiver a sede da Associação, durante o período entre um e outro Congresso.

No desempenho dessa incumbência, iniciou-se em São Paulo a publicação da “Revista Interamericana do Ministério Público”, da qual foram divulgados quatro números, na primeira fase da permanência da sede da Associação em São Paulo.

Quanto às conclusões aprovadas no Congresso, é de destacar-se a que atribuiu ao Ministério Público o predicativo de “órgão do Estado”.

Era a consagração de um enunciado do Anteprojeto de Código do Ministério Público de São Paulo, de 21 de dezembro de 1951.

Ultrapassada a velha concepção dos que viam no Ministério Público simples mandatário ou preposto do Poder Executivo, impunha-se defini-lo de acordo com a situação que lhe competia no quadro das instituições do Estado moderno. Já era tempo de situá-lo no lugar certo, “in the right place”, pois de outro modo não seria possível responder à pergunta sobre a sua exata posição.

A resposta seria encontrada na “teoria da organicidade”, de Comba, como bem o demonstrou Giuseppe Sabatini, ao reconhecer no Ministério Público as características de um “órgão do Estado”.

Eis o ensinamento de Comba em “Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi”:

“Deve-se entender a antítese entre organicidade e representação tendo-se em mente que no vínculo de representação há dois sujeitos, um dos quais age em nome e no interesse do outro; os atos do representante são, materialmente, seus próprios, mas formalmente, são atos do representado e seus efeitos recaem na pessoa deste; na relação de organicidade não mais se apresentam dois sujeitos, porém a identificação do órgão na pessoa jurídica, de modo que esta age imediatamente por si mesma; em substância, é a mesma pessoa jurídica decidindo e agindo pelos seus órgãos, os quais dela não se distinguem, mas lhe são partes integrantes; conseqüentemente, não pode existir contraposição entre órgão e pessoa jurídica, porque, quando aquele age é como se fora a mesma pessoa jurídica”.

Estes conceitos, Jellineck os resume numa síntese perfeita: “Atrás do representante, há outra pessoa; atrás do órgão não se vê ninguém”.

Assim, o Ministério Público, órgão do Estado, com ele se confunde, e como outros órgãos estatais – segundo Giuseppe Sabatini, em “El Publico Ministero nel Diritto Processuale Penale” – “vive e se movimenta na pessoa jurídica do Estado, com autonomia de vontade, de objetivos e de poderes”.

No Congresso de São Paulo, a conceituação do Ministério Público, órgão do Estado, constou de tese da delegação da Colômbia, sob presidência do Procurador-Geral Dr. Eduardo Piñeros y Piñeros. No preâmbulo desse trabalho, lê-se:

“El Primer Congreso Interamericano del Ministerio Público considera que la autonomía e independencia del Ministerio Público, cuando obra como representante

de la sociedad, constituye una aspiración de los pueblos libres, en defensa de la legalidad y es una garantía democrática para el ciudadano”.

E como corolário:

“El Ministério Público debe ser incluido en las constituciones, como órgano del Estado”.

O Ministério Público brasileiro manifesta-se no mesmo teor, conforme consta da tese “O Ministério Público, órgão do Estado, e sua independência”, de autoria do Dr. Ernestino Souza Filho, Procurador-Geral do Estado do Pará.

A proposta colombiano-brasileira, unanimemente aprovada, foi incluída entre as conclusões do Congresso com, a seguinte redação:

“O Ministério Público deve ser inserido nas Constituições como órgão do Estado”.

O eminente delegado da Argentina, Prof. Carlos A. Ayaragaray, escreveu no seu trabalho “El Porvenir del Ministério Público” estas palavras que vêm a propósito recordar:

“El Primer Congreso Interamericano del Ministério Público ha perfilado ideológicamente la institución, dándole contenido, relieve y características.

.....
El Ministerio Público, tal cual como lo ha estructurado dicho Congreso, inviste una alta autoridad, con las garantías propias de toda Magistratura, con función precipua de defensora de la Constitución, baluarte ésta de las garantías del individuo”.

.....
Es innegable la importancia de las decisions tomadas por el Primer Congreso Interamericano del Ministerio Público, con asiento en San Pablo en el año 1954. Su yerarquia cincela la institución del Ministerio Público dentro de cánones mayestáticos de buen orden y del prestigio de la administración de justicia y de los tribunales, a punto que por el caracter de aquellas, se debe aceptar que constituyen una doctrina genérica y completa, y que por propria decisión del Congreso al referirse a elas, los que integraron ese Congreso la llamarían escuela paulista”.

O II Congresso Interamericano do Ministério Público celebrou-se em Cuba na cidade de Havana, de 20 a 26 de novembro de 1957.

Concorreram a esse Congresso, além da numerosa e brilhante delegação cubana, as dos seguintes países: Costa Rica, Brasil, Estados Unidos, Honduras, Panamá, Peru e Venezuela.

Integravam a delegação norte-americana, representantes dos Estados de Alaska, Delaware, Iowa, Kansas, Maine, Missouri, Nevada, New Hampshire, Ohio e Rhode Island.

O Congresso de Havana primou pela excelência do acolhimento dispensado aos visitantes e pelo alto nível científico a que atingiu, seja quanto ao mérito dos trabalhos apresentados ou quanto aos debates que eles suscitaram.

Falando na sessão inaugural do Congresso, o 1.º Ministro Dr. Andres Rivero Agüero lembrou que o Congresso de São Paulo “señaló las pautas y proyección para el futuro desenvolvimiento y acercamiento americano de la institución fiscal que hoy tiene sus primeros frutos con esta reunión de fiscales de América, que en

cumprimento del mandato inspirado en aquel Congreso, reiteran en la Patria de José Martí su fé en los destinos de esta classe, en las aspiraciones que la llevaron a considerar sus puntos en común, en los nobles propositos que la animan”.

O Dr. Elpidio Garcia Tuduri, Procurador-Geral de Cuba, personalidade insigne, cujo nome já se tornara conhecido e admirado pela sua destacada atuação no Congresso de São Paulo, falou a seguir. Há no seu discurso judiciosos conceitos sobre o papel do Ministério Público no organismo do Estado, como estes:

“Los classicos poderes que integram el Estado, con sus funciones específicas, sus potestades propias y sus contenidos concretos, llenan y cubren desde un punto de vista positivo lo que concierne a la organización y fines del organismo estatal; pero la normativa para la integración de esos Poderes; para la actuación funcional de las mismos, para la excitación oportuna para realizar dicho funcionamiento, está, no cabe dudarlo, en todos los pueblos civilizados, bajo la tutela de esta sub-estimada Institución, que es llamada el Ministerio Fiscal”.

Nessa função de tutela, que segundo Garcia Tuduri, o Ministério Público é chamado a exercer “cuando en la integración y funcionamiento de los respectivos órganos del Estado se olvidan las normas constitucionales y legales pré-estabelecidas”, nessa função, como se deprende das palavras acima transcritas, descubrem-se os lineamentos de um Quarto Poder do Estado. Essa prerrogativa de soberania, no entender do eminente Procurador-Geral de Cuba, em sua tese “Limite del Estado frente a los Derechos Esenciales del Individuo” deve ser conferida ao Ministério Público: “El avance de la cultura politica de nuestros tiempos – é um destaque da referida tese – la mayor garantía que para sus derechos y libertades necessita el hombre moderno frente a la actividad del Estado, la mejor eficacia que esa actividad en los distintos campos de su acción, se ejecute y pratique conforme a los propósitos y dentro de las normas que se dió el pueblo en su correspondiente Constitución, exigen hoy el reconocimiento de la existencia de un Quarto Poder: “El Ministerio Público”.

Outra tese de alto interesse, que logrou aprovação do Congresso, foi a do Dr. Jorge Pegudo, Procurador da Audiência de Havana, sob o título “Inamovibilidad e Independencia de los funcionarios del Ministerio Público”.

Nos termos da conclusão proposta pelo autor, “Los funcionarios del Ministerio Público son inamovibles e independientes en sus funciones y no deben obediencia más que a la ley”.

O Congresso de Havana assinalou um acontecimento memorável na história do Ministério Público das Américas. Foi, talvez, o último ato de vida do Ministério Público, tal como a concebemos, naquele país.

Os acontecimentos políticos que logo depois ali ocorreram vulneraram a instituição na sua essência e na sua estrutura.

Destituídos de suas funções, encarcerados alguns, exilados muitos – os membros do Ministério Público de Cuba viram – é de imaginar-se com que mágoa! – o perecimento da entidade a que haviam servido com pleno devotamento.

Ao encerrar-se este IV Congresso Interamericano do Ministério Público, sentimos que há um lugar vazio. E a nossa lembrança evoca os nomes daqueles nobres colegas que nos acolheram em Havana: Elpidio Garcia Tuduri, o presidente, que vinha exercendo com alta dignidade o cargo de Procurador-Geral da Nação. Nosso derradeiro encontro foi em Miami, onde ele viveu os últimos dias, pobremente, a

defrontar-se com a adversidade; Adalberto Ruiz Montaña, Procurador junto ao Supremo Tribunal, tipo perfeito de “gentleman”, morto tragicamente em virtude de acidente de automóvel; Rodolfo Moreno Boscowitz, o preclaro Secretário-Geral do Congresso, hoje, exilado em Miami; e Francisco Ponte Dominguez, Benigno Villadoniga Rodriguez, Carlos M. Del Junco Y Oliva, Evelio Camaraza Toledo, Angel Segura Bustamante, Jesus Coll Nuñez e José M. Fuente Carretero, para citar apenas alguns, entre os colegas cubanos, que mais se distinguiram no Congresso.

A eles o nosso pensamento de companheiros do mesmo ideal. A eles a nossa gratidão por tudo que fizeram em prol do Ministério Público.

Coube ao México a organização e realização do III Congresso Interamericano do Ministério Público, reunido na Capital mexicana, de 13 a 20 de julho de 1963.

Quem manusear os Anais comemorativos dessa assembléia de promotores de justiça das Américas convirá logo em que os colegas mexicanos se desempenharam cabalmente da tarefa que lhes havia sido confiada.

O ato de inauguração dos trabalhos, no amplo auditório do Instituto Mexicano de Direito Social foi, mais do que solene, soleníssimo.

Além da presença do Presidente da República, Dr. Adolfo López Mateos, fato que deu grande realce à cerimônia, viam-se nos lugares de honra as principais figuras do mundo oficial, altas patentes das forças armadas, diplomatas, professores universitários, membros das academias científicas e literárias e as delegações dos países visitantes, em número de dezessete, como se vê desta relação: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Chile, Equador, Estados Unidos, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguai, República Dominicana, Salvador, Uruguai e Venezuela.

Na ocasião, usaram da palavra o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, em exercício, e o presidente da Associação Interamericana do Ministério Público, integrante da delegação do Brasil.

No seu discurso, o Procurador-Geral em exercício, Dr. Oscar Treviño Rios, após saudar as delegações visitantes, disse:

“Abriremos nuevos surcos de entendimientos y cooperación interamericana en la esperanza de que nuestro trabajo fructificará para marcar nuevos horizontes en las tareas a nosotros encomendadas, sin desviarnos del fin que persigue la Asociación Interamericana del Ministerio Público, fundada en São Paulo, Brasil, el día 25 de noviembre de 1954”.

Continuando, o Procurador Treviño Rios preconizou a criação da Instituição Panamericana do Ministério Público e do Ministério Público Panamericano:

“!Que hermozo seria, señores procuradores de América, que nuestra Asociación propusiera la creación de la Institución Panamericana del Ministerio Público!, que, paralela y simultanea al establecimiento de la Corte Interamericana para la protección de los Derechos del Hombre, se avocara su personalidad y función internacional americana, como baluarte y firme portavoz del hombre de América ante el Tribunal Internacional; precisamente la procuraduría General de la República, en uno de sus trabajos, somete a la consideración de la H. Asamblea de este Congreso la creación del Ministerio Público Panamericano.”

No decorrer do Congresso, especialmente convidados, proferiram conferências: Jiménez de Asúa, sobre “Tendências da moderna codificação penal”; o Prof. Jean

Graven, Reitor da Universidade de Genebra, sobre “Os meios lícitos de investigação moderna no Processo Penal”; o Prof. Antonio Quintano Ripolles, catedrático da Universidade de Madrid, sobre “Função do Ministério Público. O que é o que deveria ser”; o Dr. Eduardo Novoa Monreal, Presidente do Instituto Chileno de Ciências Penais, sobre “O Problema Jurídico da Extradicação: Caso Walther Rauff”.

Na presidência do Congresso atuou, com serenidade e eficiência, o Procurador-Geral em exercício, Dr. Oscar Treviño Rios, um dos mais destacados membros do “Parquet” mexicano, secundado na vice-presidência, pelo Dr. Fernando Román Lugo, Procurador-Geral da Justiça do Distrito federal e dos Territórios, e nome de larga projeção nos meios jurídicos do país.

A Secretaria-Geral coube ao Prof. Raul Carrancá y Trujillo, catedrático de Direito Penal da Universidade Autônoma do México, uma das mais lúcidas inteligências que realçaram o Congresso, penalista de renome internacional, precursor da sistematização do Direito Penal, na América Latina, no juízo de Jiménez de Asúa, e, ainda, a mostrar a versatilidade de seu talento, sociólogo, criminalista, historiador, humanista, beletista, orador. Carrancá y Trujillo, homem de pensamento e ação, que a morte levou, para a permanente saudade de seus amigos, discípulos e admiradores, foi dessas raras criaturas agraciadas pelo destino com múltiplos dons morais e intelectuais. Dele, pode dizer-se também, que soube dar testemunho da única legenda, que é a divisa heráldica de sua gente: “Por mi raza hablará el espíritu”.

A autonomia do Ministério Público em face dos Poderes do Estado foi proclamada, no Congresso do México, nos termos desta conclusão:

“El Ministerio Público, en la realización de sus funciones, gozará de autonomía con propia responsabilidad y respecto de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; y al efecto, las leyes harán efectivas esa autonomía y propia responsabilidad, garantindo la inamovibilidad e independéncia del personal del Ministerio Público, cuya remoción no deberá obedecer a la sola voluntad del Ejecutivo, sino a causas comprobadas de responsabilidad”.

O Congresso do México ficará entre as mais belas páginas dos Anais do Ministério Público das Américas.

Este IV Congresso Interamericano do Ministério Público, reunido sob os auspícios do Governo do Brasil, nós o devemos à clarividência do Senhor Professor Alfredo Buzaid, Ministro de Estado da Justiça. Houve por bem Sua Excelência aquiescer na proposta que, em boa hora, a presidência da Associação Interamericana do Ministério Público submeteu à sua alta consideração.

Homem do Direito, fácil lhe foi reconhecer a importância e a significação desta assembléia de juristas dos países americanos.

Assim, graças a seus valiosos ofícios junto ao Senhor Presidente da República, que se dignou acolher a nossa pretensão, aqui nos encontramos, senhores congressistas, para reafirmar os nossos compromissos em face da lei, da justiça e da sociedade e, acima de tudo, em face de nossa consciência.

Após um interregno de oito anos, restaura-se, auspiciosamente, a cadeia de nossos congressos interamericanos.

A bandeira que desfraldamos em São Paulo, em 1954, é a mesma que tremulou depois em Cuba e no México e que ora flutua sob os céus de Brasília, coração do Brasil.

Amanhã, nós a veremos, alçada por mãos fraternas, em outras terras amigas.

Lá nos encontraremos, como ontem e como hoje, para dizer que o Ministério Público das Américas está sempre pronto a cumprir o seu dever.

**Publicado originalmente na Revista nº 16 jun./dez. 1972, p. 80.*

CONTROLE DA POLÍCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO VERSUS DOMÍNIO POLICIAL DA INVESTIGAÇÃO NA EUROPA, ESPECIALMENTE NA ALEMANHA*

KAI AMBOS**

SUMÁRIO: 1. Observação preliminar. 2. A Situação Legal. 2.1. Fundamentos. 2.2. Imprecisões normativas. 3. A realidade do processo. 4. Criminalidade organizada e a luta preventiva contra a delinquência. 4.1. Fundamentos. 4.2. Luta preventiva contra o delito e Estado de Direito. 5. Reformas? 6. Conclusão.

1. OBSERVAÇÃO PRELIMINAR

De acordo com o propósito do legislador reformista do século XIX, com a criação do Ministério Público Alemão (*Staatsanwaltschaft*) buscava-se alcançar fundamentalmente três objetivos¹: a derrogação do tradicional processo inquisitivo mediante a realização da forma separada das funções de acusação e ajuizamento por parte do Ministério Público e dos Juizes; o surgimento de uma instituição objetivamente encarregada da investigação, que ao mesmo tempo haveria de assumir o papel de guardião da lei com respeito à atuação estatal e, finalmente – relacionado com este último –, o controle jurídico-estatal das investigações policiais. Deste modo, devido às suas amplas atribuições de direito material, o Ministério Público acabaria por se converter em “*dueño e señor de la investigación procesal*”² – com respeito, especialmente, à polícia – já que agora se torna um garantidor de um processo jurídico-estatal revestido de verdadeira força judicial.³ A esse ponto de partida histórico voltaremos posteriormente. Sem embargo, merece ser mencionado que a luta do Ministério Público pelo controle da polícia deixou marcas em sua conquista histórica na Alemanha, sendo que é tão antiga como a própria instituição, o que deve ser realçado, haja vista a intenção de teceremos comentários a partir de uma perspectiva atual da contradição existente entre a situação legal (1) e a realidade do processo (2), para, ao final, nos ocuparmos da chamada e almejada busca da luta preventiva contra a delinquência criminal (3).

* Título original do artigo em alemão: *Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei versus Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens*. A tradução primeiramente foi feita do alemão para o espanhol por Teresa Manso Porto, colaboradora científica do Instituto Max Planck de Friburgo, com revisão e atualização do autor. A versão para o português foi feita, originalmente, em uma primeira versão, e para outro fim, por Fauzi Hassan Choukr, mestre e doutor em Processo pela Universidade de São Paulo, mas, em uma segunda versão, especialmente para esta publicação na *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, o artigo foi adaptado, com trechos que sofreram nova versão, para uma melhor compreensão no português e, ainda, novamente revista, especialmente as palavras e notas que permaneceram no texto em espanhol, por Marcellus Polastri Lima, mestre e doutor em Ciências Penais pela UFMG. Agradeço, ainda, ao meu colega Dr. Jörg Kinzig por importantes referências. O *Cand. iur.* Martin Viciano Gofferje merece também meu agradecimento por seu apoio na comparação do texto.

** O Professor Kai Ambos é catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comparado e Direito Penal Internacional e Chefe do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional do Instituto de Ciências Criminais da Georg-August Universidade de Göttingen-Alemanha, além de Juiz do Tribunal Estadual de Göttingen-Alemanha.

1 Roxin, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft*, DRiZ 1969, p. 385 e segs.

2 *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional, Alemão, cf.: *Neue Juristische Wochenschrift* 1976, p. 231; cfr. na – inabarcável literatura existente como, entre outros, Hellmann, *Strafprozeßrecht*, 1998, § 3 núm. marg. 1. NT (é comum se dizer no Brasil *dominis litis* na ação penal, mas aqui se fala em “dono da investigação criminal”).

3 Cfr. Riess, *Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, Libro-homenaje a Schäfer* (1980), p. 155 (194).

2. A SITUAÇÃO LEGAL

2.1. FUNDAMENTOS

Ao Ministério Público, na Alemanha, incumbe exercer a acusação pública (princípio de acusação, previsto no § 152, I, StPO)⁴. Está o órgão obrigado a intervir em qualquer feito penal com possibilidade de persecução, logicamente sempre e quando haja indícios suficientes, ou seja, quando exista o que se chama “de uma suspeita inicial” (princípio da legalidade aqui previsto em lei: § 152, II). É sempre o Ministério Público que decide acerca do resultado final da investigação processual na medida em que formula a acusação (§ 170, I) ou também pode decidir – por razões de oportunidade (§ 153 e segs.) ou por motivos fáticos ou jurídicos (§ 170, II) – sobre o arquivamento do procedimento investigatório. Segundo a concepção normativa do ordenamento processual Alemão, o Ministério Público deve, tal como assinala o Supremo Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof*), “garantir o correto transcurso das investigações e exercer o permanente controle jurídico da atividade de investigação policial (...); está obrigado a exercer a função de controle e direção, (...) a competência exclusiva da direção material”⁵. Segundo o § 161, I, primeiro inciso, em uma primeira alternativa, o Ministério Público pode, inclusive, assumir, de forma direta, as investigações.

Isso é somente uma possibilidade teórica, pois, na verdade o Ministério Público Alemão não dispõe de uma polícia própria ou mesmo “judiciária”, tal como se dá no direito francês sob o rótulo de *police judiciaire*⁶, ou como existe também na Espanha e na América Latina também rotulada de como polícia judiciária.

O Ministério Público alemão seria, como expressou uma vez KERN⁷, uma “cabeça sem mãos” e, como tal, é dependente da polícia. Geralmente, o Ministério Público deixa que as investigações sejam realizadas por uma parte da polícia (§ 161, I, primeiro inciso, segunda alternativa); e essa, “como verdadeiro braço prolongado do Ministério Público”⁸, está obrigada a satisfazer a requisição ou a investigação pretendida pelo Ministério Público (§ 161 I segundo inciso), estando vinculada – não em âmbito repressivo – às ordens desse⁹. Trata-se de uma relação legal de obrigação, de um mandato *a iure*. A polícia é mandatária do Ministério Público¹⁰. Devem ser distinguidas duas categorias de funcionários policiais: de um lado, temos os chamados funcionários auxiliares do Ministério Público conforme disposto no § 152 da Lei de Organização Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz, GVG*) – tal qual os *officiers*

4 Parágrafos sem designação específica correspondem ao Ordenamento procesal alemão (*Strafprozessordnung, StPO*).

5 *Bundesgerichtshof Strafsachen* (Corte Suprema, assuntos penais = BGHSt), t. 34, pág. 215 (217); a mesma abordagem se dá em NJW 1987, p. 1.033. Cfr. Görger, *Die organisatorische Stellung der Staatsanwaltschaft*, 1973, p. 53 e segs.; Rüping, *Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei*, ZStW 95 (1983), p. 894 e segs.; acerca do controle através do ministério público e do juiz de investigação cfr. Cédras, en: Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.), *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, 2000, p. 327.NT StPO (Código de Processo Penal Alemão).

6 Aqui, no entanto, é necessário fazer algumas diferenciações. Assim, segundo Gómez Colomer, na Espanha não existe uma polícia judicial no sentido de um corpo policial pertencente exclusivamente ao Ministério Público. Cf.: Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.), supra, p. 311 e sobre a América Latina, cfr. Ambos/Woischnik, ZStW 113 (2001), p. 334 e segs., com ulteriores resenhas bibliográficas.

7 Kern, *Gerichtsverfassungsrecht*, 1965, p. 227; cfr. também Roxin, supra, p. 388.

8 *Bundesverwaltungsgericht* (Supremo Tribunal Administrativo = BVerwG), t. 7, p. 255 (263); cf. o mesmo em NJW 1975, p. 893.

9 Sobre as limitações da “faculdade” de dar instruções – que também deriva do § 152 I GVG – cfr. Habel, *Möglichkeiten einer Reform des Verhältnisses von Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren*, 1982, p. 44 e segs.

10 Cfr. para maior detalhe acerca disto Görger, em nota supra, pp. 89, 123 e 162; bem como Habel, em nota supra, p. 47; Kunzmann, *Die Kollision zwischen der Aufgabe der Gefahrenabwehr und anderen Aufgaben der Polizei*, 1990, p. 27 e segs., 157.

de *police judiciaire auxiliaires*” franceses¹¹ – e, por outro lado, os funcionários policiais ordinários, que não possuem o *status* dos funcionários auxiliares do *parquet*. Dito *status* se determina através de regramentos executivos dos Estados Federais respectivos por grupos (§ 152, II, GVG), ou seja, nomeiam-se os grupos de funcionários que devem ser considerados funcionários auxiliares do Ministério Público no sentido da lei. Assim, por exemplo, na Baviera encontram-se entre os funcionários e auxiliares do Ministério Público funcionários da administração financeira e tributária, da polícia federal (polícia criminal e polícia uniformizada), da Administração de flora, caça e pesca, assim como das direções de minas do Governo¹². Disposições similares encontram-se nos regramentos dos outros Estados Federais da Alemanha¹³, cabendo acentuar que não são apenas convocados membros da polícia criminal, mas também, fundamentalmente, de serviços de categoria intermédia, setores da polícia comum¹⁴. Quando se trata de uma tarefa determinada pelo Ministério Público a funcionários auxiliares fala-se em requisição (“*Auftrag*”), ao passo que, se é destinada a funcionários de polícia ordinários, fala-se de requerimento (“*Ersuchen*”)¹⁵. A verdadeira diferença entre funcionários de polícia ordinários e funcionários auxiliares está em que algumas das medidas coercitivas previstas no ordenamento processual para casos de “perigo na demora em proceder” não podem ser adotadas por funcionários de polícia ordinários, mas somente por funcionários auxiliares – aqueles do Ministério Público –, como, por exemplo, realização de exame de corpo de delito conforme o § 81, II ou uma busca e apreensão domiciliar de acordo com o § 105, I¹⁶.

2.2. IMPRECIÇÕES NORMATIVAS

A relação entre polícia e Ministério Público a nível normativo não está livre de certas imprecisões. Isso se dá, por um lado, pelo fato de que a polícia e o Ministério Público servem a “senhores” distintos: a polícia está subordinada no aspecto jurídico-organizativo aos respectivos ministérios estatais do interior, enquanto que o Ministério Público depende do Ministério da Justiça. Já no aspecto disciplinar, o funcionário de polícia ordinário somente está sujeito a seus superiores policiais. O Ministério Público, na Alemanha, além de suas faculdades de investigação e vigilância, não possui nenhum poder disciplinar sobre a polícia no exercício de suas

11 Cfr. Görgen, em nota supra, p. 54.

12 Regramento acerca dos Funcionários Auxiliares do Ministério Público de 21 de dezembro de 1995, *Bayerisches Gesetz und Verordnungsblatt (BayGVBl.)* 1/1996, p. 4.

13 Cfr., por ex., o Regramento do Governo Federal de Baden-Württemberg de 12 de fevereiro de 1996, *Gesetzblatt (GBl.)* de 6 de março de 1996, p. 184; também o Regramento de Renania do Norte-Westfalia de 31 de agosto de 1982 (GVBl. 592), *Änderungsverordnung* de 7 de maio de 1985 (GVBl. 382), assim como de Thüringen, de 12 de junho de 1996 (GVBl. 110).

14 Cfr. também Kühne, *Strafprozessrecht*, 5. ed., 1999, núm. marg. 147; Hellmann, nota supra, § 3 núm. marg. 91; Peters, *Strafprozess*, 4. ed., 1985, § 24 IV; detalhadamente Habel, nota supra, p. 52 e segs., que lamenta que não se tenham funcionários auxiliares de maior graduação.

15 Cfr. Beulke, *Strafprozessrecht*, 5. ed., 2000, número marginal. 102; Volk, *Strafprozessrecht*, 1999, § 7, número marginal 5 e segs.; Füllkrug, *Neue Formen der Kriminalitätsbekämpfung und ihre Auswirkungen auf das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei*, ZRP 1984, p. 193 (194).

16 Ademais, a conformidade com o § 98 I (cfr. também § 111 e I), a investigação de outras pessoas segundo o § 81 c V, emprego de meios técnicos (§ 100c I) segundo o § 100 d I, estabelecimento com o fim de realizar uma detenção segundo o § 131 I, busca e captura segundo o § 131, c, I, medidas para assegurar a persecução ou a execução segundo o § 132 II, pesquisas policiais com registro de dados nos casos do § 163 d II, assim como procedimentos prolongados segundo o § 163, f, III. – Os funcionários auxiliares dispõe além disto – com independência do perigo em demora injustificada – das faculdades do § 100, b, III e § 111, f, I.

funções repressivas¹⁷. Já na Exposição de Motivos da Lei de Organização Judiciária ficou caracterizada a relação entre Ministério Público e polícia como “*inacabada e indeterminada enquanto a seus limites (...) pois não existe um vínculo organizativo entre ambas as Instituições*”¹⁸. Ultimamente foi qualificada tal relação de “*instável*”¹⁹, sendo que nesse sentido, manifestou-se, desde logo, a suspeita de que se deve conformar conscientemente com essa indeterminação, a fim de não submeter a “suposta” eficácia policial a maiores limitações. Assim, MITTERMAIER já expunha a opinião de “*que com uma escassa liberdade de movimentos e a posição da instituição policial, a discricionariedade para dispor convenientemente, segundo as necessidades do caso concreto, há de ser transpassada a uma boa eficiência da polícia, eficiência esta que não está garantida*”²⁰. Sobre isso, o direito vigente – e como já fazia, inclusive, o Ordenamento Processual do Império – resulta contraditório enquanto faculta à polícia – dentro dos limites do chamado primeiro momento de atuação²¹ ou, como dizemos hoje em dia, a primeira intervenção policial²² – “o poder de investigar feitos penais e a determinar todas as ordens que não permitam dilação...” (§ 163, I, primeiro inciso). Por outro lado, fica a polícia obrigada a dar cópia das “*autuações sem demora*” ao Ministério Público (§ 163 II, segundo inciso) e deve se submeter, de maneira geral, às ordens do Ministério Público (§ 161, I). Isso sempre foi tradicionalmente interpretado como um “mandato policial” outorgado pelo Ministério Público conforme o § 161, I, e, o ordenamento processual considera na generalidade dos casos, enquanto que a faculdade da primeira intervenção feita pela polícia, de conformidade com o § 163, I, trata-se somente de uma faculdade em caso de urgente necessidade, ou seja, é uma exceção²³. Ao contrário da dita relação de regra-exceção, isto é, da submissão estrita da polícia ao *parquet*, fala-se em uma autorização ilimitada de funções, em regra, em se tratando de uma primeira intervenção, ou, em outras palavras, poderá, “*investigar feitos penais e adotar todas as medidas que não admitam demora, para evitar que se atrapalhe ou se crie obstáculo à futura causa*”²⁴. Ademais, a última Lei de Reforma do Procedimento Penal Alemão (*Strafverfahrensänderungsgesetz*, StVÄG) de 2 de agosto de 2000, converteu a atribuição originária de funções contida nos §§ 161, I, e 163, I, em uma cláusula geral de investigação²⁵. Ressalte-se que essa atribuição deve se limitar unicamente à faculdade de adotar medidas de investigação que sejam menos intensivas no que diz respeito ao ataque a direitos fundamentais, com mais atenção ao caso das medidas coercitivas individuais (*Einzeleingriffsermächtigungen*)²⁶. O certo é que a polícia também está facultada – no limite desta primeira intervenção (“*com este fim*”) – de levar a cabo investigações de todo tipo” uma verdadeira faculdade de investigação procedimental penal²⁷. Essa faculdade adquire

17 Cfr. Görgen, nota supra, p. 112; Habel, nota supra, p. 47 e segs.

18 Cfr. Hahn, Die gesamten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz, 1º ed., 1879, p. 153.

19 Cfr. Rüping, nota supra, p. 916.

20 Mittermaier, *Gesammelte Schriften* 14 (1862), p. 41; cit. segundo RÜPING, nota supra, p. 897.

21 Assim era no direito prussiano, cfr. Görgen nota supra, p. 40 e segs.

22 Cfr. Pfeiffer, *Strafprozeßordnung*, 3. ed. 2000, § 163 núms. margs. 1 e 2.

23 Cfr. Peters, em nota supra, § 24 Ap. 3; Pfeiffer, tb. em nota supra, § 163 núm. marg. 10; cfr. da mesma maneira, Görgen, nota supra, págs. 69 e segs., que pretende limitar as atribuições da polícia às medidas impostergáveis.

24 Cfr. Karlsruher, *Kommentar-Wache*, 4. ed. 1999, § 163 núm. marg. 4; Rüping, nota supra, p. 65 e ss.; Habel, nota supra, p. 41 e segs.

25 Cfr. Hilger, *Zum Strafverfahrensänderungsgesetz 1999* (StVÄG 1999) – Parte 1, NStZ 2000, p. 561 (563 e segs.).

26 Exemplos em *ibidem*, 564; e, na mesma opinião Murmann/Grassmann, *Die strafprozessuale Zusatzfrage im Ersten Juristischen Staatsexamen*, Juristische Schulung (JuS) anexo ao fascículo 3/ 2001, p. 1 (6).

27 Cfr. Pfeiffer, nota supra, § 163 núm. marg. 2. Em posição crítica, P. A. Albrecht, *Vom Unheil der Reformbemühungen im Strafverfahren*, StV 2001, pág. 416 (419), que fala inclusive de uma “violação

maior significado caso seja considerada, dentro do contexto, uma discussão acerca de competência²⁸ da polícia para a adoção das chamadas investigações prévias, investigações em estado prévio ou investigações iniciais. Sobre isto voltar-se-á mais adiante. Finalmente, nesse contexto, deve também ser advertido que o fato de haver disposição legal determinando que deva se dar cópias das “*atuações sem demora*” (§ 163, II) – tendo por base uma sentença do Tribunal do Império (*Reichsgericht*) de 1883 – sempre houve a interpretação relativamente generosa no sentido de que a obrigação de entrega não se exige até que se tenha “*autuado*”, ou se tenha investigado algo²⁹. Assim, “*sem demora*” significa depois que já haja o assecuramento ou preservação impostergável dos elementos de investigação, das devidas atuações da investigação e de sua documentação escrita no sumário³⁰. Pois bem, nessa discussão não se deve perder de vista a dimensão histórica. No processo inquisitivo da primeira metade do século XIX era uma prática habitual que os funcionários de polícia monopolizassem completamente a fase de investigação e já entregassem diretamente a questão ao tribunal penal desde que o fato já estivesse totalmente investigado e pronto para seu ajuizamento definitivo³¹. Com a criação do Ministério Público e a introdução de um procedimento penal reformado, durante a segunda metade do século XIX, isso primeiro na Prússia, à polícia se contrapôs um órgão de controle jurisdicional³², se bem que não se alcançou um controle total da polícia pelo Ministério Público. Em 1845, o célebre v. SAVIGNY, então ministro prussiano de legislação, acordou com o novo Ministro de Justiça Uhden: “*o Ministério Público deve mostrar-se efetivo não somente no interesse do Estado, senão também em grau similar em favor do acusado, isto é, para sua defesa. Ele contribuirá essencialmente encontrar o apoio público para a nova implantação que se pretende, rebatendo a opinião de que só visa proporcionar ao Estado novos instrumentos, particularmente nos crimes políticos*”³³. Conseqüentemente, também a polícia haveria de se submeter ao controle do Ministério Público, como bem ressaltou, por exemplo, o voto de v. SAVIGNY de 17 de dezembro 1845: “*precisamente nas (...) operações de polícia onde subjaz o perigo de uma infração jurídica e a experiência mostra que não são poucas vezes que os agentes de polícia inferiores (...) incorrem em semelhantes infrações*”³⁴. Posteriormente, na “*Pro-memoria do Ministro de Estado e do Ministro de Justiça v. Savigny e Uhden acerca da implantação do Ministério Público*”, de 23 de março de 1846, este ficou incumbido de ser tal qual “*como guardião da lei (...) a intervir desde o começo para que em face de todos os aspectos da lei, esta resulte satisfeita*”, estendendo-se o controle jurídico do Ministério Público de maneira expressa “*às operações policiais precedentes (...) pois, de outro modo uma parte do procedimento essencial e às vezes, freqüentemente, até muito pré-julgadora, ficaria excluída de seu controle*”³⁵.

constitucional”. Cfr. Görgen, nota supra, págs. 68 e segs.; Habel, nota supra, p. 63 e segs.

28 (NT e do revisor pra esta publicação: no direito brasileiro, como visto se diz “*atribuição*”). Cfr. Pfeiffer, nota supra, § 163 núm. marg. 10; além disto, entre outros, AK-Achenbach, Tomo 2, Parte 1, 1992, § 163 núm. marg. 25. Cfr. Schönemann, *Polizei und Staatsanwaltschaft* – Parte 1, *Kriminalistik* 1999, p. 74 (76 e segs.).

29 Cfr. Görgen, nota supra, p. 48 e ss.; Habel, nota supra, p. 15 e ss., 24 e s.; e com detalhes, Collin, “*Wächter der Gesetze*” oder “*Organ der Staatsregierung*”? *Konzipierung, Einrichtung und Anteilung der Staatsanwaltschaft durch das preußische Justizministerium*, 2000, p. 62 e segs.; e, no mesmo sentido, Füllkrug, nota supra, p. 193 e segs.

30 Citação segundo Otto, *Die preussische Staatsanwaltschaft*, Berlin 1899, p. 35. Segundo Collin, supra nota, p. 77 e sendo que, a composição original provinha de Friedberg, colaborador de Uhden, enquanto que Savigny unicamente deu seu “*de acordo*” no posicionamento.

31 Citação segundo Otto, nota supra, p. 40 e segs.

32 Citação segundo Otto, nota supra, p. 40 e com de Collin, nota supra, p. 37.

33 Cfr. Collin, nota supra, p. 64 e segs.

34 Cfr. Habel, nota supra, p. 30; Collin, tb. nota supra, p. 78.

35 Cfr. § 4 do Regulamento de 1849, em Collin, nota supra, p. 205; também idem *ibidem*, p. 91 e segs.; Rüping, nota supra, p. 896; Roxin, *Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals uns heute*, DRiZ 1997, pág. 109(111).

Basicamente, o Ministério Público foi e deveria ser concebido como órgão de controle da polícia. Não se pode ignorar, entretanto, que, por outro lado, o Ministério Público sempre foi visto como órgão do Estado e representante de seus interesses³⁶, e desde então se manifestou uma certa crítica de que um controle por parte do Ministério Público acabaria por obstaculizar uma atividade policial efetiva³⁷.

Sugeriu-se, portanto, que, entre um procedimento de investigação jurídico- estatal e a eficiência policial, existe uma contradição insolúvel, o que é uma visão reconhecida até a atualidade. Finalmente, o regulamento prussiano de 3 de janeiro de 1849 submeteu a polícia a um (limitado) direito de investigação (“*direito de requisição*”) do Ministério Público, porém subordinou o Ministério Público ao Ministério de Justiça, deixando para a polícia a faculdade de investigar autonomamente³⁸. Ainda que com isto fracassasse a concepção originária de um dos colaboradores de Uhden, Friedberg, consistente em conceder ao Ministério Público o “*império material*” sobre a polícia no sentido de uma faculdade de controle e ordenação absolutos³⁹, na verdade, com a institucionalização do Ministério Público se alcançou, ao menos, um contrapeso à polícia. Um superficial exame na história confirma a tese já formulada no princípio: a luta do Ministério Público pelo controle da polícia é tão antiga como a sua própria Instituição. Ademais, a idéia de um controle jurisdicional externo das investigações policiais já foi implantada em quase todos os ordenamentos continentais europeus⁴⁰ – a exceção da Dinamarca –, enquanto que nos procedimentos penais anglo-americanos, como se conhece, as investigações (“*investigation*”) são levadas a cabo pela polícia de uma maneira praticamente autônoma, e só tem lugar um controle interno dentro da própria hierarquia policial⁴¹.

3. A REALIDADE DO PROCESSO

Na prática, tanto os que atuam na administração de justiça como os que se dedicam à ciência jurídica criticam em igual medida, o domínio policial na fase de investigação, deixando de cumprir o desiderato legal de um Ministério Público que seja o *dominis litis* e senhor do procedimento de investigação. Assim, observa com resignação a Procuradora-Chefe do Ministério Público Margarete Bräutigam que

Sobre a Lei de 1846, *cfr.* Collin, *op. cit.*, p. 83 e segs.

36 Collin, nota supra nº 32, p. 85 e segs., 205, 210; ademais, o direito de requisição do Ministério Público era interpretado como um mero direito de petição aos funcionários de polícia (*ibidem*, págs. 208 e segs.). Acerca dos posteriores esforços em vão para um controle da polícia: *ibidem*, p. 218 e segs. (221).

37 *Cfr.* Gleß, en: Gleß/Grote/Heine (Eds.), *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, Tomo 1, 2001, p. 660 e segs.; Ambos, en: Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.) nota supra nota, págs. 513 e segs.; também o mesmo é defendido por Eur.J.Crime CrLCrJ 8 (2000), p. 89 (105 f.); *Cfr.* Ambos, supra nota 6, p. 512 e segs.; também, no mesmo sentido Eur.J.Crime CrLCrJ 8 (2000), p. 89 (105 f.); Gleß, nota supra, p. 662.

38 Bräutigam, Probleme der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft, DriZ 1992, p. 214.

39 *Cfr.* fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen., nota supra, p. 90 e segs., 303 e seg.; também Paeffgen, nota supra, p. 14; Wick, também nota supra, p. 219.

40 *Cfr.* Fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen, Die Staatsanwaltschaft im Prozeßstrafrechtlicher Sozialkontrolle, 1978, p. 90 e segs., 303 e segs.; também Lilie, Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, ZStW 106 (1994), p. 625 (626). Wolter, Datenschutz und Strafprozeß, ZStW 107 (1995), p. 793 (813, 826), que lamenta que o modern direito processual penal de segurança, entre outras coisas, disimula a faculdade de direção material do Ministério Público. Para Roxin (*em nota supra*, p. 119), “hoje a opinião geral é que não é o Ministério Público o dono e senhor da fase prévia, e sim que as investigações, sob inobservância do § 163 II 1, se realizam basicamente pela polícia sob sua própria responsabilidade”. (de maneira similar, o mesmo é defendido em, Strafverfahrensrecht, 25. ed. 1998, § 10 núm. marg. 34). Schünemann, *tb.* *em nota supra*, pág. 146, adverte que a polícia passou de ajudante a “senhor” oculo do proceso penal; *cfr.* neste sentido Habel, nota supra, pp. 2, 41 e segs., 199.

41 *Cfr.* Gleß, nota supra, p. 661.

membros veteranos do Ministério Público ao ouvirem o termo “*faculdade de direção*” balancem a cabeça, negando, de forma a indicar que posição fática e realidade jurídicas são duas coisas totalmente distintas⁴². Segundo a opinião do Procurador-Chefe do Ministério de Munich MANFRED WICK, a polícia invadiu o terreno do Ministério Público precisamente no campo da luta preventiva contra a criminalidade, e domina partes da fase de investigação sem estar sujeita a controle algum⁴³. Nas investigações científicas se critica que, na realidade do processo, com respeito a vários e amplos âmbitos de criminalidade, o Ministério Público só aparece no esclarecimento dos procedimentos ou nos feitos judiciais. Quanto à coleta de elementos de investigação ou informação em fase de diligências prévias, acaba sendo um coadjuvante secundário ou “marginal”⁴⁴. A expressão “*policialização*” (*Verpolizeilichung*) da fase de investigação, o que inclusive se transmite a todo o processo penal – ocorre, por certo, também em outros ordenamentos jurídicos da Europa continental⁴⁵ – acaba por imperar, entendendo-se por tal, em geral, o crescente papel dominante que cada vez mais tem a polícia na investigação dos feitos. Concretamente, isto significa que, nos âmbitos de criminalidade menor e média, a polícia dirige as investigações de maneira praticamente autônoma⁴⁶, ou seja, averigua os feitos com independência e somente informa ao Ministério Público – “*sem demora*” – quando obtém um resultado da investigação que esteja pronto para ser apresentado ao mesmo. Pelo contrário, o Ministério Público exerce mais decididamente suas faculdades de direção na investigação de crimes capitais, como o homicídio, e na criminalidade econômica tradicional⁴⁷. Essa situação ocorre devido à conhecida dependência do Ministério Público acerca do resultado das investigações policiais⁴⁸ e a “*revalorização*” da criminalidade por parte da polícia⁴⁹. Sem querer cair em exagero, pode ser dito que o executivo tentou adaptar a situação normativa à situação real e efetiva através de certas recomendações ou mediante a promulgação de disposições de nível inferior à lei. Um exemplo das primeiras são as “*diretrizes sobre a nova configuração das relações entre a polícia e o Ministério Público*”⁵⁰, aprovadas em 1975 pela Conferência de Ministros de interior e da justiça, em cujo

42 Cfr. por ex. Paeffgen, “*Verpolizeilichung*” des Strafprozesses – Chimäre oder Gefahr?, en Wolter (ed.), Symposium für Rudolphi, 1995, p. 13 (14) com anteriores resenhas bibliográficas; cfr. ainda Schoreit, nota supra, p. 449; Schaefer, *Zur Entwicklung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft – Polizei*, Libro-homenagem a Hanack (1999), p. 191 (196); Schünemann, nota supra, p. 78; Albrecht, nota supra, p. 417 e segs.

43 Cfr. fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen, nota supra, p. 90 e segs., 303 e segs.; também Paeffgen, nota supra, p. 14; Wick, também nota supra, p. 219.

44 Cfr. com pensamentos diferenciados Blankenburg/Sessar/Steffen, nota supra, p. 161 e ss., 268 e ss., 304; também, entre outros, Bräutigam, nota supra, p. 215 e segs.; Hellmann, nota supra, § 3, núm. marg. 58; Roxin, nota supra, p. 120.

45 Blankenburg/Sessar/Steffen, nota supra, p. 81 e segs., 86, 307 e segs., 317, 322 e segs.

46 Fundamentalmente Steffen, *Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens*, 1976, p. 292 e segs.

47 Fundamentalmente Steffen, *Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens*, 1976, p. 292 e segs. e passim; o mesmo, *Die polizeiliche Ermittlungstätigkeit, Kriminalistik*, 1976, p. 97 e segs.; Kaiser, *Kriminologische Forschung in Deutschland und die empirischen Untersuchungen am Max-Planck-Institut, ZStW* 83 (1971), p. 1.093 (1.110 e segs.); também Kuhlmann, nota supra, p. 268, assim como também de forma bem desenvolvida e com referências Habel, em nota supra, p. 58 e segs. – Sobre freqüente precoce suposição policial de dolo de homicídio devido a uma orientação excessivamente parcial do resultado de acusação cfr. Sessar, *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*, 1981, p. 208 e segs. e passim; Eisenberg, *Kriminologie*, 5. ed., 2000, § 45 núm. marg. 15; cfr. também Kaiser, *Kriminologie*, 3. ed., 1996 § 37 números. marginais. 24 e segs.; Bock, *Kriminologie*, 2. ed., 2000, núms. marginais. 262 e segs.

48 Blankenburg/Sessar/Steffen, nota supra, p. 95 e ss.; criticamente Kuhlmann, nota supra, p. 266 e ss.; também Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Aufl. 1998 (edic. espanhol Cfr. Blankenburg/Sessar/Steffen, tb. nota supra de Daniel Pastor e Gabriela Cordoba, Buenos Aires 2000), § 10 núms.margs. 34 e segs.

49 Reprodução em Kuhlmann, nota supra, p. 266 em nota 7.

50 Cfr. Kuhlmann, *ibidem*.

número 7 d) se advoga, por exemplo, a favor de uma faculdade geral da polícia de se encarregar, de forma autônoma, do procedimento dentro de certo prazo – que pode ser prorrogável – por dez semanas, isso a partir da data e apresentação da *notitia criminis* ou do começo das investigações⁵¹. Com isso, se é certo que não se opta explicitamente por uma investigação policial, acaba-se por renunciar-se a um procedimento de investigação mais perfeito que esteja, conforme é o desejo da lei, plenamente nas mãos do Ministério Público⁵². Ainda mais importantes são, sem dúvida, as diretivas comuns do *Bund** e dos *Länder*** para o processo penal e o procedimento de imposição de multas (*Bußgeldverfahren*, RiStBV)⁵³. Ali se pode ler no núm. 3 ap. 1 “*que o Ministério Público (...) nos casos relevantes ou (...) difíceis (deverá) esclarecer, por si só, o ocorrido desde a primeira intervenção*”⁵⁴, do que se deduz, em raciocínio contrário, que isto não seria aplicável nos casos de criminalidade menor ou mesmo média, isto é, a criminalidade de massa, porquanto, nesses casos, o que se dá, até mesmo por disposição normativa, é que se deve atribuir à polícia maiores faculdades de investigação com autonomia. Mesmo que o Ministério Público, de acordo com o disposto no núm. 3 ap. 2 da RiStBV, tenha o dever de dirigir as investigações também nesses casos e, de forma especial, possa dispor de medidas concretas relativas a certa classe de atos específicos de investigação, bem como a sua execução, já que não se pode falar *stricto sensu* de um exercício da direção material quando o Ministério Público unicamente decide com base nos resultados de investigação, obtidos de forma autônoma pela polícia*. A divisão de atribuições descrita pra os casos das formas tradicionais de criminalidade se deve fundamentalmente ao motivo de que, em regra geral, é a polícia que primeiro toma conhecimento dos feitos penais – por meio de uma *notitia criminis*⁵⁵ ou através de outro meio – enquanto que o Ministério Público não está permanentemente à disposição para imediatamente perseguir qualquer fato suspeito⁵⁶. Nos casos em concreto e também juridicamente, se poderia sustentar, sem qualquer dificuldade, que a polícia também pudesse fazer uma “*primeira investigação*” do assunto, para depois, remeter as “*autuações*” ao Ministério Público, isso quando já possa mostrar um resultado das investigações que seja aproveitável processualmente de forma significativa⁵⁷, sobretudo tendo em conta que também, neste caso, o Ministério

51 Reprodução em *Kleinknecht/Meyer-Gofner*, StPO, 44. ed. 1999, p. 1.813 e segs.

52 Conclusão do autor.

* NT: nota do tradutor e revisor para esta publicação – Ente Federativo Maior (v.g. República Alemã).

** NT: nota do tradutor e revisor para esta publicação: Estados membros ou Regiões.

53 Cfr. de maneira similar Blankenburg/Sessar/Steffen, nota supra, p. 92

54 Sobre os (outros) motivos do domínio policial na criminalidade tradicional cfr. Habel, em nota supra, p. 62 e segs.; cf. também Lilie, nota supra, p. 627 e segs.; Roxin, também em nota supra, p. 119 e segs.

* NT: quando se refere à denúncia, na verdade temos é a chamada *notitia criminis*, na locução tradicional da doutrina brasileira, vez que a palavra denúncia tem significado distinto daquele empregado pelo autor no idioma espanhol e no direito brasileiro.

55 Cfr. entre outros Hellmann, nota supra, § 3 núm. marg. 62; AK-Achenbach, nota supra, § 163 núm. marg. 4.

56 Cfr. entre outros Weßlau, *Vorfelddermittlungen – Probleme der Legalisierung vorbeugender Verbrechensbekämpfung aus prozessualer Sicht*, 1989, p. 27; Schüler Springorum, *Kriminalpolitik für Menschen*, 1991, p. 248; Merten/Merten, *Vorbeugende Verbrechensbekämpfung*, ZRP 1991, p. 213 (217); Kniesel, *Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit – eine unendliche Geschichte*, ZRP 1992, p. 164 e segs.; Liskin, *Vorfelddergriffe im Bereich der Organisierten Kriminalität – gemeinsame Aufgabe von Verfassungsschutz und Polizei?*, ZRP 1994, p. 264 (265); Wolter, nota supra, p. 824; Hoppe, *Vorfelddermittlungen im Spannungsverhältnis von Rechtsstaat und der Bekämpfung organisierter Kriminalität*, 1999, p. 25 e segs.; Artzt, *Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfelddermittlungen*, 2000, p. 11 e segs.

57 Cfr. em: Kleinknecht/Meyer-Gofner, nota supra, p. 1914. A definição tem sua origem em uma definição de um grupo de trabalho dos ministros e senadores de justiça e dos ministros e senadores de interior dos Länder do ano de 1990 (cfr. Hoppe, nota supra, p. 172 e segs.; Kinzig, *Organisierte Kriminalität und ihre Einflussnahme auf Polizei, Wirtschaft und Justiz in Deutschland*, en: Militello/ Arnold/Paoli (eds.), *Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen*, 2000, p. 191 (196 e segs.); Gropp, en: Gropp/Huber (eds.), *Rechtliche*

Público conserva uma notável influência através de seus poderes e atribuições de dispor medidas próprias, especialmente aquela de concluir a investigação (§ 170). Partindo desse ponto de vista, é perfeitamente compreensível que a atual discussão jurídico-política e dogmática gire menos em torno da criminalidade tradicional e mais em torno da luta contra o chamado “crime organizado” através de investigações prévias à própria prática do delito (ou seja, preventivamente). Esse aspecto será abordado mais detidamente a seguir.

4. CRIMINALIDADE ORGANIZADA E LUTA PREVENTIVA CONTRA A DELINQUÊNCIA

4.1. FUNDAMENTOS

A prevenção de delitos ou investigações de crimes ainda não cometidos consiste em medidas policiais de inquirição e investigação que são levadas a cabo quando surge um suspeito inicial no sentido do § 152, II, do StPO, tendo como meta sondar um ambiente ainda nebuloso ou um meio social determinado onde se supõe que possa ocorrer a comissão (futura) de delitos. Aqui se trata inteiramente de elementos de investigação que se dirigem contra a chamada criminalidade organizada (CO) e está definida no número 2. 1. do Anexo E a – RiStBV – da seguinte forma: “Criminalidade organizada é a comissão de feitos penais planejada e determinada pela ambição de lucro ou poder, a qual, individualmente ou em seu conjunto, adquire notável relevância quando mais de dois participantes atuam sob divisão de trabalho durante um tempo prolongado ou indeterminado: a) empregando estruturas industriais ou semi-comerciais, b) empregando a força ou outros meios idôneos para a intimidação, ou c) exercendo influência sobre a política, os meios de comunicação, a administração pública, a justiça ou a economia”⁵⁸. Segundo a RiStBV, as manifestações da CO não só são multiformes, como podem ser detectadas em quase todos os âmbitos de criminalidade que se possa imaginar – desde o tráfico de drogas até o roubo domiciliar com a divisão do lucro obtido, passando pelo tráfico de pessoas⁵⁹. A consideração se um determinado fato pertence ao

Initiativen gegen organisierte Kriminalität, 2001, p. 65 (84)..

58 Segundo o Núm. 2.2 de Anexo E RiStBV, as formas de manifestação da criminalidade organizada são “múltiplas. Junto a formas de organização estruturadas, construídas hierarquicamente (com frequência respaldadas auxiliariamente através da solidariedade étnica, a língua, aos costumes, o entorno social ou familiar) se encontram – sobre a base de um sistema de conexões pessoais ou comerciais criminalmente úteis – concentrações dos autores dos crimes com distintos graus de vinculação no concurso de pessoas, cuja concreta configuração se determina através dos respectivos interesses criminosos”. O Número 2.3 menciona numerosos âmbitos de criminalidade, bem como os procedimentos penais em relação com o terrorismo, que estão expressamente excluídos no Número 2.1 (Kleinknecht/Meyer-Goßner, nota supra, p. 1.914).

59 O Núm. 2.4 Anexo E – RiStBV remete, neste sentido, aos seguintes “indicadores gerais para reconhecer e obter sucessos relevantes desde o ponto de vista da criminalidade organizada” (Kleinknecht/Meyer-Goßner, nota supra, p. 1.919 e segs.). Preparação e planificação do fato penal: planificação precisa; adaptação às exigências do mercado através do aproveitamento das lacunas do mercado, reconhecimento de necessidades ou similares; trabalho com responsabilidade; altos investimentos, por ex. através de financiamento antecipado proveniente de fontes desconhecidas. – Execução do fato penal: execução qualificada, precisa e profissional do fato; emprego de conhecimentos e meios econômicos proporcional mais dispendiosos, desconhecidos ou difíceis de se colocar em marcha; atuação de especialistas (também do estrangeiro); atuação mediante divisão de trabalho. – Aproveitamento do lucro obtido através do fato penal: forte orientação no sentido da obtenção de benefícios; refluxo ao curso econômico legal; transmissões no lote de atividades econômicas (legais) próprias; medidas que demonstrem lavagem de dinheiro. – Comportamentos conspiradores por parte do autor: contra - observação; isolamento; nomes falsos; codificação do idioma e de documentos e escrituras. – Contatos do autor circunstancial do fato: seja suprarregional; nacional; internacional. – Estrutura dos grupos: construção hierárquica; um comportamento não explicável a um simples exame da autoridade e dependência entre vários suspeitos; sistema interno de sanções. – Ajuda para membros do grupo: apoio na fuga; contratação de certos advogados e pagamento de honorários

conceito de criminalidade organizada é possível de ser obtida através de utilização de numerosos indicadores, mesmo que só poucos deles sejam precisos⁶⁰. No fundo, nesse conceito de CO estruturado aqui, a grosso modo, procura-se abarcar qualquer prática punível de tipo industrial ou semi-comercial desempenhada por mais de duas pessoas ou – segundo os cânones internacionais – por três pessoas⁶¹. Trata-se, portanto, de avaliação de maneira predominante – e aqui resulta clara a influência da “*illegal-enterprise Theorie*” dos Estados Unidos⁶² – de uma “*criminalidade de domínio econômico*”⁶³, o que é o mesmo que – expressado de forma mais “neutra” – criminalidade econômica organizada de forma coletiva. Pelo contrário, o exercício de influência sobre a política, os meios de comunicação, a administração pública, a justiça ou a economia só se exige como uma alternativa, pois a infiltração social acarretada, ainda que com influência eventual desde o setor policial⁶⁴, não se pode demonstrar empiricamente, ao menos no que diz respeito à República Federal Alemã⁶⁵. A política criminal nacional atua, na Alemanha, *nolens volens*, ou seja, sem solidez científica, o que não surpreende muito, quando se recorda que, na Alemanha, o conceito foi admitido em texto de uma obra (ou de uma exclusiva raiz), que foi ver sucesso editorial, porém bem carente de fundamentação científica, que é o *bestseller Der Mob*, do periodista bávaro DAGOBERT LINDLAU. Porém, se a suposta periculosidade da CO (criminalidade organizada) não existe de fato, ou não existe na magnitude que se propaga por parte da polícia⁶⁶, a estratégia prévia que se utiliza, em certa medida, não teria razão de ser. Com ela, deveria ser claro que a partir de um ponto de vista meramente lógico, só se pode falar em uma coisa – estratégias prévias – quando a outra – a CO que é o objeto de investigação – esteja definida exatamente ou, ao menos, de forma mais exata. Para evitar mal entendidos, não se trata aqui de levar a cabo uma gama de conceitos nem de questionar se existem (e se sempre existiram) formas organizadas de criminalidade. Nesse sentido, posso fazer remissão as minhas próprias investigações de campo realizadas na Colômbia,

através de terceiros (laranjas); levar e já ter em mãos procuração com poderes amplos de representação previamente mencionados para advogados; altas ofertas de fiança; ameaça e intimidação de partícipes no processo; inexistência de testemunhas; típico silêncio por claro temor por parte dos afetados; surgimento repentino de testemunhos de defesa; assessoramento na prisão preventiva ou na condenação; assistência a parentes; readmissão imediata após a soltura. – Corrupção: inclusão de um estilo de vida luxuoso do autor; aquisição de certas dependências (por exemplo, através do sexo, jogos de azar proibidos, créditos ou juros utilizando-se de usura); pagamento de subornos, empréstimo de casas de veraneio ou para férias, veículos de luxo, etc. – Afã de monopólio: “Aquisição” de empresas comerciais ou participações; direção de empresas comerciais por meio de “testas-de-ferro (laranjas); controle de determinados setores comerciais (cassinos, bordéis); “garantia de proteção” em troca de pagamento de despesas em procedimentos penais ou de imposição de multa. – Atividades públicas: publicações com uma orientação determinada ou caráter tendencioso; partocínios, como verdadeiro mecenas, de forma ostentosa, entre outros casos, de atividades desportivas; busca de contato com personagens da vida pública. De forma crítica, Wessel, *Organisierte Kriminalität und soziale Kontrolle*, 2001, p. 55 e segs, com outras referências bibliográficas.

60 Cfr. Art. 2 (a) *UM Convention against Transnational Organised Crime* de 2.11.2000, UM Doc. A/55/ 383 – Paoli, *Das organisierte Verbrechen in Italien und Deutschland*, en: Militello/Arnold/Paoli (eds.) nota supra, p. 58.

61 Arnold, *Kriminelle Vereinigung und organisierte Kriminalität in Deutschland und anderen europäischen Staaten*, in: Militello/Arnold/Paoli (eds.) nota supra, p. 95; bem como cf. GROPP, nota supra, p. 331 e segs.

62 Cfr. de maneira similar Albrecht, *Organisierte Kriminalität und neuere Strafprozessreformen in Deutschland*, in *Libro-homenagem a Nishihara* (1998), Tomo 5, p. 311 (318), para quem os elementos da definição de CO não permitem uma diferenciação entre CO e comércio econômico organizado; crítico também a este respeito Wessel, em nota supra, p. 54 com outras referências bibliográficas.

63 Ultimamente indicada em um congresso científico da Fundação Friedrich Ebert, cfr. FAZ de 22.5.01.

64 Cfr. Albrecht, nota p. 317. Se perigo potencial da CO efetivamente reside no “efeito demolidor para o sistema democrático” e seu reverso é a corrupção, então um conceito fundamentado teoricamente seria muito difícil de ser elaborado em base empírica e resultaria, de qualquer modo, impossível; e, de qualquer forma, os quadros informativos até agora existentes não são exatos e adequados. Cfr. também KINZIG, em nota supra, pp. 197, 205, 217.

65 Cfr. de forma instrutiva e crítica Schüler Springorum, nota supra, p. 237 e ss.

66 Dúvidas são levantadas, dentre outros em Kinzig, nota supra, p. 192.

Peru e Bolívia⁶⁷. A definição oficial de CO como criminalidade econômica organizada de forma coletiva deve ser analisada de forma crítica, pois proporciona um conceito de CO tão carente de contornos que já não é capaz de cumprir sua função de legitimar um direito penal especial de segurança⁶⁸. Não falta muito, portanto, para se chegar à afirmação de que, “por princípio”, as chamadas “estratégias policiais em estado prévio” são necessárias porque uma pseudosubmissão às futuras possibilidades processual-penais impediria “uma eficiente luta contra a criminalidade”⁶⁹. Nesse caso, tal conclusão se fundamenta na “policialização” da luta contra a CO por meio, não só da necessidade, como, também, de uma suposta efetividade da luta preventiva contra o delito. Isso pode ser demonstrado empiricamente de forma mínima como também a própria CO (criminalidade organizada). *A vexata quaestio*, quanto à discussão, mostra, pelo menos que uma ciência do direito penal moderna e sobretudo, também, uma moderna política criminal não podem sobreviver sem uma investigação criminológica de seus fundamentos⁷⁰.

4.2. LUTA PREVENTIVA CONTRA O DELITO E ESTADO DE DIREITO

Admitida a existência da CO (criminalidade organizada) – apesar de haver um justificado ceticismo na base científica – coloca-se naturalmente, a questão de como pode alguém se fazer dono de semelhante fenômeno de criminalidade sem estratégias pró-ativas. Não se pode colocar em dúvida que, como consta no Anexo E da RiStBV sob o rótulo de “investigações iniciais”, a CO se manifesta raramente por si só, pois, neste âmbito, quase não se interpõem notícias-crime. Isto se deve, especialmente, ao fato de que, no caso da CO, trata-se de uma forma de criminalidade que não gera “verdadeiras” vítimas, de maneira que, por isso, só há que se prescindir – contrariamente ao que sucede na criminalidade clássica – de pessoas diretamente afetadas que sejam testemunhas presenciais. No caso em que haja vítimas e/ou testemunhos imediatos, esses normalmente não se mostram muito dispostos a cooperar por medo a represálias. Tampouco se pode ignorar que as formas de criminalidade que, na sua maior parte, operam de forma anônima e neutra são difíceis de serem identificadas e de serem delimitadas espacial e pessoalmente. Por isso, ao se investigar ou esclarecer a persecução eficaz da CO se pressupõe, como se indica no Anexo E da RiStBV, que o Ministério Público e a polícia, no limite de suas atribuições legais, recolham por si mesmos as informações ou reúnam as que já possuam a fim de conseguirem algum enfoque para novas investigações, ou seja, que realizem as chamadas investigações iniciais. No que tange à suspeita inicial, essa teria lugar quando, segundo a experiência criminalística, existisse uma possibilidade, ainda que pequena, de que se tenha cometido um fato penal que possa ser objeto de persecução. Inclusive quando houver a existência de uma suspeita inicial, mas essa seja pouco clara, os órgãos de persecução penal poderiam buscar enfoques para novas investigações com a finalidade de seu melhor esclarecimento. Pela especial periculosidade da CO, na suposição de existência de “pontos de partida” em relação a feitos penais devem-se esgotar, em regra geral, as possibilidades de esclarecimento.

67 Cfr. Ambos, *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien*, 1993, p. 38 e segs., 56 e segs., 88 e segs., 115 e segs. Acerca da história de Pablo Escobar, cfr. entre outros Bowden, *Killing Pablo*, 2001.

68 Cfr. de nuevo Wessel, nota supra, p. 71 e segs., 217 e segs. e ainda; cfr. também Albrecht, nota supra, p. 317, segundo o qual, hoje não se pode deixar de mencionar que existe um certo desvalor, quando não uma crise nos intentos de descrever a CO (criminalidade organizada) de forma compreensível.

69 Kniesel, nota supra, p. 164.

70 Cfr. novamente Albrecht, nota supra, p. 338, que denuncia a falta de investigação empírica, especialmente de avaliação, e reclama apoios.

Não se trata, nessas investigações iniciais, ou seja, nessa luta preventiva contra a delinqüência, de persecução reativa em face de uma suspeita inicial no sentido do § 152, II, mas de obtenção ativa de verdadeira suspeita, mediante conjugação de diferentes atos de investigação⁷¹. Aqui, como restou provado em recente estudo de MATTHIAS ARTZT⁷², “fazem um jogo de papéis”: de um lado, com meras suposições criminalísticas; essas já seriam consideradas como primeira fonte para o início do caminho para a configuração de uma suspeita, sem qualquer embasamento na existência de verdadeiros pontos de partida fáticos, no máximo teriam a ver com a confusão entre idéia e realidade⁷³ e, por outro lado, haveria uma suspeita geral ou uma pré-suspeita de que, na verdade, seria como um estado prévio imediato à desejada verdadeira suspeita inicial, e, assim, estaria caracterizada, por se tratar de uma situação incerta de suspeita, mais um indício generalizado⁷⁴. O quadro resultante é claro: a luta preventiva contra a criminalidade se apartou em muito do nebuloso quadro procedimental-penal daquela necessária “suspeita inicial”. De fato, o que se faz é um procedimento de diligências policiais prévias, cuja finalidade principal consiste em “buscar demonstrar” uma suspeita concreta através de suposições criminalísticas de modo totalmente subjetivas⁷⁵. O procedimento de diligências prévias comum, ou seja, aquele previsto no ordenamento processual penal⁷⁶, converte-se em “burla” normativa. As necessidades corretas, a partir de considerações perante um verdadeiro Estado de direito, defronte a uma fase policial de obtenção de suspeitas prévias até chegar à suspeita inicial procedimental-penal* são óbvias: a revelação policial da criminalidade demonstrada por estudos criminológicos⁷⁷ adquire uma nova qualidade, pois a polícia obtém, de forma verdadeiramente ativa e por ela mesma os pontos básicos da investigação de forma completamente autônoma e, em ocasiões, até faz originar uma delinqüência** – através da provocação ao fato⁷⁸ – quando não, inclusive acaba por “produzir” o fato dito delituoso. A atuação policial com estratégias de investigação “em estado prévio” é, por isso, tão pouco transparente como os próprios critérios que dão motivo para se investigar determinados círculos

71 Cf. Steinmetz, *Zur Kumulierung strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen*, NSTz 2001, 344 com comentário de BGH NSTz 2001, 386.

72 Artzt, nota supra, p. 108 e segs.

73 *Idem*, p. 122.

74 *Idem*, *ibidem*, p. 132.

75 Cfr. bem como *ibidem*, p. 163; cfr. também Núm. 6. 4. primer guión, Anexo E RiStBV: Objetivo das primeiras investigações ou esclarecimento da suspeita inicial da situação de perigo.

76 Cfr. entre outros Füllkrug, nota supra, p. 194.

*NT (do tradutor e revisor para esta publicação): se diz no Brasil: se passar da mera suspeita para a possibilidade, autorizando o inquérito, para, só depois, havendo uma *probabilidade*, se autorizar o início da ação penal.

77 Cfr. texto de nota supra, p. 194.

** NT (do tradutor e revisor para esta publicação) : entre nós tal seria denominado como crime impossível na forma do art. 17 do CP e da Súmula 145 do STF – o chamado flagrante preparado ou provocado.

78 Cfr. fundamentalmente Eschelbach, *Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten*, StV 2000, p. 390 (391) com exemplos de repertório acerca da provocação do fato: forma insistente de influir sobre pessoas especialmente selecionadas, seleção mediante exibição de grandes somas de dinheiro, aproveitamento de situações de necessidade, preparação precisa e direção intensiva da comissão responsável por feitos penais, obtenção de meios para a consumação do fato, assim como a disposição de múltiplas suposições de fato. Criticando como Körner, *Tatprovokation und BTM-Sachen*, 17º Grupo de Trabalho do Comitê Central da Luta contra a Criminalidade relacionada com as Drogas (ZfB), manuscrito ainda não publicado, Frankfurt 1.2.2001. De um caso concreto nos dá notícia von Danwitz, *Anmerkungen zu einem Irrweg in der Bekämpfung der Drogenkriminalität*, StV 1995, p. 431. A Corte Suprema (BGH NJW 2000, p. 1.123 e segs.) se mantém – em que pesem as críticas da doutrina – na adoção de uma “solução de mediação da pena” e rechaça outras soluções propostas pela doutrina (como o impedimento processual, a proibição de obtenção e utilização de tais elementos viciados e a valoração como meio de prova; referências in *ibidem*, p. 1.124).

ou grupos de “possíveis” autores de crimes. Já se fala até de uma “volta a um processo inquisitivo feito por uma autoridade secreta sem qualquer forma judicial”⁷⁹. Porém, a questão tem relevância não só a partir de considerações sobre o prisma de um necessário Estado de direito, mas também por razões de efetividade policial na luta contra a criminalidade organizada. Pode-se partir do pressuposto de que os recursos policiais nunca serão suficientes para poder investigar e combater todas as manifestações de criminalidade organizada.

Precisamente por razões de efetividade tudo depende, essencialmente, da correta eleição dos objetivos e objetos da investigação. Finalmente, não se pode deixar de lado a conclusão de que a existência fática de diligências prévias de investigação policial obrigatoriamente leva a uma transformação da essência do procedimento de investigação para um verdadeiro processo de investigação “que está moldado pelo pensamento policial e que com ele, conforme a experiência demonstra, perde enquanto morfologia ou mesmo utilidade judicial e transparência”⁸⁰. Enquanto que a polícia, no limite das investigações em estado prévio, trabalha orientada para obter “uma suspeita inicial”, o Ministério Público examina dita suspeita inicial analisando sua solidez para uma correta ulterior acusação e – em última instância – visando a obter a condenação do acusado ou acusados. À luz da crescente importância do procedimento de investigação como núcleo fático e ponto culminante para o início do processo⁸¹, haverá que constatar ainda, que as diligências prévias de investigação modificam a essência do processo penal em seu conjunto. Estas observações e objeções realizadas a partir de considerações do Estado de direito, só podem ser equilibradas mediante o real estabelecimento de um contra – poder jurídico. Em um procedimento acusatório de investigação ao estilo alemão, este contra-poder só pode ser o Ministério Público. A discussão acerca da organização e coordenação correta da luta preventiva contra a delinquência – como proteção de utilização perigosa da ação policial-preventiva ou mesmo na persecução penal repressiva⁸² – tem aqui um lugar secundário; a decisão depende, também, em muitos aspectos, não tanto das melhores razões jurídicas, mas muito da origem e dos interesses particulares de quem deve tomar as decisões ou posturas⁸³. Na prática, trata-

79 Köhler, StV (Revista Alemã) 1994, 386 (388); conforme P. A. Albrecht, em nota supra, p. 418. Wick, nota supra, p. 220.

80 Cfr. também Wick, nota supra, p. 220

81 Wolter, *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*, 1991, p. 35, 53 e segs.

82 Cfr. a reprovação do atual estado de discussão em Hoppe, nota supra, págs. 95 e ss. A favor de uma valoração em função do objetivo da medida, cf. Görger, em nota supra, págs. 164 e ss.; Habel, também em nota supra, pág. 40. Cfr. também Kunzmann, em nota supra, págs. 32 e ss., 91 e ss., para quem nos resultados acaba por optar (177) por uma ponderação de interesses. Desde uma perspectiva comparada Grote, em: Gleiß/Grote/Heine (Eds.), nota supra (tomo 2), págs. 563 e ss. – Segundo o Núm. 6. 4. Anexo E RiStBV nas investigações iniciais existem com frequência elementos que podem ser úteis para a persecução penal e para a defesa defronte a perigos em situações complexas, ou ainda se entrelaçam uns e outros no transcurso de um processo de reconhecimento ou de concretização de uma situação investigatória. – Sobre a primeira aparição na jurisdição constitucional de uma medida de luta preventiva contra a delinquência - o teste de identidade do DNA segundo o § 2 da Lei sobre tal teste de Identidade do DNA (*DNA-Identitätsfeststellungsgesetz*) em conjunto com o § 81 g StPO – na persecução penal cfr. SENGE NSTZ 2001, pág. 331 (*Comentário à Sentença do Tribunal Constitucional alemão BVerfG NSTZ 2001*, pág. 328).

83 Assim, cf. Hoppe, nota supra, págs. 95 e segs., assume em seu trabalho, realizado com assessoria do jurista de direito público von Münch, que, enquanto a prevenção de feitos penais sob a norma jurídico-policial de aquisição de tarefas, as investigações no estado prévio destinadas à prevenção para a investigação de futuros feitos penais seriam, em regra, não permitidas; como resultado final, mas, ao contrário, seriam enquadráveis, enquanto medidas para mera eliminação de um perigo abstrato (*sic*), dentro da defesa policial frente a perigos sociais (p. 169 e segs.). Artzt (nota supra, p. 91 e segs.), por sua parte, diferencia, de forma mais convincente que Hoppe entre um ponto de vista jurídico-policial e um ponto de vista processual. Precisamente sua concepção coloca de forma manifesta que

se de algo totalmente distinto, de uma questão de poder, a saber: se o Ministério Público, enquanto ao tema central de seus poderes, pode ir além da mera acusação técnica na luta preventiva contra a delinquência, supervisionando pessoalmente os atos de polícia. Como é natural, isso pressupõe que a luta preventiva contra a delinquência se aloque na persecução penal, já que, no caso de proteção “frente a um mero perigo”, como assinala explicitamente o núm. 6 do Anexo E RiStBV, não foi atribuído tal atuar como faculdade/poder de direção ao Ministério Público. A coordenação dentro da persecução penal se fundamenta no sentido de que a luta preventiva contra a criminalidade quanto à obtenção de suspeitas noticiadas sempre constitui também uma previsão uma *conditio* para a posterior persecução penal, ou seja, justificaria sempre uma intervenção repressivo-policia⁸⁴. Isto se confirma, também, através da Lei de Reforma do Processo Penal Alemão de 1999 (*Strafverfahrensänderungsgesetz*, StVÄG), que reconhece como fim – um componente que associa o registro e a conservação preventiva de dados à persecução penal (§§ 483 e segs.)⁸⁵ –, um âmbito de regulamentação, que até agora estava reservado somente ao direito policial. Evidentemente, não se deve deixar de lado que a fundamentação jurídica realizada não trouxe êxito maior, ao menos enquanto não se reduza o desequilíbrio de recursos que existe entre Ministério Público e polícia. As razões para o reforço do maior peso investigatório da polícia, defendidas manifestamente sobretudo por LILIE, por entender que a polícia possui os melhores recursos pessoais e técnicos, assim como profissionalização técnico-criminalística⁸⁶, acentuam-se ainda mais dentro do âmbito da luta preventiva contra a delinquência porque a polícia é quem possui a soberania nas decisões e sobre os dados obtidos. Soberania na decisão a polícia possui, na medida em que pode decidir quando, onde, e contra quem, irão atuar nas chamadas “*investigações estruturais*”⁸⁷ (“*hoje se ataca o bairro de prostitutas, amanhã, o dos albaneses*”). A soberania sobre os dados que estejam em poder da polícia se baseia em que, com o chamado sistema “Inpol” (Sistema de Informação da Polícia), só ela disporia de um banco central de dados para fins investigatórios e o Ministério Público não teria nenhum acesso direto a esse sistema. Também, a crescente internacionalização fortalece a supremacia da polícia, pois essa se manifesta única e preferencialmente, sobretudo ao nível europeu, como fenômeno de policialização carente de instâncias de controle jurídico⁸⁸. Assim, a Polícia Européia (Europol), não só no que diz respeito à proteção jurídica de dados, como também, como regra geral, não está sujeita a nenhum tipo de controle jurídico, pois um Ministério Público europeu, como idealizado e necessário, até essa data, só existe no papel⁸⁹.

a seleção exclusiva de medidas de direito policial ou de direito procedimental-processual depende do ponto de partida e da origem de quem opina: desde o âmbito do direito policial tende-se a submeter a luta preventiva contra a criminalidade com caráter geral ao direito policial, enquanto que os processualistas penais querem submetê-la, em regra geral, necessariamente à faculdade/poder de direção material que ostenta o Ministério Público, no direito processual penal.

84 Cfr. Hund, *Polizeiliches Effektivitätsdenken* contra Rechtsstaat, ZRP 1991, p. 463 (465); Artzt, nota supra, p. 95 e segs.; Wolter, nota supra, p. 829; no resultado final, bem como Merten/Merten, nota supra, p. 220; deixa a discussão em aberto Kniesel, nota supra, p. 165.

85 Hilger, *Zum Strafverfahrensrechtsänderungsgesetz 1999* (StVÄG 1999) – 2. Parte, NSTZ 2001, p. 15 (17).

86 Cfr. Lilie, em nota supra, p. 627 e segs.; bem como Kühne, também em nota supra, número marginal 135; Hellmann, nota supra, § 3 número marginal 4; Roxin, nota supra, p.119.

87 Cfr. sobre este conceito, entre outros, Lissen, nota supra, p. 264; Artzt, nota supra, p. 2; Weßlau, *Waffengleichheit mit dem, Organisierten Verbrechen*?, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV) 1997, p. 238 (241).

88 Cfr. Lilie, nota supra, p. 631 e segs.; Schaefer, nota, p. 196 e segs.

89 Cfr. Nelles, *Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozessrecht für Europa?*, ZStW 109 (1997), p. 727 (730).

5. REFORMAS?

Até agora, as reformas, no que diz respeito à relação entre Ministério Público e polícia, têm tido por meta o descontentamento com “a policialização” de forma superficial no procedimento de investigação e especialmente levando em conta as supostas exigências de uma luta mais eficaz contra a criminalidade organizada na forma de recomendações ministeriais e disposições de nível inferior à lei (regulamentares)⁹⁰. Assim, a princípio, incrementou-se uma tendência ao “policialismo” no sentido de investigações autônomas de polícia no Estágio anterior ao processo penal. Com a adaptação do instrumentário processual-penal às necessidades jurídico-policiais mediante a criação de autorizações legais para adotar medidas especiais de investigação destinadas a combater a criminalidade organizada⁹¹, fortalece-se, a posição jurídica do Ministério Público e dos tribunais frente à polícia, pois ditas medidas de investigação – devido à importância e lugar que ocupam no ordenamento processual – integram-se dentro da persecução penal e ficam subordinadas ao controle jurídico do Ministério Público*. Também, a recente interpretação restritiva feita pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) do conceito de “perigo na demora”⁹², que desenvolverá seus efeitos para além dos registros domiciliários conforme o art. 13, II, da Constituição Alemã (*Grundgesetz*, GG) e § 105, I, 1⁹³, move-se nesta direção. Contudo – além do já mencionado desequilíbrio de recursos – não se deve desconsiderar que o Ministério Público só pode entrar em ação quando (e se chegam) a seu conhecimento as investigações policiais. No âmbito da luta preventiva contra a delinquência, isso somente ocorre na prática, quando a polícia requer ao Ministério Público o implemento de uma medida coercitiva* que não possa decretar por si mesma – ou seja: o que a polícia não pode fazer por si só nem em caso de perigo de demora⁹⁴. Um exemplo de importância prática é o decreto das escutas telefônicas⁹⁵ conforme o § 100 a. A este respeito remetemos o leitor ao estudo de investigações realizado atualmente por Kinzig no Instituto Max Planck⁹⁶. De outro lado, as propostas de reforma que pretendiam melhorar estas anomalias

90 Crítico com a Europol Schaefer, nota supra, p. 197 e segs.; P.A. Albrecht, *Europäische Informalisierung des Strafrechts*, StV 2001, p. 69 e segs.; fundamentadamente entre outros Gleß/Grote/Heine (Eds.), nota supra. Sobre o estabelecimento de um “European Public Prosecutor” cfr. Arts. 18 e segs. *Corpus Iuris*, en: Delmas-Marty/Vervaele (Eds.), *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Vol. I, 2000, p. 196 e segs.; crítico com o *Corpus Iuris* – podendo se consultar por muitos outros – Weigend, *Spricht Europa mit zwei Zungen?*, StV 2001, p. 63 (65 e segs.) – Sobre “Eurojust” neste contexto Hamm, *Der Einsatz heimlicher Ermittlungsmethoden und der Anspruch auf ein faires Verfahren*, StV 2001, p. 81 (84 e segs.).

91 Cfr. texto nota 53.

* NT do revisor e tradutor para este trabalho: na Alemanha, o promotor tem o poder de decretar cautelares independentemente do juiz.

92 Cfr. Gropp, en: Militello/Arnold/Paoli, nota, p. 334 e segs.

93 BVerfG EuGRZ 2001, 156, Leitsatz 1 b) o ‘perigo na demora’ deve estar fundamentado em feitos referidos ao caso concreto. Meras especulações, estimativas hipotéticas ou presunções independentes do caso ou baseadas unicamente na experiência criminalística cotidiana não são suficientes’. A ordenação por parte judicial há de ser a regra, não a exceção.

94 Ver Amelung, *Die Entscheidung des BVerfG zur “Gefahr im Verzug”* i.S. des Art. 13 II GG, NStZ 2001, 337 (342 f.) estendendo esta decisão a medidas coercitivas da mesma natureza, por ex., a interceptação telefônica segundo §§ 100 b I, 100 d I.

95 Segundo uma primeira impressão desta investigação, ainda não foi confirmada a validade, em questões de criminalidade organizada, se o processo de investigação começa freqüentemente com a solicitação de uma medida especial de investigação, como, por ex., a interceptação telefônica segundo o § 100 a.

96 Cfr. em nota supra, assim como – já adentrando-se no “sistema badense” (NY Baden-região alemã) – Habel, nota supra, p. 80 e segs., 164 e segs., 192 e segs.; sobre a província prusiana do Rin cfr. Collin, v.g. nota nota, p. 205 e segs.

mediante a criação de uma unidade policial própria para o Ministério Público, tendo como base o modelo francês ou badense⁹⁷, fracassaram sistematicamente na Alemanha, seja por culpa da polícia, seja perante os ministérios do interior⁹⁸. Assim, anteriores defensores desta solução, como por exemplo ROXIN⁹⁹, atualmente se resignam a sustentar que ela é inviável¹⁰⁰. Tampouco a análise fundamental de HABEL em 1982¹⁰¹ acerca das propostas distintas de reformas relativas à relação entre a polícia e Ministério Público teve muita transcendência. Os critérios jurídico-políticos para uma reforma desenvolvidos por este autor merecem, sem embargo, ser levados em conta, pois tentou conjugar, por igual, interesses policiais e Ministério Público, ou seja: as perspectivas de eficácia com as do Estado de direito¹⁰². Sobre tal base, pode se formular, para a atual discussão acerca da reforma, as três diretrizes seguintes: a unidade corporativa da polícia deve se manter tanto no aspecto organizativo como no funcional, como uma polícia judicial com independência jurídico-organizativa e com competências somente repressivas, não sendo recomendável, assim, que a ela se associem perdas de eficiência e conflitos e, ademais, na prática, não se pode separar estritamente as atividades policiais preventivas daquelas repressivas (uma dupla funcionalidade). Ou seja, em todo caso, entraria em consideração uma absorção temporal limitada de determinados funcionários da polícia ao Ministério Público (no sentido do “sistema badense”)¹⁰³ e, neste caso, o *parquet* ficaria dotado de poder disciplinar sobre estes funcionários¹⁰⁴. A autoridade acusatória deve participar de forma mais ampla e o mais brevemente possível das investigações para poder exercer sua função de controle sobre a polícia. Portanto, também, e, sobretudo no âmbito da luta preventiva contra a delinquência, deve ser informada sem demora das medidas de investigação em andamento, ou mesmo com anterioridade, da fixação de pontos prioritários de investigação no chamado estado prévio, e não tão-somente ser lembrada quando a polícia pretenda requerer medidas de cautela ou medidas coercitivas. Especialmente, deve o Ministério Público vir a ter acesso ilimitado a todo o efetivo dos dados policiais¹⁰⁵. Tal inicial participação não só é correta num Estado de direito, como também é exigível por razões de eficácia, pois incrementa a qualidade (jurídica) dos resultados da investigação e, a seu próprio interesse, da acusação, com vistas às maiores probabilidades de condenação¹⁰⁶. O desequilíbrio de recursos entre a polícia e o Ministério Público deve ser eliminado, ou, ao menos, reduzido, mediante uma melhor destinação técnica e pessoal, assim como um reforço

97 Cfr. histórico-juridicamente Collin, nota supra, p. 205 e segs.

98 Roxin, nota supra, p. 121; o mesmo, na nota supra 51, § 10, número. marginal. 35, ambos com ulteriores referências bibliográficas; crítico também a respeito Rüping, em nota supra, p. 908.

99 Habel, nota supra, p. 71 e segs., 102 e segs.

100 *Idem*, p. 184 e segs.

101 *Ibidem*, p. 192 e segs.

102 Cfr. Görge, nota supra, p. 168. (NT para esta publicação: Sistema do Estado ou Região de Baden na Alemanha).

103 Cfr. também como Lillie, nota supra, p. 642; Roxin, nota supra, p. 121; Schaefer, nota supra, p. 196 e segs.

104 Habel, nota supra, p. 165 e segs., demonstra que no começo do séc. XX no “sistema badense” a taxa de declarações de inocência em relação às acusações era bastante inferior ao caso, por exemplo, da Prússia, onde o Ministério Público exercia um controle menor sobre a polícia dentro do procedimento de investigação. Isto se corresponde com o panorama criminológico que dá notícia Kinzig, em nota supra, p. 211, acerca de que o Ministério Público na consideração de determinadas suposições de feitos como pertencentes ou não à criminalidade organizada é, ou assim parece, mais cauteloso que a Chefatura de Polícia de Baden-Württemberg.

105 Cfr. como também em Roxin, supra, p. 121

106 Cfr. Südkurier, 16.3.01. Segundo o mesmo, o Ministério Público adquire 20 novas delegações. O Ministro de Interior Schäuble assinalou o fato de que no transcurso do ano de 2000 o número dos funcionários da polícia aumentou de 60 a 400, e o de departamentos especiais de 15 a 27.

ou melhoria na especialização do Ministério Público¹⁰⁷. É evidente que isso, como se comprovou muito cedo em Baden-Württemberg, não será conseguido mediante uma ampliação de pessoal no âmbito do Ministério Público, ou mesmo no âmbito da luta contra a criminalidade organizada unida a uma multiplicação do pessoal policial. Naturalmente, na discussão acerca de ditas propostas de reforma não devem ser deixados de lado os limites estruturais policiais ou gerais da luta contra a criminalidade organizada. Precisamente quando se parte, aderindo-se à política criminal oficial, de um conceito de criminalidade configurado de maneira predominantemente econômica, deve-se tolerar a reprovação de que, com um mero endurecimento do direito penal e com o equipamento (técnico) dos órgãos de persecução penal, não se logra uma aproximação às causas desta criminalidade. Com efeito, deste modo a criminalidade organizada e a polícia logram unicamente – propriamente no sentido da oficialmente, propagada “igualdade de armas”¹⁰⁸ – gerar reciprocamente um escalamento. Isto não é tão só uma verdade evidente, mas que, também, já foi reconhecida na Alemanha pela própria polícia¹⁰⁹. O desenvolvimento de uma política criminal não só repressiva, ou seja, de uma política criminal dirigida para o bem estar e segurança de seres humano, que ao mesmo tempo garanta uma maior efetividade, e corresponda assim às necessidades legítimas de segurança por parte da população, seria um outro tema que não daria tempo de ser desenvolvido neste artigo.

6. CONCLUSÃO

A regulamentação normativa do procedimento de investigação processual alemão se encontra em contradição com a realidade jurídica. O Ministério Público é unicamente o dono e senhor do procedimento de investigação, ou seja, possui a faculdade exclusiva de direção material nos casos da tradicional delinquência grave, como nos delitos capitais e delinquência econômica. Nos demais casos, ou seja, em se tratando de criminalidade menor e média e, especialmente, no âmbito da luta preventiva contra a delinquência para combater a criminalidade organizada, o verdadeiro dono e senhor passou a ser a polícia. A faculdade de direção material do Ministério Público se limita à decretação de determinadas medidas coercitivas ou à decisão acerca da conclusão da investigação. Ao lado de que isto resulta em um erro tal se dá na prática quando se trata de criminalidade inferior ou média. No âmbito da luta preventiva contra a delinquência, praticamente se desenvolve um aparato policial autônomo que leva a cabo intervenções ou medidas independentes, as quais, potencialmente, poderiam afetar os direitos individuais de qualquer cidadão, de tal maneira que se faz hoje indispensável um controle jurídico-estatal mais eficiente. Um controle deste tipo em um processo acusatório que implica também em investigação ao estilo alemão somente pode ser exercido através do Ministério Público. Isto faz com que seja necessário que a Instituição seja reforçada frente à polícia; um reforço não só normativo, mas fundamentalmente fático.

**Publicado originalmente na Revista nº 27 jan./mar. 2008, p. 119.*

107 Cfr. Weßlau, nota supra nota, p. 238 e segs.

108 Cfr. entre outros Liskén, nota supra, p. 270.

109 Schüler Springorum, nota supra 24.

A CONCEPÇÃO CÊNICA DA SALA DE AUDIÊNCIA E O PROBLEMA DOS PARADOXOS

LENIO LUIZ STRECK*

Pequeno prólogo

Antes de tudo, quero fazer minhas as palavras do magistrado André Luiz Nicolitt, nos autos do Processo n. 2003.005.000056-7, ao negar validade aos dispositivos legais que estabelecem a prerrogativa de os membros do Ministério Público ocuparem assento do lado direito dos juízes e tribunais:

“Antes de analisar a questão, não custa destacar que o posicionamento ora adotado não se traduz em uma investida contra a Instituição, tampouco contra o ocupante do cargo de Promotor de Justiça. Tanto a Instituição quanto seu presentante nesta Comarca são dignos do mais alto apreço e admiração deste magistrado, a instituição pela relevância constitucional, e o promotor por ser, sem dúvida, um dos mais valiosos profissionais do Direito com quem este magistrado já trabalhou.”

Na mesma linha, vão as presentes reflexões. Com o mesmo intuito. Por amor ao debate. E um convite ao diálogo.

1. O estado da arte da discussão: a solução dos paradoxos e os paradoxos da solução

Os paradoxos não têm solução, a não ser que se construa um modo artificial de sua superação. Ou seja, paradoxo é algo sobre o qual não se pode decidir. Para explicar melhor, tomo como exemplo o famoso “paradoxo do mentiroso” (*The Liar’s Paradox*), pelo qual um cretense, ao afirmar que todos os cretenses eram mentirosos, criou um problema: ele também era cretense e, conseqüentemente, estaria incluído no conjunto dos epitetados como mentirosos; logo, se era mentiroso, acabara de dizer uma mentira. E o contrário da mentira é a verdade, mas se era verdade, não poderia ser mentira...! Assim, ou o cretense saíria de Creta para afirmar o enunciado, o que criaria um novo problema, exatamente por ele ter saído de Creta, com o que a afirmação “todos os cretenses” estaria viciada, ou apelaria à lógica, afirmando que o enunciado ao qual se refere não faz parte do conjunto dos enunciados de quem

* Procurador de Justiça-RS; Doutor em Direito do Estado; Pós-Doutor em Direito Constitucional e Hermenêutica; Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISINOS-RS; Coordenador do Acordo Internacional (CAPES-GRICES) UNISINOS-FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA; Professor Visitante da Universidade de Lisboa; Professor Colaborador da UNESA- RJ; Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional; autor, entre outras, das seguintes obras: *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise, Ciência Política e Teoria Geral do Estado, As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*, editadas pela Livraria do Advogado,RS; *Crime e Constituição* (co-autoria com Luciano Feldens) e *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, 2ª. edição, estes pela Forense. Editor do site www.leniostreck.com.br; e-mail lenios@globo.com

o profere. Kelsen fez isto para construir a sua *Teoria Pura do Direito*, resolvendo, assim, o problema do dualismo “mundo do ser e mundo do dever ser”, ou seja, a TPD passa a ser uma metalinguagem feita sobre uma linguagem objeto. Kelsen “escapa”, pois, de forma artificial, do “mundo das impurezas” do direito, construindo a sua *Teoria Pura do Direito*, através do artifício metafísico da *Grundnorm* (na TPD, de cariz hipotético-dedutivo; na Teoria Geral das Normas, uma ficção necessariamente útil, baseado na filosofia do “como se” – *als ob*).

Mutatis, mutandis, é o que parece estar ocorrendo com a tese que prega uma nova “concepção cênica da sala de audiências”. Segundo a tese, o dispositivo que assegura a prerrogativa ao membro do Ministério Público de ocupar assento ao lado do juiz seria inconstitucional,

“posto que em oposição à isonomia exigida de um processo de partes tal que é o processo penal brasileiro, por expressa opção Constitucional. Assim, atendendo-se a *ratio essendi* da norma invocada, dentro de uma interpretação conforme a Constituição, a prerrogativa em tela só existe nas hipóteses em que o Ministério Público é tão-somente fiscal da lei. Em outras palavras, a igualdade de armas abrange a concepção cênica da sala de audiências, pois nesse espaço público tudo conspira como fator para a solução da causa penal (para tanto reconhece-se o acerto da “teoria do agir comunicativo” de HABERMAS). Vale ressaltar que não se trata de questão meramente de forma, pois diz respeito diretamente ao imaginário da sociedade que ao ver o promotor de justiça ao lado do órgão judicial, em plano diverso do Defensor Público, forma a opinião de que há uma promiscuidade entre o Estado-juiz e o Estado-parte incompatível seja com o sistema acusatório seja com a igualdade exigida pela Constituição.(...)” Parte resumida da decisão de primeiro grau constante do relatório do MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2004.078.00039 - TJRJ.

A tese parece simpática (e elegante, para usar as palavras do Desembargador Relator do Mandado de Segurança n. 035/04, da Sétima Câmara Criminal do TJRJ). Afinal, nada melhor que vestir um discurso com o manto do princípio da isonomia, da igualdade, da democracia e até da geopolítica da distribuição dos espaços na sala de audiência, muito embora alguns termos como “igualdade, democracia ou isonomia” sofram de anemia significativa, mais ou menos como “garantismo”, “hermenêutica”, “razão comunicativa” e “teoria dos sistemas”, para citar apenas estas, que hoje estão sendo “descobertas” nos mestrados e doutorados em direito de *terrae brasilis*.

Ocorre que, embora a simpatia e a elegância (*sic*) da tese, esta não pode ser discutida a partir da simples saída ou retirada do “cretense da cidade de Creta” - para usar a metáfora tão recorrentemente citada nos compêndios de lógica -, e tampouco pode ser resolvida mediante o artifício da metalinguagem. Dito de outro modo, é como se o juiz dissesse: “todos os que estão nesta sala de audiência são isonômicos, sem diferenciações, discriminações, sem lugares diferenciados, sem mesas mais altas, sem cadeiras com espaldar avantajado, etc” e não se desse conta de que também ele – *sim, o próprio juiz – está na sala de audiências*, e que a propalada isonomia será isonomia ou

a igualdade só será igualdade se, de fato, “todos os que estão na sala” se beneficiarem da aludida principiologia. Ou a isonomia é apenas para *os-demais-atores-que-compõem-o-cenário-daquilo-que-é-denominado-de-concepção-cênica-da-sala-de-audiência*”, ficando o juiz de fora da aplicação da principiologia?

Sem a metalinguagem, recurso metafísico para superar o paradoxo representado pelo fato de o juiz também estar na sala, devendo também a ele aplicar-se, por conseguinte, o “princípio” e a “democracia cênica”, o próprio juiz terá de se submeter ao enunciado “todos os que...”. Portanto, não poderá ele ostentar espaço privilegiado (afinal, o próprio estatuto da OAB assegura a igualdade da tríade processual). Mais ainda, a aplicação da isonomia ou igualdade (se assim se quiser) não poderá ser aplicada pela metade, com o que, por exemplo, haverá forte prejuízo cênico se apenas o juiz, o promotor e o advogado tomarem cafezinho, e o réu ou as testemunhas ficarem de fora do butim (no Rio Grande do Sul já haveria um sério problema em face do chimarrão, que teria que correr de mão em mão...!); por outro lado, haverá sérios problemas com a constitucionalidade dos dispositivos legais que asseguram tratamento ao nível de excelência¹ para algumas autoridades; por certo, haverá seriíssimo prejuízo à concepção cênica da sala de audiência se o réu ou as testemunhas não obtiverem o mesmo tratamento republicano.

Cabe indagar, de outra banda, as razões pelas quais a “concepção cênica” deve ficar restrita à sala de audiências. Afinal, por que não espriar a democracia e a isonomia? Assim, só para argumentar, indagaria: juízes (ou outras autoridades, incluindo promotores) podem ter estacionamento privativo? E elevadores privativos? E restaurantes separados do restante da população? Mais ainda: que negócio é esse de, enquanto as pessoas “comuns” – peço desculpas pela expressão “cenicamente incorreta” – necessitam entrar em filas de bancos, nós, promotores, juízes e deputados, termos a nossa disposição agências bancárias – instaladas no interior dos respectivos prédios públicos – só para atender nossas contas? Devo dizer mais ou já é suficiente? Afinal, se a tese é republicana, adequada constitucionalmente, deve ser, a toda evidência, levada às suas últimas conseqüências. Deixar a sua aplicação restrita à sala de audiências – que não é exatamente o espaço público de que fala HABERMAS – não me parece suficiente.

Retornando ao tema *stricto sensu*, parece evidente que o problema da democracia ou da (boa ou má) funcionalidade da justiça **não reside na geopolítica da sala de audiências** ou da sala de sessões do Supremo Tribunal Federal (já fico a imaginar o Procurador-Geral da República, a quem cabe a última palavra nas ações penais, ser instado a se retirar do lugar que ocupa atualmente, para que as pessoas não pensem que haja “*uma promiscuidade entre o Estado-juiz e o Estado-parte incompatível seja com o sistema acusatório seja com a igualdade exigida pela Constituição*”(sic), tal como constou da decisão (processo que redundou no MS 035/04, supra mencionado) que inquinou de inconstitucional (sic) o lugar ocupado pelo Ministério Público. Ou a concepção cênica não deverá valer para o Supremo Tribunal Federal?

1 Não podemos esquecer que, na Europa, não existem esses privilégios. A propósito: em dezembro de 2004, o Presidente do Governo da Espanha baixou decreto proibindo o tratamento de excelência aos membros do governo (aliás, na mesma semana em que aquele juiz brasileiro ingressou com *mandamus* para ser chamado de excelência e doutor).

2. O enfrentamento dos argumentos

2.1. Uma preliminar necessária: a violação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro – a flagrante violação do art. 97 da Constituição do Brasil

Antes de adentrar nos demais pontos a serem enfrentados, devo chamar a atenção para um fato que pode ter passado despercebido. Com efeito, a leitura cuidadosa do Acórdão 035/04 aponta para a sua invalidade constitucional. Sua ementa está assim redigida, resumindo, de forma adequada, o teor do julgamento:

“Mandado de segurança. Assento do MP como parte autora. Denegação do writ.

A alteração da disposição da sala de audiências em Tribunal do Júri com *remoção do assento do Ministério Público para posicioná-lo no mesmo patamar da Defesa, não importa em violação da prerrogativa funcional traduzida pelo posicionamento à direta do seu Presidente à vista da disposição do art. 41, XI, da Lei Federal 8.625/93 (L.O.M.P.) e, ipso facto, do art. 82, X, da Lei Complementar Estadual 106/03, mas, ao contrário, atende à norma constitucional que assegura às partes, em processo judicial penal, tratamento isonômico.*

A plenitude e a efetividade do “equilíbrio de armas” no contraditório justificam a necessidade de o juiz envidar todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições cênicas possa influir no êxito de uma demanda penal, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças, pois a quem acusa e a quem se defende em juízo, notadamente no Tribunal do Júri, devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de sucesso na obtenção da tutela de suas razões.

Inexistência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental”.

Está-se diante de uma decisão que, *mutatis mutandis*, diz: “a remoção do assento assegurado por lei federal e estadual não viola a prerrogativa de quem exatamente tem o direito de ter esse assento”. É como se uma lei dissesse que o magistrado pode estacionar o carro em frente ao Fórum e fosse proferida *decisão proibindo-o de estacionar o veículo, com o fundamento de que a proibição de estacionar não viola a permissão de estacionar...!* No exemplo do estacionamento em frente ao Fórum, só há duas maneiras de impedir o magistrado de estacionar o seu veículo: a uma, mudando a lei; a duas, inquinando-a de inconstitucional, no foro adequado, devidamente fundamentada. Isto é o que se chama de Estado Democrático de Direito. O resto é decisionismo voluntarista. Ou ativismo judicial. De *ex parte principe* passamos, de há muito, para *ex parte principio*.

No particular, a decisão em tela, ao negar a segurança, confirmou decisão de primeiro grau que violou frontalmente lei federal e estadual. Isto parece claro. Não basta o juiz de direito dizer, por exemplo, que a norma x é inconstitucional ou que está fazendo uma interpretação conforme. É preciso ter claro que, para inquinar uma norma jurídica de inconstitucional, não basta dizê-lo. Deve haver uma fundamentação

e uma justificação. Como se sabe, um juiz pode deixar de aplicar uma norma se, de forma fundamentada e justificada, entendê-la como inconstitucional; o tribunal – no caso, o órgão fracionário – só poderá fazê-lo se suscitar o incidente de inconstitucionalidade (excetuadas as hipóteses do art. 481, do CPC).²

A declaração de inconstitucionalidade em uma democracia é medida de exceção. Sempre é medida de exceção. E para fazer uma *verfassungskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição) ou uma *Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung* (nulidade parcial sem redução de texto), há que se ter claro que se está diante de decisões, a primeira, de *rejeição parcial qualitativa* de inconstitucionalidade, e, a segunda, de *acolhimento parcial qualitativa* de inconstitucionalidade.

Mais do que isto: se o juiz no primeiro grau diz que a norma “x” é inconstitucional (com adequada ou inadequada fundamentação) e a parte adversa recorre ao Tribunal sob o argumento de que a norma “x” não é inconstitucional, o Tribunal terá dois caminhos a seguir: *revoga a decisão de 1º. Grau*, por entender que a norma “x” não fere a Constituição (portanto, o Tribunal desfaz o equívoco do juiz de 1º. Grau); a segunda opção é *o Tribunal confirmar a decisão de 1º. Grau*, concordando com a decisão do juiz. Neste caso, como a decisão de primeiro grau **afastou** norma infraconstitucional com base na Constituição (questão prejudicial), o órgão fracionário deverá necessariamente suscitar o respectivo incidente de inconstitucionalidade.

No caso sob análise, a questão assume foros de gravidade, porque o juiz proferiu decisão frontalmente contrária à norma infraconstitucional. Para ser mais claro: *o juiz decidiu ignorar duas normas infraconstitucionais*. Inconformado, o Ministério Público ingressa com mandado de segurança, alegando violação de direito líquido e certo. O que fez o Tribunal de Justiça? Negou o *writ*, alegando que:

“... a remoção do assento do Ministério Público para posicioná-lo no mesmo patamar do assento da Defesa não importa em violação da prerrogativa funcional traduzida pelo posicionamento à direta do seu Presidente à vista da disposição do art. 41, XI da Lei Federal 8.625/93 e, **ipso facto**, do art. 82, X, da Lei Complementar Estadual n. 106/03”.

Como se pode ver, o próprio acórdão incorre em contradição lógica, ao dizer que a remoção não importa violação da prerrogativa (que é exatamente o objeto da remoção)! Se é prerrogativa, é porque é inerente a determinada função nos quadros da administração do Estado. Na verdade, ao assim decidir, o Tribunal de Justiça, por via transversas, inquinou os dispositivos constantes nos art. 41, XI (Lei 8.625/93) e 82, X (Lei Complementar Estadual 106/03) de inconstitucionais (portanto, na linguagem da teoria do direito, *inválidas*). Não importa se, ao longo da fundamentação, foram utilizados outros argumentos. O que importa, efetivamente, é o afastamento de duas normas infraconstitucionais que sustentam o direito do Ministério Público.

Assim agindo, o órgão fracionário do Tribunal de Justiça tangenciou³ o exame

2 Nesse sentido, meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, em especial capítulos 10 e ss.

3 Esta questão está muito clara no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, **mesmo que o órgão fracionário “apenas afaste” a aplicação da norma infraconstitucional, por ser esta inconstitucional, não estará liberado de suscitar o respectivo incidente**. Vale referir, pela relevância, a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: “*Controle difuso de constitucionalidade de norma jurídica. Art. 97 da*

da inconstitucionalidade, ferindo, de frente, o art. 97 da Constituição do Brasil. Não nos esqueçamos que a norma do art. 41, XI, da Lei 8.625/93, repetida na LCE claramente estabelece uma prerrogativa, que é tomar assento à direita da presidência.⁴ *Logicamente, se o juiz de direito ou o Tribunal entenderem que esse dispositivo é inválido, não aplicável, nulo, írrito, só há um caminho: declará-lo inconstitucional.* Caso contrário, é dever do Poder Judiciário dar aplicabilidade às leis. Esta é a função do Judiciário em um Estado Democrático de Direito.

Nunca é demais repetir que há limites no processo hermenêutico. Ao contrário do que pensam alguns doutrinadores, o processo de atribuição de sentido não é arbitrário, “segundo as íntimas convicções do intérprete”. Que norma e texto são coisas diferentes, não é novidade. *Mas isto nem de longe pode significar que o intérprete esteja autorizado a atribuir sentidos arbitrariamente, sob os ventos do pragmatismo ou de eventuais “sentimentos do justo”.* Nunca é demais trazer a lição de GADAMER: se quiseres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto lhe diga algo. O problema é que, às vezes, os textos jurídicos nos dizem coisas das quais não gostamos.

No Estado Democrático de Direito, para que uma lei - ou parte dela - deixe de ser aplicada, deve haver uma fundamentação - de índole constitucional - consistente. Sendo mais claro: se a lei ou o dispositivo não é inconstitucional, então as possibilidades de sua não aplicação ficam reduzidas a zero! Não é possível “passar por cima da lei”,⁵ o que seria um retorno a uma espécie de “realismo tardio” ou “positivismo fático”, de inspiração escandinava, útil nos tempos em que não havia Constituição. Mas hoje temos uma Constituição. E uma Constituição democrática.

Constituição Federal. A declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica *incidenter tantum*, e, portanto, por meio de controle difuso de constitucionalidade, é o pressuposto para o Juiz, ou o Tribunal, no caso concreto, afastar a aplicação da norma tida como inconstitucional. Por isso, não se pode pretender, como o faz o acórdão recorrido, que não há declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica *incidenter tantum* quando o acórdão não a declara inconstitucional, mas afasta a sua aplicação, porque tida como inconstitucional. Ora, em se tratando de inconstitucionalidade de norma jurídica a ser declarada em controle difuso por Tribunal, só pode declará-la, em face do disposto no art. 97 da Constituição, o Plenário dele ou seu Órgão Especial, onde este houver, pelo voto da maioria absoluta dos membros de um ou de outro. No caso, não se observou esse dispositivo constitucional. Recurso Extraordinário conhecido e provido”. RE 179170-CE, DJ 30.10.98.

4 A Lei nº 8625, de 12 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências, em seu artigo 41, inciso XI, constitui como prerrogativa dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica, “tomar assento à direita dos Juízes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma”. Por sua vez, a Lei Complementar estadual nº 106/03, em seu artigo 82, inciso X, da mesma forma assegura aos Membros do Ministério Público a prerrogativa de “sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos Juízes singulares ou dos Presidentes dos órgãos judiciários ou dos demais órgãos perante os quais oficiem, inclusive nas sessões solenes”. Assim, toda a legislação citada garante aos Membros do Ministério Público as prerrogativas e, no exercício de suas funções, “tomar assento à direita dos Juízes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma”. Estabelece o artigo 128, parágrafo 5º, da Constituição Federal que “Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público...”.

5 Antes que me acusem de “conservadorismo”, chamo a atenção para a diferença que existe entre a firme defesa que faço da aplicação da jurisdição constitucional – questão sobre a qual tenho escrito (*Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, 2a. edição, Forense, 2003) e praticado de há muito, a partir da tese (que proponho) de uma Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia – e a necessária crítica a discricionarismos judiciais. Não podemos esquecer que a discricionariedade é uma forma de positivismo. E, em tempos de neoconstitucionalismo, há que se combater toda forma de resistência positivista. Afinal, o neoconstitucionalismo suplanta o positivismo (nas suas variadas faces) a partir de três frentes de batalha: a teoria das fontes, a teoria da norma e um novo paradigma interpretativo. É neste contexto que se encaixam as minhas críticas às múltiplas formas assumidas pelo positivismo nesta quadra da história.

Daí os limites do processo interpretativo. Não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa! Afinal, por mais que um intérprete seja convincente, por certo não conseguirá convencer o interlocutor, por exemplo, que não foi a Alemanha que invadiu a Polônia, e sim o contrário...! Este é, aliás, um dos problemas da “ciência jurídica” no Brasil, constatável a toda evidência, também no Supremo Tribunal Federal, que, por vezes, ao deixar de aplicar a Constituição, transforma-se - ilegitimamente - em constituinte originário (ou derivado). No caso sob comento, em havendo um comando legal, não há qualquer justificativa para não aplicar a lei, a menos que esta - repito - seja declarada inconstitucional. Repita-se: há limites no processo interpretativo, que não pode ser relativizado.⁶ Resumindo:

- a) um juiz só deve aplicar leis válidas (veja-se, sempre, a diferença, muito cara à teoria do direito, entre vigência, que é secundária, e validade, que é primária);
- b) um juiz só pode deixar de aplicar uma lei se, de forma fundamentada e justificada, entendê-la inconstitucional, afastando-a da relação, porque questão prejudicial;
- c) na mesma linha, o juiz pode elaborar uma interpretação conforme à Constituição (será uma decisão de rejeição parcial qualitativa de inconstitucionalidade), não havendo, neste caso, redução do texto, não prescindindo, este processo, de cuidadosa fundamentação e justificação;
- d) ainda no mesmo diapasão, o juiz poderá entender que um dos sentidos do texto é inconstitucional, elaborando, assim, uma inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (será uma sentença de acolhimento parcial qualitativa de inconstitucionalidade), devendo deixar explícito o que resta do sentido (também aqui não há redução de texto);
- e) também poderá deixar de aplicar a lei a partir da utilização dos critérios para resolução de antinomias, sempre com um olhar na Constituição, porque, por vezes, a *lex posterior* que revoga *lex anterior* pode ser contrária a Constituição...!

Fora dessas hipóteses, o juiz não tem outro caminho: não pode deixar de dar aplicabilidade à lei.

Portanto, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao negar validade aos dispositivos legais das leis orgânicas do Ministério Público que inequivocamente definem o lugar do assento do membro do Ministério Público, é formalmente inconstitucional, por infringência ao art. 97 da Constituição do Brasil.

2.2. Da inadequada parametricidade alegada em ambas as instâncias

Fica claro, assim, que, no Estado Democrático de Direito, as leis que não forem invalidadas constitucionalmente ou que não forem revogadas/derrogadas por outras

⁶ Remeto o leitor, aqui, para o meu *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*, 5a. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, em especial item 12.10.

leis (critério para a solução de antinomias), não podem deixar de ser aplicadas pelo Poder Judiciário. Esta é a garantia da democracia. *O fato de um juiz considerar injusta uma lei ou, por critérios pragmáticos, entender em não aplicá-la, não lhe dá o direito de ignorá-la, negando-lhe validade.* O Poder Judiciário pode não aplicar uma lei, como já dito, só que, para tanto, deve seguir os passos que o sistema jurídico estabeleceu para esse desiderato: o controle de constitucionalidade.

No caso sob comento, tanto no primeiro como no segundo grau foi esgrimido o argumento de que as leis orgânicas do Ministério Público (federal e estadual), ao estabelecerem a prerrogativa do assento ao lado da presidência, contrariavam (sic) o princípio da isonomia. Creio, entretanto, que a simples alegação do ferimento do princípio da isonomia ou da igualdade não é suficiente, por tudo que a tradição (no sentido gadameriano) nos tem ensinado, sendo desnecessário cansar o leitor com uma sucessão de citações doutrinárias que digam respeito ao conceito de isonomia, igualdade formal e igualdade material, além da diferença entre a igualdade na lei e a igualdade perante a lei. O problema talvez esteja no fato de que, por vezes, a Constituição não nos diz aquilo que queremos ouvir. E não se pode torturá-la, arrancando-lhe sentidos que não possui.

Dito de outro modo, o princípio da isonomia – assim como o da igualdade – não é uma panacéia que possibilite inquinações de inconstitucionalidade no atacado, como foi o caso de um conhecido jurista que, mal havia sido promulgada a Lei 9296/96 regulamentando a escuta telefônica, defendeu, com contundência, a inconstitucionalidade do dispositivo que não determinava a intimação da defesa (ou do acusado) por ocasião da autorização da instalação da escuta, tudo com base no princípio da ampla defesa e da isonomia (sic). De fato, seria interessante avisar o investigado antes de instalar a escuta...! Ou seja, *nem sempre o que parece, é.*

Nessa mesma linha, caberia ainda indagar: seriam inconstitucionais o prazo em dobro da defensoria pública e o prazo privilegiado da fazenda pública? É inconstitucional o dispositivo do CPP que garante a prévia defesa (prazo de 15 dias) ao funcionário público antes do recebimento da denúncia, enquanto as “pessoas comuns” não têm esse direito? Fere o princípio da igualdade (ou da isonomia) o dispositivo que garante o recebimento da denúncia contra juiz, promotor ou deputado, pelo colegiado do Tribunal competente? Afinal, o que a Constituição garante é apenas o foro privilegiado e não o recebimento privilegiado da denúncia (enquanto as “pessoas comuns” têm recebida sua denúncia mediante a simples oposição de um carimbo). Creio desnecessário desfilar um rosário de exemplos de pretensa quebra de isonomia. Por isto, repito, *nem sempre o que parece, é.*

Desse modo, o argumento de que o Ministério Público e a Defesa devem sentar juntos, porque o lugar ocupado pelo Ministério Público fere a democracia, a concepção cênica e a isonomia, isso tudo além de incrementar uma certa “promiscuidade”(sic), deve ser hermenêuticamente irrigado, em primeiro lugar, a partir do perfil jurídico-constitucional assumido, *na atualidade*, pelo Ministério Público. Evidentemente, uma tal configuração institucional não pode ser desencaixotada do regime político-normativo, antidemocrático e pré-constitucional que fecundou o CPP, senão que haverá de ser recolhido da Constituição de 1988, notadamente a partir do art. 127, claro em dispor que ao Ministério Público incumbe, como instituição *permanente e essencial* à função jurisdicional do Estado, *defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

À luz desta e das subseqüentes disposições constitucionais que formatam o perfil jurídico-político da instituição, é-nos facultado reconhecer, também, que o Ministério Público dos tempos atuais lança-se ao exercício de uma **magistratura ativa na defesa da ordem jurídico-democrática**, expressão essa cunhada por um de seus líderes históricos – porquanto Procurador-Geral da República à época da discussão em torno do texto constitucional porvir –, o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence⁷. Depreende-se de seu voto, em julgamento envolvendo a matéria de que estamos a cuidar:

“O Ministério Público da União, em particular, desvinculado do seu compromisso original com a defesa judicial do Erário e a defesa dos atos governamentais, que o prendiam necessariamente aos laços de confiança do Executivo, está agora cercado de contrafortes de independência e autonomia, que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania”.⁸

Essa vocação à defesa da legalidade democrática é o que fundamenta a existência e o estatuto constitucional do Ministério Público. Sua missão institucional, portanto, não pode ser hermeneuticamente reduzida em suposta obediência à “bipolaridade” própria de uma teoria linear do processo. Afinal,

“(…) mesmo que no pólo ativo da lide, visa a fiscalizar a exata aplicação da lei, em cujo favor intervém, e não em benefício da pessoa que eventualmente poderá vir a ser beneficiada por sua ação, pois, *trata-se de tutelar um interesse público, e não um interesse privado*”⁹.

Não seria exatamente por isso que há uma diferença entre o papel do Ministério Público e do defensor?¹⁰

O Ministério Público tradicionalmente ocupa o lugar que ocupa não porque é mais importante ou porque é igual à parte ou o juiz, mas, sim, *porque ocupa um lugar que é simplesmente diferente*. E isto não faz o Ministério Público ser mais ou menos democrático, assim como o uso dos elevadores privativos ou o lugar de destaque da mesa do juiz não fazem o judiciário mais ou menos democrático. É nesse sentido que *devemos superar um certo “uso reificante da linguagem”, como se as palavras carregassem um sentido próprio e nas coisas estivesse a sua essência*. Enfim, é como se, de forma reificada, o sentido da democracia estivesse contido (essencialmente) na “coisa” (concepção cênica). Não é conveniente, pois, que, em plena era do *ontologische Wendung* (viragem hermeneutico-ontológica), volte-se à metafísica clássica.

7 Sobre o tema, LUCIANO FELDENS, *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco – por uma relegitimação da atuação do Ministério Público*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 242-243.

8 Voto proferido no Mandado de Segurança nº 21.239-DF, in RTJ 147/161.

9 Cfe. OLIVEIRA, José Maria Leoni de. *A Nova Lei de Investigação de Paternidade*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp. 148-149. V., também, sobre a matéria: VIEGAS, João. “Reconhecimento da Paternidade” in *Revista dos Tribunais*, nº 699, 1994, p. 13).

10 Como assinalado pelo STF, “o Ministério Público, mesmo intervindo como fiscal da lei, qualifica-se como um dos sujeitos da relação processual”. (STF, ADIn nº 758, Rel. Min. Celso de Mello, J.22.04.1993, DJU 08.04.1994. V., também, sobre o tema: STF, AR nº 1.364, Rel. Min. Moreira Alves, J. 22.05.2002, DJU 02.05.2003).

De qualquer sorte, poderiam ser aqui colacionadas várias indicações constitucionais da *posição diferenciada* assumida pela instituição do Ministério Público. E, insisto, não deve haver problema nenhum em assumir essa diferenciação. Nos termos do art. 127 da Constituição, incumbe-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis. Regime democrático este, fundado em premissas principiológicas como a cidadania (art. 1º, inciso II), promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), etc.

Agregue-se, por fim, que é equivocada a cisão – porque todo dualismo é metafísico – entre Ministério Público “fiscal da lei” e Ministério Público “parte” (por exemplo, o júri), como se houvesse diferença na atuação. Fazer essa cisão é o mesmo que pensar que o juiz do cível – ao julgar ações de caráter interindividual – é diferente do juiz que decide uma ação civil pública. O Ministério Público possui prerrogativas institucionais e garantias constitucionais exatamente porque não atua por si; sempre atua em nome da sociedade. Na sintética assertiva de Mazzilli, “*o Ministério Público é advocacia de partido – o partido dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”.¹¹

2.3. A crise dos paradigmas de direito e de Estado e de como a tese da concepção cênica esconde aquilo que quer desvelar

Relembro, por relevante, uma questão que remete a discussão ao problema dos paradigmas do Direito e do Estado. Refiro-me à sempre perigosa (re)afirmação do paradigma liberal-individualista, próprio de uma determinada concepção de Direito e de Estado. Assim, não podemos olvidar que:

- a) no Estado liberal o Estado tem a preocupação voltada para a proteção dos interesses interindividuais, fruto exatamente do triunfo contra o velho regime;
- b) no Estado Social, que exsurge da crise do modelo liberal, a preocupação passa ser a proteção de grupos, a partir de um direito promovedor, em contraponto a um direito meramente ordenador da fase liberal-absenteísta;
- c) no Estado Democrático de Direito a preocupação passa a ser com os direitos de terceira e quarta dimensão, agregando as fases anteriores, a partir de um direito e de um Estado que, agora, passam a ter a sociedade como preocupação maior.

Veja-se, pois, a evolução: indivíduo, grupo, sociedade. E não há como negar que o Ministério Público – na moldura institucional que lhe foi dada pelo constituinte, reforçada na EC 45/04 – foi elevado ao epicentro dessas alterações ocorridas no direito e no Estado. Os princípios e as funções institucionais que lhe dão vida afiguram-se consagrados em uma Constituição democrática, a qual, afastando-o do Poder Executivo, tornou-lhe, em uma consideração pragmática, esperança social. Tenha-se em mente, no particular, que no contexto em que está imersa a sociedade contemporânea, esperança social poderá significar esperança de democracia

¹¹ HUGO NIGRO MAZZILLI, *Regime Jurídico do Ministério Público*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 25.

substancial, de redução das desigualdades sociais, enfim, esperança de justiça social ou, minimamente, esperança de real e efetiva defesa dos interesses sociais.¹²

É dizer, pois: de um Ministério Público protetor dos interesses individuais, de perfil liberal-individualista – ao qual, certamente, os defensores da tese da concepção cênica se referem –, *salta-se para um novo Ministério Público, que claramente deve assumir uma postura intervencionista em defesa do regime democrático e dos direitos fundamentais sociais*, a partir de uma dupla intervenção: de um lado, utilizando os remédios constitucionais, buscando, em todas as instâncias (políticas e jurídicas), a concretização de tais direitos (direito à saúde, educação, etc); de outro, atuando, com legitimidade prioritária, no combate aos delitos que colocam em xeque os objetivos da República. É nesse contexto que a Constituição do Brasil elegeu o Ministério Público como o guardião da ordem democrática. E, convenhamos, queiramos ou não, isto não é pouca coisa.

Portanto, a propalada “readequação” da concepção cênica – ao procurar “isonomizar e/ou igualar” o Ministério Público à defesa (que é sempre defesa do indivíduo)-, na verdade busca – consciente ou inconscientemente, corporativamente ou não – *desqualificá-lo, tendo como pano de fundo o velho paradigma liberal-individualista*, em que o Estado colocava suas baterias na defesa do indivíduo, e em que o Estado era contraposto à sociedade. *E nisso reside o equívoco*: a sociedade não deve ser contraposta ao Estado; esse dualismo é falso. O Estado não é uma entidade metafísica. A sociedade se realiza no Estado.

Dizendo de outra maneira: o Estado não é necessariamente mau; ele pode ser amigo dos direitos fundamentais. A ruptura com o modelo dogmático-formalista (de cariz liberal-individualista) aparece nitidamente na dupla face do papel a ser exercido pela ação do Estado, isto é, essa alteração de papel *dá-se quando o Estado, de potencial opositor a direitos fundamentais* (essa era a perspectiva do modelo de direito formal-burguês), *torna-se seu protetor*, e, o que é mais incrível – “que o Estado se torne amigo dos direitos fundamentais” (STERN),¹³ problemática bem visível na Constituição do Brasil, quando estabelece o comando da erradicação da pobreza, da construção de uma sociedade justa e solidária etc. Isto significa afirmar *que este (o Estado) deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento* (DRINDL, CANOTILHO, VITAL MOREIRA e STERN) ou outra expressão dessa mesma idéia, *deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado*.¹⁴ Dito de outro modo, *por detrás da tese da concepção cênica é possível vislumbrar o velho preconceito contra o Estado, e, via de consequência, contra a sociedade. Ou seja, a tese esconde exatamente aquilo que quer desvelar*.

Em síntese, o Ministério Público, seja na sua atuação como fiscal da lei ou como parte, inexoravelmente deverá ser pré-compreendido no âmbito do horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito. A tese da “concepção cênica”, além de estar fundada em um pressuposto estruturalista de igualdade, olvida a diferença de sentido presente nos papéis desempenhados pelo defensor e pelo agente ministerial.

¹² Sobre o assunto, ver LENIO LUIZ STRECK e LUCIANO FELDENS. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

¹³ Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e Crime*, Porto: Universidade Católica do Porto, 1995, pp. 273 e segs.

¹⁴ *Idem, ibidem*.

2.4. A tese da concepção cênica e o agir comunicativo habermasiano ou de como o consenso não pode ser forçado/obrigatório

Por último, enfrento o argumento de que a localização do Ministério Público na sala de audiência fere a concepção cênica, questão que encontra(ria) respaldo na teoria do agir comunicativo de HABERMAS. Entendo que é temerário o transplante da teoria habermasiana à tese. Já de pronto é preciso dizer que a decisão judicial que manda retirar o Ministério Público do seu lugar, antes de ser compatível com o agir comunicativo apregoado por HABERMAS, *com ele é absolutamente contraditória*. Com efeito, *ad argumentandum*, uma vez que não há maiores indicadores de que a teoria do agir comunicativo permite a recepção da “sala de audiência” como um “espaço público”, é preciso ter claro que, para HABERMAS, as normas servem para a tomada de decisões que não podem esperar. Aquilo que não pode ser alcançado por consenso exige a utilização da norma. Se não há consenso, *é necessário argumentar*. No momento em que falamos, fazemos uma oferta. Ante a oferta, aceitamos ou não. Se há acordo, não há o que dizer. A argumentação surge na falta (de consenso). Daí a construção de uma situação ideal de fala, que deve funcionar como realidade contra-fática. Em um mundo de racionalidade discursiva perfeita, não há manipulação. Por isto, HABERMAS elabora o conceito de realidade contra-fática. Essa situação ideal é resultado dos pressupostos das práticas sociais, fornecendo, assim, um padrão para criticar essas mesmas práticas que serviram para a construção da situação ideal. Ora, se a concepção cênica é tida como “situação ideal” (é o que parece, embora isto não fique explicitado na tese), devendo, portanto, funcionar como contrafação, então, antes disso, o intérprete deverá buscar o consenso. *Para tanto, terá que argumentar. E muito*. Jamais seria possível impor o “consenso” (*sic*). Isto seria antidemocrático. Logo, estaria na contramão do agir comunicativo. Na verdade, estar-se-ia (ou estar-se-á?) frente a uma contradição: um “consenso forçado”. Portanto, parece que os defensores da tese da concepção cênica queimaram etapas. Conseqüentemente, é impossível colocar contrafaticamente a atual situação da sala de audiência com a situação tida por ideal (quais os critérios para considerá-la ideal?).

Aliás, a teoria habermasiana pode ser esgrimida contra a aludida tese. Afinal, a leitura mais contemporânea do autor aponta para a democracia procedimental,¹⁵ em que HABERMAS sustenta a ultrapassagem da oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se, para tanto, da interpretação da distinção entre política e direito à luz da teoria do discurso. Parte da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito. Assim, no Estado Democrático de Direito, muito embora HABERMAS reconheça a importância da tarefa política da legislação, como crivo de universalidade enquanto aceitabilidade generalizada por que têm que passar as normas a serem genérica e abstratamente adotadas, vê no Judiciário o centro do sistema jurídico, mediante a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação através da qual releva

15 De todo modo, registro minha discordância com algumas teses habermasianas, como já deixei claro no meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, em especial capítulos 1 a 4. Tenho sido um ferrenho defensor dos valores substantivos constitucionais e destes enquanto guia do processo hermenêutico-constitucional, na esteira de autores como L. H. TRIBE, FERRAJOLI, entre outros. Portanto, discordo frontalmente das teorias dos valores adjetivos ou procedimentalistas, para as quais a Constituição somente garante o acesso aos mecanismos de participação democrática no sistema. Ver, também, TRIBE, L. H. “The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories”, in *The Yale Law Journal*, vol. 89, 1073, 1980, p. 1065 e segs.; *Ibidem*, *American Constitutional Law*. The Foundation Press, Mineola, New York, 2ª. ed., 1988; *Ibidem*, “Taking Text and Structure Seriously: reflection on free-form method in constitutional interpretation”, in *Harvard Law Review*, vol. 108, n. 6, 1995. Conferir, também, DIAZ REVORIO, Francisco Javier. *La Constitución como orden abierto*. Madrid: Estudios Ciencias Jurídicas, p. 161 e segs.

ao máximo o postulado de RONALD DWORKIN da exigência de imparcialidade não só do Executivo, mas, sobretudo, do juiz na aplicação e definição cotidiana do Direito. Observe-se que HABERMAS, em seu *Direito e Democracia*, recusa peremptoriamente tanto o processo hermenêutico de aplicação de normas como se fossem valores, *como crítica duramente o enfoque monológico e hercúleo de “um juiz que se sobressai por sua virtude e acesso privilegiado à verdade”*. Compare-se essa assertiva de HABERMAS com a afirmação constante no acórdão n. 035/04 : “A plenitude e a efetividade do equilíbrio de armas no contraditório justificam a necessidade de o juiz envidar todos os meios necessários para evitar que a disparidade...”. A “necessidade de o juiz envidar todos os meios” é típica atitude de um “juiz Hércules”, tão bem criticado por HABERMAS. Mais ainda, parece claro que, em HABERMAS, o juiz não poderia ser um *outsider* desse processo,¹⁶ aplicando-se-lhe também os mesmos critérios da isonomia e da democracia procedimental.

Não me parece, assim, que a postura defendida pelos dignos e ilustres signatários da tese da concepção cênica – em que o juiz assume papel intervencionista, a ponto de interferir na distribuição dos espaços físicos da sala de audiência (é o juiz Hércules criticado por HABERMAS) – tenha maior respaldo na teoria do discurso e na democracia procedimental habermasiana. Em HABERMAS, a própria justiça constitucional deve restringir-se à discussão dos procedimentos da democracia, deixando de lado a discussão/concretização dos valores substanciais.¹⁷ E não me parece que seja isto que os bravos juízes estejam defendendo. Na verdade, correm o risco de estar – para utilizar a linguagem habermasiana – colonizando o mundo da vida, a partir de uma juridificação em demasia. *Não devemos esquecer a crítica que HABERMAS faz à juridificação, que, para ele, põe-se como um problema para o agir comunicativo: o direito-meio, expressão do agir instrumental-estratégico, a serviço da economia e do poder, invadiria a esfera do agir comunicativo, fundada no entendimento e, dessa maneira, prejudicaria a construção de uma razão intersubjetiva.*¹⁸

Finalmente, poderia ainda acrescentar que a tese acerca da concepção cênica tem um nítido perfil objetificador, no sentido que a filosofia hermenêutica adjudica a esse termo. Mas creio que nada disto é necessário. A própria concepção de igualdade

¹⁶ Daí a importância em registrar que, embora HABERMAS não recuse o modelo de RONALD DWORKIN, não aceita o solipsismo insito à descrição do juiz como um Hércules que teria que confiar em suas habilidades pessoais e individuais a garantir-lhe acesso à justiça, quando, na leitura de HABERMAS, em razão dos postulados hermenêuticos iniciais do próprio DWORKIN, seria de se requerer desse juiz que, ao se reconhecer como membro de uma comunidade de homens livres e iguais, *se reconhecesse como um copartícipe do mundo da vida que sustenta as pretensões de justiça cotidianamente vivenciadas por essa mesma comunidade e simplesmente buscasse expressar, deontológica e não axiologicamente, em face do caso concreto a crença intercompartilhada, aplicando adequadamente as leis aprovadas para reger a sua vida em comum, colocando-se no lugar de cada um dos afetados pelo provimento, com a certeza de que as normas gerais e abstratas não foram feitas para gerar resíduos de injustiça para ninguém*. Veja-se, ademais, a contundente crítica que HABERMAS faz ao realismo jurídico – que precisamente em razão de suas altas exigências morais para com o direito termina por dele descrever totalmente e, assim, por não delimitar as fronteiras entre o direito e a política quando explica as decisões judiciais através de fatores externos ao sistema jurídico; recusando ainda o positivismo jurídico por este optar pela garantia de certeza das decisões judiciais em detrimento de uma base de validade fundada nas pretensões de justiça que concretamente densifica as concepções de liberdade e igualdade intercompartilhadas inclusive nas práticas sociais daquela comunidade. Cfe. JÜRGEN HABERMAS. *Direito e Democracia I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, em especial, p. 245 e segs.

¹⁷ A existência de tribunais constitucionais não é auto-evidente para HABERMAS. E, mesmo onde eles existem – e ele restringe-se à Alemanha e aos Estados Unidos – há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões. Critica, assim, a idéia de concretização dos valores materiais constitucionais, aludindo que, “ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária”. A invasão da esfera de competência dos tribunais, mediante concretizações materiais de valores, desestimula o agir orientado para fins cívicos, tornando-se o juiz e a lei as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados. *Idem, ibidem*.

¹⁸ Ver, nesse sentido, a percutiente análise de NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, São Paulo, USP, 1997, pp. 142, 275 e 276.

adotada na tese da concepção cênica da sala de audiência *padece de um problema no que tange aos bens jurídicos em jogo*. Com efeito, não é crível reduzir a igualdade à distribuição dos atores que integram o processo, ou melhor, *de alguns atores*. O sentido de igualdade ultrapassa, em muito, a estruturação procedimental “do lugar ocupado”. Como aduz MICHAEL WALZER, “os bens do mundo compartilham significados porque a concepção e a criação são processos sociais. Pelo mesmo motivo, os significados dos bens variam de uma sociedade para outra”.¹⁹ *Desta feita, as relações entre Poder Judiciário e Ministério Público podem cair na “promiscuidade” independentemente da cadeira na qual se sentam*.

Ora, o mundo da vida existe independentemente daquilo que é percebido como mundo da vida pelos defensores desta tese. Nos últimos anos o Ministério Público tem sido compreendido pela comunidade como a instituição responsável por uma atuação forte em matéria de improbidade administrativa; atuante no combate às práticas criminosas que lesam em milhões a Previdência Social; fundamental para coibir a utilização de mão-de-obra infantil ou a institucionalização do trabalho escravo e, mais recentemente, de capital importância para desvendar ilícitos contra a vida de cidadãos brasileiros ou estrangeiros engajados na defesa do meio ambiente.

É por intermédio deste modo de ser cotidiano que a sociedade vê o Ministério Público *e não no âmbito do reduzido espaço público da sala de audiência*. Mais uma vez, importante aludir o autor supra mencionado, MICHAEL WALZER, quando aduz: “a igualdade é uma relação complexa de pessoas, mediada por bens que criamos, compartilhamos e dividimos entre nós; não é uma identidade de posses”²⁰. Aqui reside um dos grandes problemas da tese da concepção cênica da sala de audiência, *pois reduziu metafisicamente a questão da igualdade ao lugar ocupado por defensores e membros do Ministério Público*. Com certeza não é assim que se constrói uma igualdade fundada em bens sociais para serem compartilhados pela comunidade; e o cidadão, quando se dirige ao Poder Judiciário, busca partilha de bens sociais como saúde, educação, segurança, respeito aos seus direitos de consumidor, etc. Logo, para o cidadão pouco significa a disposição das cadeiras, mas que, no mínimo, ele consiga o bem da vida perseguido. Quando no artigo 37, “caput”, da Constituição Federal indica-se o princípio da eficiência, determina-se, em última análise, a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Por isto, não creio que a disposição das cadeiras seja algo de tamanha relevância...!

Numa palavra: a tese da “concepção cênica da sala de audiências” estabelece um paradoxo, problemática que talvez pudesse ser melhor examinada não à luz da teoria do agir comunicativo, mas, sim, da teoria dos sistemas, de NICKLAS LUHMANN, em que a autopoiese é o modo de observar o paradoxo (e não de solucioná-lo). Mas, provavelmente, nem HABERMAS, nem LUHMANN e nem GADAMER pensaram na concepção cênica da sala de audiências de um país abaixo do Equador.

Por derradeiro, parece evidente que a “concepção cênica da sala de audiência” deve e merece ser rediscutida, desde o modo como estão distribuídos os espaços – o que inclui também rediscutir o papel destinado ao juiz a partir da necessária superação do paradigma da subjetividade (relação sujeito-objeto) – até o modo de solenização da própria audiência. *Para essa rediscussão, parece, sim, importante o apelo para a construção de uma razão comunicativa. Mas isto não pode ser feito por “decreto”. Há que se argumentar, uma vez que não há consenso sobre a matéria. E no momento em que falamos, fazemos uma oferta, como diria Habermas. E é o que estou fazendo a partir destas reflexões...Um convite ao diálogo. E, quem sabe, rumo a um consenso*.

**Publicado originalmente na Revista nº 21 jan./jun. 2005, p. 163.*

¹⁹ Cfe. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 07.
²⁰ *Op. cit.*, p. 21.

MINISTÉRIO PÚBLICO E AS ENTIDADES FILANTRÓPICAS: NOVAS ATRIBUIÇÕES¹

LINCOLN ANTÔNIO DE CASTRO*

Introdução

A proliferação de entidades filantrópicas revela-se significativa e alvissareira, eis que traduz preocupação da iniciativa privada em prestar à comunidade serviços de relevância social, sem qualquer conotação lucrativa ou especulativa. Tal tipo de instituição privada ocupa peculiar espaço, justamente nos vácuos deixados pelo Poder Público no campo dos direitos sociais.

Nova ordem social, tendo como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça sociais, há de ser implantada na sociedade brasileira, mediante execução de ações para efetivação dos direitos sociais. Em tal mister, certamente, as comunidades e a sociedade em geral, ao lado do Poder Público, valer-se-ão das entidades de direito privado que, por suas características estruturais e funcionais, propiciem captação e aplicação de recursos financeiros na exata consecução de fins eminentemente filantrópicos.

Conforme artigo 6º da Carta Magna, são direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Como instrumentos jurídicos para efetivação dos aludidos direitos sociais, no texto constitucional, em várias oportunidades se faz referência a entidades beneficentes ou filantrópicas. Vejamos:

A seguridade social será financiada, de forma direta e indireta, por toda a sociedade, estando isentas da contribuição as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências fixadas em lei (art. 194, § 7º). A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa da sociedade e dos Poderes Públicos, destinadas a garantir os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social. Nesse setor, a Carta Magna assim contempla as instituições filantrópicas: estas, bem assim as entidades sem fins lucrativos, terão preferência na participação complementar do sistema estatal de saúde (art. 199, § 1º); o Poder Público pode destinar recursos para auxílios ou subvenções às entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos que atuam na área de saúde (art. 199, § 2º); na área da previdência social veda-se subvenção ou auxílio do Poder Público apenas às entidades privadas com fins lucrativos (art. 201, § 8º); em razão da descentralização das ações governamentais no campo da assistência social, conferir-se-á a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social (art. 204, inciso I).

Relativamente à educação, considerada direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Os recursos públicos serão destinados às

* LINCOLN ANTÔNIO DE CASTRO é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

¹ Tese aprovada no 2º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em setembro de 1992, na cidade de Salvador - Bahia.

escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, confessional ou filantrópica, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

Reserva-se às entidades sem fins lucrativos, ainda, especial espaço na execução de programas e projetos, inclusive com incentivo governamental, pertinentes à cultura, ciência, tecnologia, meio ambiente e assistência social a crianças, adolescentes e idosos.

Destaque especial merece o artigo 227 da Carta Magna, segundo o qual: “É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

No momento em que o Estado abre espaços aos membros da sociedade para promover a efetivação dos direitos sociais, certamente as entidades filantrópicas passam a constituir eficiente instrumento para a canalização de recursos e esforços, com intensa e fecunda participação comunitária, na direção da exata consecução de objetivos relacionados com a promoção do bem comum.

Em relação às fundações de direito privado, excluídas as instituídas e mantidas pelo Poder Público e aquelas enquadradas como entidades fechadas de previdência privada, o Ministério Público exerce provedoria. Vela pelas fundações, no dizer do artigo 26 do Código Civil, independentemente de serem ou não destinatárias de verbas públicas. Certamente, o prestígio das fundações privadas, com acesso amplo ao apoio financeiro do Poder Público e da própria iniciativa privada, resulta da eficiente provedoria exercida pelo Ministério Público.

Todavia, várias entidades filantrópicas, sem estrutura fundacional, são destinatárias de apoio público e privado, escapando da provedoria consubstanciada em assegurar, preventivamente, a preservação dos interesses difusos, coletivos e individuais, envolvidos em suas atividades fins.

Este estudo versa sobre a provedoria do Ministério Público em relação às entidades filantrópicas, que se revela imprescindível implantar, face às atribuições dos Tribunais de Contas e à pertinência de se firmar naquela instituição a administração pública de interesses privados, inerentes à efetivação dos direitos sociais.

Tribunais de Contas

O Congresso Nacional exerce, mediante controle externo, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Tal controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União no desempenho das atribuições previstas no artigo 71 da Carta Magna. De igual modo, o aludido controle externo será exercido a nível dos Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme artigo 75 da Constituição Federal. Submetem-se ao controle externo as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público. Junto aos Tribunais de Contas, funcionarão membros do Ministério Público (art. 130 da Carta Magna).

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade prevista no artigo 74 da Constituição Federal, envolvendo comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

A par de norma semelhante (art. 126), a Carta do Estado do Rio de Janeiro prevê, como função institucional do Ministério Público, “fiscalizar a aplicação de verbas públicas destinadas às instituições assistenciais” (art. 170, inciso X).

Depreende-se, no texto constitucional, que as entidades filantrópicas se sujeitam à fiscalização apenas no tocante à aplicação de recursos públicos que lhes tenham sido aportados. Trata-se, aliás, de controle exercido diante de prestação de contas e, portanto, sem caráter preventivo.

Provedoria do Ministério Público

No âmbito das sociedades comerciais, “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender” (art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76). Por sua vez, “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa” (art. 154 da Lei nº 6.404/76). Não é demais assinalar, ainda, que as sociedades por ações, em face dos intensos interesses sociais envolvidos em suas atividades econômicas, receberam estatuto legal minucioso. Nele há princípios norteadores da atuação dos administradores, que se aplicam às fundações e às demais entidades filantrópicas, sendo pertinente reivindicar para esta edição de estatuto legal específico, eis que parcas as normas legais sobre a matéria. Na defesa dos interesses difusos e coletivos, por força de preceitos constitucionais, extensa revela-se a atuação do Ministério Público em face das sociedades comerciais e das entidades civis, envolvendo provedoria específica, a saber: consumidor, meio ambiente, patrimônio cultural, interesses das crianças e dos adolescentes, entre outros.

Caracterizando como típica administração pública de interesses privados, o Ministério Público participa dos atos da vida das fundações privadas. O vetusto Código Civil já atribuía, e agora se justifica com maior razão manter, o encargo de velar pelas fundações. E velar, aqui, significa interessar-se grandemente, com zelo vigilante, pela consecução dos objetivos e pela preservação do patrimônio das fundações. Tal interesse não se restringe a atos de fiscalização. Desde a criação até a extinção, as fundações privadas comportam a tutela ministerial ou provedoria, a fim de que seja efetivamente respeitada a vontade dos respectivos instituidores, traduzida na afetação de bens dotados a determinados e altruísticos objetivos.

As atividades beneficentes ou filantrópicas não constituem monopólio das fundações, embora sejam estas as instituições que melhor se ajustam àquele tipo de atividades. De fato, não se admite nas fundações privadas a figura do sócio ou do associado, sob pena de descaracterizá-la. Girando em torno dos interesses imediatos dos integrantes do quadro social, as sociedades e associações realizam seus objetivos, norteando-se as atividades para uma compensadora remuneração do investimento ou para assegurar benefícios diretos aos próprios associados.

Nas fundações, porém, os participantes concorrem com recursos ou esforços para consecução de fins imediatamente direcionados a terceiros, prestando assim serviços desinteressadamente à coletividade. As atividades altruísticas, inerentes a qualquer fundação privada, denotam a preponderância do interesse social ou comunitário.

A aprovação do ato de instituição da dotação inicial e do estatuto, pelo Ministério Público, é elemento essencial à constituição de uma fundação, integrando-o e funcionando como pressuposto do seu registro. Qualquer reforma estatutária submete-se à aprovação prévia do Ministério Público, não se admitindo alteração que contrarie os fins fundacionais. Cabe-lhe promover a extinção da fundação quando vencer o prazo de sua existência, tornar-se ilícito o seu objeto ou for impossível sua manutenção, zelando pela exata destinação do patrimônio.

Devem ser submetidos à autorização prévia do Ministério Público os negócios fundacionais que exorbitem da gestão ordinária. Prestando contas ao Ministério Público, os administradores apresentam demonstrações financeiras e relatório circunstanciado das atividades, propiciando averiguar a consecução dos fins e a preservação do patrimônio.

Não obstante, revela-se fundamental a provedoria preventiva. Através de auditorias, valendo-se de profissionais especializados, cabe ao Ministério Público identificar as medidas a serem adotadas pela fundação para melhor preservação e aplicação do patrimônio, e ainda para lograr mais perfeita consecução dos fins com menores ônus e maiores benefícios para destinatários da entidade fundacional.

Constata-se, portanto, que a provedoria é mais ampla que a simples fiscalização ou controle formal dos atos de gestão. O elementar reside em comprovar a legalidade e avaliar os resultados da gestão, quanto à eficácia e eficiência. Programar e otimizar os recursos e serviços, através de auditorias, envolvem intervenção ministerial respaldada em parâmetros técnicos, que supera a mera fiscalização quanto a fatos passados.

Sendo significativa a missão do Ministério Público quanto às fundações privadas, desafiadora será sua provedoria em relação às demais entidades filantrópicas, demandando preparo profissional específico e adoção de estrutura moderna de funcionamento.

No contexto constitucional, é nítida a preocupação quanto à tutela de interesses sociais e individuais indisponíveis. A defesa dos interesses difusos e coletivos insere-se entre as funções institucionais do Ministério Público. A par de ser instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, o Ministério Público ostenta incomparável missão, extrajudicialmente, na efetivação dos direitos sociais.

A experiência sedimentada, no tocante às fundações privadas, autoriza o Ministério Público a estender sua provedoria relativamente às entidades filantrópicas em geral. Não se trata de intervir para eliminar iniciativas privadas sérias no campo da ordem social; mas, sim, de um engajamento na preservação de patrimônios sociais direcionados para consecução de objetivos comprometidos com o bem-estar e a justiça social.

Conclusão

Em sede constitucional, há de se manter a previsão quanto ao controle externo, exercido com o auxílio dos Tribunais ou Conselhos de Contas, relativamente aos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, às sociedades controladas ou com

participação estatal e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Entre as funções institucionais do Ministério Público, postula-se prever o encargo de velar pelas fundações privadas e demais entidades privadas de natureza filantrópica ou beneficente, não só por serem destinatárias eventualmente de verbas públicas, mas principalmente por envolverem suas atividades interesses sociais relevantes.

A par da disciplina própria na Lei Orgânica do Ministério Público, cabe sugerir a edição de estatuto legal para as entidades privadas de natureza filantrópica, normatizando: a) - as características e formas de instituição; b) - dotação inicial e formas de acréscimo patrimonial; c) - direitos e deveres dos participantes; d) - órgãos estatutários; e) - deveres e responsabilidades dos administradores; f) - demonstrações financeiras; g) - dissolução, liquidação e extinção; h) - transformação, incorporação, fusão e cisão; i)- provedoria do Ministério Público.

No tocante à provedoria do Ministério Público, releva destacar as seguintes atribuições: a) - aprovação de ato de instituição , dotação patrimonial e estatuto, além das respectivas alterações; b) - autorização prévia para prática de atos de gestão que exorbitem da administração ordinária; c) - exame das contas prestadas anualmente, envolvendo averigüar a preservação patrimonial e a exata consecução dos objetivos; d) - realização de auditorias, perícias, estudos atuariais e técnicos; e) - destituição de administradores nos casos de gestão irregular ou ruinosa e nomeação de quem os substitua; f) - aplicação de multas a administradores; g) - legitimidade para propor ações e para intervir como fiscal da lei nos feitos de interesse das entidades.

Com a presente contribuição singela, resultante porém da constatação de preocupante dispersão de recursos financeiros na área social, pretende-se debater o papel do Ministério Público na proteção dos interesses sociais, presentes nas atividades das instituições filantrópicas. Acreditamos que as medidas preventivas, mediante provedoria, superam em eficiência as tradicionais ações fiscalizadoras. Finalmente, a intervenção do Ministério Público, na ordem social, há de ser marcada pela preservação das iniciativas privadas na efetivação dos direitos sociais, conforme aliás preconiza a Carta Magna.

**Publicado originalmente na Revista nº 1 jan./jun. 1995, p. 100.*

MINISTÉRIO PÚBLICO, OMBUDSMAN E OUVIDOR NA FISCALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. *Ombudsman*. 2.1. Origem do *ombudsman*. 2.2. Sua distorção. 2.3. A correta definição do *ombudsman*. 3. Ouvidor 3.1. Paradigma histórico. 3.2. As ouvidorias brasileiras. 3.3. Ouvidor *x ombudsman*. 4. O Ministério Público 4.1. Origem do Ministério Público. 4.2. O Ministério Público no Brasil. 4.3. A destinação constitucional do Ministério Público. 4.4. O campo de atuação do Ministério Público. 4.5. O Ministério Público e a fiscalização dos serviços públicos. 4.6. Instrumentos para o desempenho das funções de *ombudsman* pelo Ministério Público – Inquérito Civil e Ação Civil Pública. 4.7. A eficácia da atuação do Ministério Público na fiscalização da prestação dos serviços públicos. 4.7. A eficácia da atuação do Ministério Público na fiscalização da prestação dos serviços públicos. 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

“Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; e como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal o absurdo psicológico, no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca – momento a momento – a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor; ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.”¹

A sociedade contemporânea clama zelo pelos seus direitos de forma muito marcante, porque, ao longo do tempo, foi vitimada por profundo desrespeito aos direitos mais basilares. Notadamente, a denominada Carta Cidadã, de 1988, delineou um novo panorama, culminando, inclusive, com a elaboração de alguns diplomas legais com traço peculiar à causa, como, *v.g.*, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

* Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, titular da 1ª Promotoria de Massas Falidas da Capital. Professor da Escola de Direito RIO da FGV. Doutorando pela Universidade de Toulouse. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes.

¹ Piero Calamandrei. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1996.

Diante de tal quadro, modificação no texto constitucional, batizada de reforma administrativa constitucional, especificamente a Emenda nº 19, de 4 de junho de 1998, enfatizou a figura de um mecanismo de controle dos atos da administração pública pelos usuários dos serviços públicos, consoante regra insculpida no § 3º do artigo 3º da Constituição da República — são as denominadas Ouvidorias. Os entes federativos estão, paulatinamente, implementando tais mecanismos, nas esferas mais variadas.

De outro lado, tem-se o Ministério Público que é uma instituição jovem, apesar de constar de registros que datam de aproximadamente 4 mil anos. Com o advento da nova ordem constitucional, em 5 de outubro de 1988, o *Parquet* foi alçado a um patamar para muitos ainda nebuloso, havendo até alusão à figura de um Quarto Poder². Nesse sentido, esta é uma das principais razões pela qual me impulsiona o presente trabalho, a fim de amoldar a função ministerial ao cenário jurídico atual, sendo notória tal necessidade, devido aos reclamos sociais crescentes que acabam por recair à responsabilidade do Ministério Público.

Com efeito, o modelo de Estado atual – Estado Regulador –, tem por base o comando constitucional da *desestatização*³, deixando a cargo do particular as atividades reservadas à sua seara, incumbindo ao Poder Público a regulação dos serviços públicos a serem prestados. Destarte, com o delineamento da função do *Parquet*, adequada se fará a análise da sua atuação em relação aos serviços públicos prestados não só pelos particulares, mas também quando engendrado pelo próprio Estado.

2. OMBUDSMAN

2.1. ORIGEM DO OMBUDSMAN

O vocábulo *ombudsman* tem origem no idioma sueco, com significado de representante, sendo uma das poucas palavras que foram recepcionadas por outras línguas.

A origem jurídica do *ombudsman* remonta ao Direito Escandinavo, especificamente na Suécia, em 1713, instituído pelo Rei Charles XII, como seu representante, com poderes absolutos para verificar qualquer atividade desenvolvida no reino e informá-lo. A sua atividade era voltada ao controle do soberano sobre os seus súditos, ganhando um contorno mais definido com a Constituição Sueca de 1809, quando investido nas suas funções pelo Parlamento, com a atribuição de supervisionar a observância do atos normativos pelos juízes e servidores públicos – era o *justitieombudsman* (comissário de justiça).

Outros países adotaram o modelo do *ombudsman*. Em 1919, se viu presente na Finlândia; em 1952, na Noruega; em 1953, na Dinamarca; em 1956, na República Federal da Alemanha; em 1962, na Nova Zelândia; e em 1967, na Inglaterra, sob a denominação *Parliamentary Commissioner for Administration*⁴.

2 Sergio de Andréa Ferreira. *Princípios institucionais do Ministério Público*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Coletânea de Legislação Brasil – Organização Judiciária, 1996, p. 9. O autor identifica uma quarta função política, ao lado da legislativa, executiva e judiciária, intitulando-a de função de provedoria de justiça.

3 O artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil determina que o Estado-Empresário deve ser a exceção, somente sendo admissível a sua presença nas hipóteses de *imperativo de segurança nacional e relevante interesse coletivo*. Nesse passo, pode-se afirmar que a manutenção da figura do Estado-Empresário em alguns setores da economia é dissonante da Ordem Constitucional, como, *v.g.*, a situação da Petrobras.

4 Charles Debbasch. *Science administrative*, Paris, 1970, pp. 607 e segs., e também H. W. R. Wade, *Administrative law*, Oxford, 1967, trad. italiana de C. Geraci sob o título *Diritto amministrativo inglese*, Milão, 1969, p. 23.

No seu berço – Suécia –, se mantém com as mesmas linhas, como ressaltou o Cônsul da Suécia Bernard Vaena, no VI Seminário Nacional de Ouvidores/Ombudsman, realizado no Estado do Rio de Janeiro, nos dias 29 e 30 de novembro de 2001, no auditório da Fundação Getúlio Vargas: “Atualmente existem quatro *ombudsman* na esfera parlamentar, os chamados JO – *Justitieombudsmannen*. Eles são eleitos pelo parlamento para o mandato de quatro anos, podendo ser reeleitos. Geralmente são juízes proeminentes, apoiados por um *staff* de alta qualificação legal. A atuação é independente para vigiar as atividades de todos os órgãos estatais e municipais, com exceção dos membros do governo, deputados e dos órgãos autárquicos eleitos”⁵.

Na Inglaterra, atualmente, permanece atrelado ao Parlamento (*Parliamentary Commissioner for Administration*) e se assemelha muito ao Ouvidor delineado pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, cujo objetivo é o de receber as denúncias, encetar diligências para análise dos fatos e, a final, propor uma solução.

Nos Estados Unidos da América existe a *United States Ombudsman Association*, sendo possível o alcance da sua destinação no site da USOA⁶: “*The United States Ombudsman Association is the national organization for public sector ombudsman professionals. Founded in 1977, USOA is North America’s oldest national ombudsman association with members from ombudsman offices in local, state, and federal governments, and affiliated ombudsman offices. Under its bylaws, USOA was organized to operate exclusively for educational, scientific and charitable purposes*”. Todavia, apesar da definição traçada, ressalte-se que, no direito norte-americano, não se apresenta, necessariamente, como órgão do Poder Público, tampouco é sempre ligado à esfera da administração pública, dando-se a conhecer, muitas das vezes, como uma entidade privada que se destina a intermediar e sugerir soluções aos problemas dos cidadãos, cujo objeto seja a prestação de um serviço público.

2.2. SUA DISTORÇÃO

No Brasil, o denominado *ombudsman* tem tomado uma feição bem diferente. No cotidiano, os empresários têm associado a terminologia *ombudsman* aos denominados SACs – *Serviço de Atendimento ao Consumidor*, sendo que este é um setor da empresa que se presta a ouvir as reclamações dos consumidores, repassá-las aos superiores hierárquicos, com posterior resposta, indicando o encaminhamento do que fora outrora pugnado, não importando, necessariamente, que tenha havido uma sugestão formulada pelo *ombudsman*, tampouco uma solução. Também há confusão na diferenciação do *ombudsman* para a ouvidoria, como bem se percebe pela existência de uma associação nacional que se intitula como *Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman*⁷.

2.3. A CORRETA DEFINIÇÃO DO OMBUDSMAN

Não se pode, desta feita, admitir-se que um conceito teórico, com origem histórica bem definida seja subvertido, sob a égide da praxe. Assim, mister se faz a manutenção do formato clássico, com vistas ao alcance daquele que tem por missão zelar pelo bom desempenho da atuação pública, seja na prestação dos serviços públicos ou em todo o atuar dirigido à órbita pública, funcionando, como bem ressaltado pelo indigitado Cônsul Sueco – *juízes proeminentes, apoiados por um staff de alta qualificação legal*.

5 www.abonacional.org.br.

6 <http://www.usombudsman.org>.

7 www.abonacional.org.br.

Nesse desiderato, o *ombudsman* tem um espectro de atuação bastante amplo, destinado a se prestar ao papel de Advogado da Sociedade, *representando*, efetivamente, os anseios sociais, indo ao encontro da gestão participativa, sendo notória tal realidade mundial, haja vista no recente episódio da crise na Argentina, onde a população rechaçou veementemente a postura do presidente eleito – diga-se, pelo próprio povo – , culminando com a sua “expulsão” (*rectius*: renúncia)⁸.

3. OUVIDOR

3.1. PARADIGMA HISTÓRICO

Acolhido de forma precursora pela Constituição Portuguesa de 1976 – quando comparada com a maioria das constituições europeias –, o Provedor de Justiça português, congênero do *Defensor del Pueblo*, surgido na Espanha, em 1978, identifica-se, sem dúvida, com o modelo de *ombudsman* nórdico. Algumas características fundamentais desta instituição sueca encontram-se claramente presentes no homólogo português: órgão unipessoal, com legitimidade garantida por sua eleição pelo Poder Legislativo, independente no exercício das funções, desprovido de poderes imperativos mas sim recomendatórios, com autoridade fundada na notória moral ilibada e competência profissional, fiscalizador da administração pública visando à melhoria dos serviços e reparação de injustiças ou ilegalidades, tendo o direito de obter a cooperação dos órgãos e serviços sujeitos à sua fiscalização e gozando de legitimidade abstrata junto do contencioso constitucional.

Na Comunidade Européia, hodiernamente, pelo Parlamento Europeu, é prevista a figura de um Provedor de Justiça⁹.

No Brasil, a designação Ouvidor remonta ao período colonial. Naquela época o Ouvidor era um auxiliar direto dos donatários das capitâncias hereditárias nomeado para a função de juiz. Em 1548, com a criação do Governo-Geral do Brasil, surgiu a figura do Ouvidor-Geral com as funções de Corregedor-Geral da Justiça em todo o território colonizado. A despeito de tentativas malogradas de se instituir o *Ombudsman* público – denominado Juiz do Povo – desde 1823, foi somente a partir de meados dos anos 80 que algumas esferas estatais brasileiras, notadamente o município de Curitiba, em 1986, e o estado do Paraná, em 1991, instituíram o Ouvidor, apresentando, entretanto, delineamento diverso do verdadeiro *ombudsman*.

3.2. AS OUVIDORIAS BRASILEIRAS

A Assembléia Nacional Constituinte estava inclinada a adotar a figura de uma Defensoria do Povo, que bastante se assemelharia à figura do *ombudsman*, como se evidencia na sugestão apresentada por uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985, presidida pelo Prof. AFONSO ARINOS, em seu artigo 56, que merece transcrição:

“Art. 56. É criado o defensor do povo, incumbido, na forma da lei complementar, de zelar pelo efetivo respeito dos poderes

⁸ Final do ano de 2001.

⁹ www.euro-ombudsman.eu.int/lbasis/pt.statute.htm, em 12 de agosto de 2002: Decisão do Parlamento Europeu relativa ao estatuto e às condições gerais de exercício das funções de Provedor de Justiça Europeu, de 9 de março de 1994, em Estrasburgo, presidida por Egon Klepsch.

do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição.

§ 1º O defensor do povo poderá promover a responsabilidade da autoridade requisitada no caso de omissão abusiva na adoção das providências requeridas.

§ 2º Lei complementar disporá sobre a competência, a organização e o funcionamento da Defensoria do Povo, observados os seguintes princípios:

I - o defensor do povo é escolhido, em eleição secreta, pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados, entre candidatos indicados pela sociedade civil e de notório respeito público e reputação ilibada, com mandato renovável de cinco anos;

II - soa atribuídos ao defensor do povo a inviolabilidade, os impedimentos, as prerrogativas processuais dos membros do Congresso Nacional e os vencimentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal;

III - as Constituições estaduais poderão instituir a Defensoria do Povo, de conformidade com os princípios constantes deste artigo.”

Verifica-se, pela redação dos dispositivos, que tal diretiva não se amoldaria especificamente a uma Ouvidoria, mas sim à figura de um verdadeiro *Ombudsman*.

O texto constitucional de 1988 não acatou a proposta, nos moldes elaborados, fazendo alusão, somente, às “*reclamações relativas à prestação de serviços públicos serão disciplinadas em lei*”¹⁰, reservando ao Ministério Público o comando inserto no artigo 127 da Constituição da República¹¹.

Foi com a reforma administrativa de 1998, materializada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho, que a Carta Magna incorporou ao seu texto a regra de que a lei “disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de *serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços*”¹².

A partir de então, os entes federativos passaram a criar as suas Ouvidorias, com exceção apenas para o município de Curitiba, que criou a sua Ouvidoria, em 1986. Neste caminho, o Estado do Paraná, seguindo o modelo de sua capital, instituindo a Ouvidoria Geral do Estado, em 1991, conferindo ao ouvidor a prerrogativa de Secretário de Estado¹³.

10 § 3º original do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

11 O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

12 Inciso I do § 3º do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, após a Emenda Constitucional nº 19/98.

13 Artigo 1º do Decreto nº 22, de 15 de março de 1991 do Estado do Paraná: “Será designado um Ouvidor-Geral, dentre os Secretários Especiais, com prerrogativa de Secretário de Estado e com as atribuições definidas neste Decreto.”

Recentemente foi presenciada a celeuma relativa à criação da Ouvidoria-Geral da União, nomeado para o cargo um membro do Ministério Público aposentado, tendo suscitado a discussão sobre a sua possível invasão em órbitas diversas, como a Corregedoria-Geral da União e até mesmo na atuação do próprio Ministério Público Federal. Ao final, se fez perceber que a função de uma Ouvidoria não é, teoricamente, conflitante com os demais órgãos de fiscalização, tendo em vista o seu perfil um tanto acanhado, como se vislumbrará adiante.

O Estado de São Paulo criou a Ouvidoria do Serviço Público, através da Lei nº 10.294, de 20 de abril de 1999, regulamentada pelo Decreto nº 44.074, de 1º de julho de 1999, fixando a atribuição dos ouvidores¹⁴ e sua forma de escolha, asseverando que deverá ser indicado por uma Comissão Intersecretarial de Estado, assegurando o exercício da função pelo período mínimo de 1 (um) ano, permitida a recondução¹⁵.

O Estado do Rio de Janeiro, inicialmente, criou a Ouvidoria de Polícia, nomeando um membro do Ministério Público Estadual para desempenhar a função de Ouvidor, com a edição da Lei nº 3.168, de 12 de janeiro de 1999, como um órgão de uma Secretaria de Estado – Secretaria de Segurança Pública –, com o escopo de encaminhar às Corregedorias de Polícia Militar e Civil as denúncias¹⁶. Recentemente – em 22 de outubro de 2001 –, foi instituído o programa *Fala-Cidadão* que está ligado à Ouvidoria Geral do Estado¹⁷.

O perfil das ouvidorias bem se amolda aos SACs das empresas, porque, na maioria das hipóteses, tem a natureza jurídica de um órgão ou figura administrativa semelhante, desprovida de autonomia, pois tem por escopo atender ao corpo.

Não obstante, ocupando os cargos de ouvidores pessoas extremamente obstinadas e envolvidas com a causa da cidadania, vêm-se manietadas no seu atuar, em decorrência da total ausência de mecanismos repressivos.

14 "Artigo 1º Compete aos ouvidores do serviço público:

I – exercer a função de representante do cidadão junto à instituição em que atua;

II – agilizar a remessa de informações de interesse do usuário ao seu destinatário;

III – facilitar ao máximo o acesso do usuário do serviço à Ouvidoria, simplificando seus procedimentos;

IV – encaminhar a questão ou sugestão apresentadas à área competente, acompanhando a sua apreciação;

V – ter livre acesso a todos os setores do órgão onde exerce suas funções, para que possa apurar e propor as soluções requeridas em cada situação;

VI – identificar problemas no atendimento do usuário;

VII – sugerir soluções de problemas identificados ao dirigente do órgão em que atue;

VIII – propor a correção de erros, omissões ou abusos cometidos no atendimento ao usuário;

IX – atuar na prevenção e solução de conflitos;

X – estimular a participação do cidadão na fiscalização e planejamento dos serviços públicos;

XI – estimular o órgão em que atue a explicar e informar ao usuário sobre os procedimentos adotados até a prestação do serviço."

15 Artigos 5º e 6º do Decreto nº 44.074, de 1º de julho de 1999, do Estado de São Paulo.

16 www.novapolicia.rj.gov.br/ouvidoria.htm, em 27 de dezembro de 2001: "As denúncias são registradas e encaminhadas para as Corregedorias das Polícias Militar e Civil, ficando a Ouvidoria com a responsabilidade de fiscalizar/monitorar o trabalho realizado naqueles órgãos. Os casos que demandam providências emergenciais são comunicados, via fax ou através de contato telefônico, imediatamente após o registro da denúncia. É importante ressaltar que a Ouvidoria tem considerado prioritário, para acompanhamento, os casos relativos à integridade física do cidadão. Cabe, ainda, acentuar que a Ouvidoria dispõe de um grupo de profissionais que examina todas as respostas encaminhadas pelas Corregedorias e avalia a necessidade de se pedir informações adicionais, solicitar a tomada de outros depoimentos ou recomendar investigações complementares".

17 www.governo.rj.gov.br/falacidadao.htm, em 27 de dezembro de 2001.

Destarte, funcionam apenas como um canal de comunicação dos administrados com os seus administradores, com o papel de *ouvir*, podendo-se utilizar uma metáfora com o corpo humano, seguindo o ditado popular: *fulano só ouve o que quer*. Seja como Secretaria de Governo, seja como órgão, a denúncia ou reclamação é repassada ao destinatário, que o cidadão nunca teria acesso direto, torcendo-se para que não se façam *ouvidos de mercador*.

De outra forma, não olvidemos o fenômeno da regulação, fortalecido com os programas nacionais de desestatização, culminando com a criação das agências reguladoras. A atuação da agência reguladora está em uma zona cinzenta, nebulosa, em relação ao *ombudsman* e ao ouvidor, pois sua órbita de ingerência abrange a relação Poder Público – prestador do serviço público e, via de consequência, o usuário do serviço público. *Registre-se que as próprias agências reguladoras criaram suas ouvidorias*.

3.3. OUVIDOR X OMBUDSMAN

Tanto o ouvidor quanto o *ombudsman* têm traços peculiares, em relação ao seu escopo – buscar a solução de um problema relatado. Presta-se a representar determinado segmento, grupo ou classe, aqui generalizando, desde o que reclama pela lentidão na entrega de determinado produto ao SAC (*Serviço de Atendimento ao Consumidor*) até aquele que veicula a notícia de que a instalação de determinada praça de pedágio infringe as regras de concessão dos serviços públicos.

Todavia, os mecanismos e a forma engendrada para a estruturação de cada qual são deveras dissonantes, repercutindo, diametralmente, na eficácia das providências adotadas para a resolução das demandas.

O ponto marcante na diferenciação entre ambos se situa na autonomia que deve pautar a atuação do *ombudsman*, tanto em relação à condução das investigações sobre o fato relatado, quanto às providências repressivas para a solução da questão. Enquanto órgão, secretaria ou coordenação, a ouvidoria se torna um mero anotador de reclamações.

Nesta linha de raciocínio, pontua MARCOS JURUENA:

“Ocorre que, no Brasil, tal figura seria equiparada ao representante do Ministério Público (previsto no art. 82, do Código de Defesa do Consumidor como substituto processual – CF, art. 129, III), tendo, entre suas funções institucionais, o encargo de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos ou coletivos, podendo, para tanto, expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando documento e informações para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva. Não seria, assim, necessária mais uma autoridade, nem, muito menos, atribuir o inquérito civil público a um Diretor de Agência (como dito acima).”¹⁸

18 Marcos Juruena Villela Souto. *Desestatização. Privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 628.

Deve-se ter cuidado redobrado com certas medidas que visam, sob o rótulo de exercício da cidadania, arranhar, exatamente, os direitos dos cidadãos. A pluralidade desordenada de entes que se dedicam a receber denúncias só contribuem para que nada seja resolvido, dando uma falsa impressão ao denunciante que o seu problema está encaminhado a quem de direito.

A Câmara dos Deputados também criou a sua Ouvidoria, há seis meses, prestando-se a receber, dentre outras reclamações, *queixas de namorados*¹⁹.

Ora, casos pitorescos como esses só se prestam à contribuição da disseminação da ignorância sobre a atuação da administração pública, concretizando a dificuldade na solução de problemas reais da vida pública.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO

4.1. ORIGEM DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público, apesar de remoto em seus registros históricos, é uma instituição de perfil novo, principalmente após o advento da ordem constitucional, de 5 de outubro de 1988.

A sua raiz é alcançada há 4 (quatro) mil anos, registrada nos textos encontrados em escavações, na figura do funcionário real, no Egito, denominado de *magiaí*, cuja função era a *língua e os olhos do rei*, castigando os rebeldes, reprimindo os violentos, protegendo os cidadãos pacíficos, acolhendo os pedidos do homem justo, perseguindo o malvado e o mentiroso, agindo como marido da viúva e pai do órfão, fazendo ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais que se aplicavam ao caso, tomando parte na instrução para descobrir a verdade²⁰.

4.2. O MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL

Com o desenvolvimento histórico brasileiro, o Ministério Público foi alcançando espaço no cenário jurídico, como se verifica na primeira Constituição da República, de 1891, ao se fazer alusão à escolha do Procurador-Geral, até a Constituição de 1988. Verifica-se, também, a positivação da sua atuação, seja como órgão agente ou interveniente, nos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973. Todavia, o grande marco se deu com a Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público –, criando diretrizes para a organização do Ministério Público nacional, posteriormente substituída pela Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Ademais, foi com o advento da Carta Magna de 1988, que o *Parquet* alcançou um *status* de poder constituído sem parâmetro mundial.

4.3. A DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Título IV da Lei Maior, ao dispor sobre a organização dos poderes, insere em seu Capítulo IV, Seção I, o Ministério Público como instituição permanente, cujo comando constitucional é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, delineando com precisão as suas funções institucionais na regra inserta no artigo 129, sendo relevante ressaltar, para a finalidade da presente reflexão, o disposto nos incisos II e III, ao tratar dos serviços de relevância pública e inquérito civil e ação civil pública.

¹⁹ Reportagem “*Ouvidoria recebe até queixas de namorados*”, publicado no jornal *O Globo*, de 26 de dezembro de 2001, p. 4.

²⁰ Mario Vellani. *Il pubblico ministero nel processo*, Bologna, 1965, v. 1, t. 1.

O zelo pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição da República, promovendo as medidas necessárias a sua garantia²¹, afigura-se como um dever, sendo necessário, para o seu cumprimento, a previsão de instrumentos, o que se alcança com a indicação do inquérito civil e da ação civil pública, garantindo os interesses difusos e coletivos, além dos individuais homogêneos indisponíveis, já chancelados na regra insculpida no artigo 127.

4.4. O CAMPO DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A tendência dos estudiosos sobre o Ministério Público é a de restringir a atuação do *Parquet* às hipóteses em que se vislumbre interesse público e social, diferenciando-se o interesse público primário do secundário. A simples contraposição de interesse público e privado não traduz a necessidade da intervenção ministerial. A definição de Renato Alessi²², bem traduz a diferença:

“(...) interesse público compreende o interesse público primário e o secundário: não há confundir o interesse do bem geral (interesse público primário) com o interesse da administração (interesse público secundário), pois este último é apenas o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público.”

As atribuições do Ministério Público, modernamente, são objeto de reflexão pelas chefias institucionais, havendo quem se manifeste sobre a necessidade da racionalização da sua atuação, fixando-se a discussão na dispensa da manifestação ministerial em determinadas hipóteses como, *v.g.*, em uma separação judicial de pessoas maiores, capazes e sem filhos menores.

Parece-me de bom tom que a discussão se dê com base no tema *O Ministério Público e a sua Destinação Constitucional*. Como é cediço, a nova ordem constitucional, pela teoria adotada no ordenamento pátrio – *Teoria da Recepção*, elaborada por HANS Kelsen²³, poderá recepcionar as normas anteriores desde que compatíveis com a *novel* sistemática, consoante assevera:

“Uma grande parte das leis promulgadas sob a antiga Constituição permanece, como costuma dizer-se, em vigor. No entanto, essa expressão não é acertada. Se estas leis devem ser consideradas como estando em vigor sob a nova Constituição, isto somente é possível porque foram postas em vigor sob a nova Constituição, expressa ou implicitamente (...).”

Destarte, todos os dispositivos legais anteriores à Constituição da República devem ser interpretados conforme a constituição e os posteriores da mesma forma, sob pena de estarem maculados da eiva da inconstitucionalidade, consubstanciado, neste passo, o princípio da supremacia da Constituição²⁴.

21 Inciso II do artigo 129 da Constituição da República Federativa do Brasil.

22 *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, p. 197-8.

23 Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. Coimbra, Arménio Amado, 1979.

24 Luís Roberto Barroso. *A Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 150.

Como indigitado, o Ministério Público tem as suas funções inseridas na Constituição da República, incumbindo-lhe, desta feita, atender a tais ditames, os quais, a todo evidente, parecem não se coadunar com a atuação em casos em que não há nenhum interesse público primário, difuso, coletivo ou individual homogêneo indisponível, tanto no exemplo já citado de uma separação judicial de pessoas maiores, quanto, *v.g.*, em relação à sua atuação compulsória no mandado de segurança. Não havendo cabimento, portanto, o raciocínio de que há previsão legal para tanto²⁵, pois é certo que se trata de dispositivo legal pretérito à ordem constitucional.

Na esteira do raciocínio, os membros do Ministério Público terão condição de concentrar seus esforços no alcance dos anseios da sociedade revelados pela Assembléia Nacional Constituinte, de 1988, pois como bem asseverado por Sérgio de Andréa Ferreira²⁶, o *Parquet* funciona como o Advogado da Sociedade, atuando não só na sociedade, mas para a sociedade.

4.5. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A FISCALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Os serviços públicos estão nitidamente alcançados pelo conceito de interesse público primário e social, bastando, para tanto, a sua análise em confronto com os denominados interesses transindividuais, cunhados como direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos indisponíveis, podendo-se alcançar tais conceitos no parágrafo único do artigo 81 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O Ministério Público brasileiro tem uma feição ímpar no cenário mundial, haja vista a sua desvinculação hierárquica da divisão tripartite dos poderes, contando com autonomia não só institucional, mas principalmente de seus membros, no que tange às garantias e prerrogativas. As garantias estão talhadas através da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios²⁷, que não devem ser interpretadas como privilégio, mas antes disso, e desde que bem utilizadas, como verdadeiras garantias da coletividade²⁸. Diante de uma pessoa que tem o cargo vitalício, identificado está alguém que não tem o que temer em relação a injunções externas, senão à sua consciência e à lei. A inamovibilidade é um dos atributos mais importantes, pois é muito fácil e conveniente *transferir* algum investigador quando está incomodando, ou, ao revés, *designar* um acusador de exceção para determinado caso, como acaba por ocorrer, lamentavelmente, em alguns episódios envolvendo policiais conscientes da sua atuação; não raro se escuta, no atuar ministerial, determinado investigado insatisfeito asseverando que *providenciará a transferência* do membro do Ministério Público, o que efetivamente, resta frustrado. Ademais, a irredutibilidade de subsídios, afigura-se, também, como importante segurança à pessoa natural que exerce a função de membro do Ministério Público, pois seria muito fácil aviltá-lo financeiramente para que se rendesse a interesses espúrios.

Registre-se, por derradeiro, que a independência funcional tem por limite a consciência e a lei do membro do Ministério Público, deixando-o a salvo de qualquer subordinação hierárquica institucional.

Nesta conformidade, vislumbra-se que o Ministério Público se presta, com perfeição, ao desempenho da função clássica já identificada do *ombudsman*. O Ministro do Egrégio Supremo Tribunal Federal Celso de Mello²⁹, exortou a função ministerial:

25 Artigo 10 da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

26 Sérgio de Andréa Ferreira, *op. cit.*, p. 21.

27 Inciso I do § 5º do artigo 128 da Constituição da República Federativa do Brasil.

28 Hugo Nigro Mazzili. *Regime jurídico do Ministério Público*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p. 148.

29 *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 147, p. 161.

“(…) com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional, *atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil*” (destaques nossos).

Para o cumprimento do comando constitucional de *ombudsman*, notadamente reservado ao *Parquet*, necessário se fez a elaboração de mecanismos efetivos ao desenvolvimento de seu mister, sob pena de restar apenas a figura delineada de um Ouvidor.

4.6. INSTRUMENTOS PARA O DESEMPENHO DAS FUNÇÕES DE OMBUDSMAN PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - INQUÉRITO CIVIL E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Para o desempenho da fiscalização da prestação dos serviços públicos, não só sob o ponto de vista repressivo, mas sobretudo preventivo e implementador, a Constituição da República dispôs sobre o inquérito civil e a ação civil pública³⁰.

O inquérito civil³¹, criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, é um dos instrumentos mais importantes para a atuação dos membros do Ministério Público na defesa dos denominados interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos indisponíveis, inserindo-se, nesta órbita, repita-se, a fiscalização sobre a prestação dos serviços públicos.

Trata-se de um procedimento de natureza administrativa inquisitorial, de utilização exclusiva do Ministério Público, carecedor, ainda, de regulamentação. Consigne-se que há anteprojeto de lei para discipliná-lo, elaborado por uma comissão, da qual fizemos parte, instituída pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público³².

O procedimento de investigação, denominado de inquérito civil, quando instaurado será presidido pelo membro do Ministério Público e destinar-se-á à colheita de provas para que seja expedida recomendação ao investigado; promovida audiência pública; realizado termo de ajustamento de conduta, ou, então, intentada ação judicial, intitulada de ação civil pública. A coercibilidade do instrumento de investigação, além do fato de a figura da presidência, em razão da identificação do *ombudsman*, está no poder de requisição de informações, ressaltando que o seu não atendimento configura-se crime previsto no artigo 10 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985³³.

30 Inciso III do artigo 129 da Constituição da República Federativa do Brasil.

31 E não inquérito civil *público*, em razão de não haver a contraposição de um inquérito civil *privado*.

32 “Art. 1º O inquérito civil é investigação administrativa prévia, de caráter inquisitorial, instaurada e presidida pelo Ministério Público, que se destina a colher elementos de convicção preparatórios para o exercício das atribuições a seu cargo, tais como:

a) a propositura de ação civil pública;
b) a tomada de compromisso de ajustamento de conduta dos causadores de danos a interesses transindividuais;
c) a realização de audiências públicas;
d) a expedição de recomendações para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública respeitem os direitos assegurados na Constituição, e a promoção das medidas necessárias à sua garantia;
e) a coleta de elementos de convicção necessários ao exercício de quaisquer outras atribuições a seu cargo.
Parágrafo único. O inquérito civil não é pressuposto processual para o ajuizamento das ações públicas a cargo do Ministério Público.”

33 “Artigo 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitado pelo Ministério Público.”

Corrobore-se que o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, chancelou o posicionamento de que a quebra de sigilo fiscal e bancário pelo Ministério Público, quando se tratar de contas públicas, independe de autorização judicial:

“EMENTA: – Mandado de Segurança. Sigilo bancário.

Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público – art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido”³⁴.

Não se torna difícil concluir que o inquérito civil é um instrumento de alcance efetivo dos objetivos acimados, revelado, neste sentido, pela pesquisa realizada por PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO³⁵, em que “em média, para cada duas ações promovidas pelo Ministério Público, uma é precedida de inquérito civil, ou seja, 50 %.(...) Quanto ao resultado, 61,19% dos processos transitados em julgado, precedidos de inquérito obtiveram êxito (...)”.

Já a ação civil pública, nominada desta forma, não está restrita à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Eis que outros diplomas legais prevêem a ação civil pública, como, v.g., Lei nº 7.853/89 (pessoas portadoras de deficiência física); Lei nº 7.913/89 (danos causados a investidores do mercado financeiro); Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e Lei nº 8.429/92 (Improbidade Administrativa).

³⁴ MS 21.729/DF, Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno.

³⁵ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 204.

Trata-se de uma forma de se levar ao conhecimento do Poder Judiciário o fato investigado, pugnando-se pela sua solução. Não se verifica apenas o Ministério Público como legitimado ativo, contudo, a prática tem demonstrado que a maioria das ações civis públicas intentadas tem por autor o *Parquet*³⁶.

4.7. A EFICÁCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A atuação do Ministério Público como *ombudsman* em relação à fiscalização dos serviços públicos tem sido notória, em diversas hipóteses, quando a sua presença tem sido curial para a defesa dos interesses sociais.

Na comarca de São Gonçalo, no Estado do Rio de Janeiro, foi instaurado o inquérito civil, de nº 81/00, pela 1ª Promotoria de Interesses Difusos do 5º Centro Regional, sob a presidência do Promotor de Justiça, cujo objetivo era a investigação do fato de estar o Município de São Gonçalo mantendo um contrato de coleta de lixo sem a realização de licitação para tanto. A argumentação expendida pelo ente público era o fato de que o “novo Governo” eleito, em janeiro de 2001, tinha se deparado com o caos urbano, estando a cidade sem nenhum tipo de serviço público referente à coleta e tratamento do lixo. Portanto, realizado foi o contrato, dispensando-se o certame, sob a égide da situação emergencial³⁷.

Ocorre que, expirado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias previstos para o contrato, alegou-se não ter sido possível a realização de licitação, realizando-se novo contrato emergencial com a mesma sociedade empresarial. Em audiência pública designada e presidida pelo Ministério Público, com a presença do Secretário de Governo, Procurador-Geral do Município e representantes da sociedade, em meados do mês de novembro de 2001, foi firmado um termo de ajustamento de conduta³⁸, no qual o governo pactuou a elaboração do edital de licitação, agora sim em caráter de urgência, sendo que o mesmo já foi publicado em dezembro de 2001.

Da mesma forma, se deu em relação a diversas investigações realizadas em todo o Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de resolver o problema da superpopulação carcerária das delegacias, quando, então, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro providenciou fosse firmado termo de ajustamento de conduta com o Governador do Estado do Rio de Janeiro, do qual fizeram parte os Secretários de Segurança Pública, de Direitos Humanos e Sistema Penitenciário e de Controle Geral, em 11 de setembro de 2001. O pacto engendrou a elaboração de um cronograma de abertura de vagas no sistema carcerário do Estado, restando estipulado que o seu descumprimento acarretaria em rigorosa cláusula penal³⁹.

O Ministério Público tem se mostrado um intransigente defensor da sociedade, na órbita jurisdicional.

36 Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *op. cit.*, p. 192.

37 Inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

38 Procedimento Investigatório nº 58 de 2001 - 1ª Promotoria de Interesses Difusos do 5º Centro Regional do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

39 “Cláusula 20 - O não cumprimento de qualquer das cláusulas ora acordadas, sujeitará o Estado ao pagamento de multa diária no valor de UFIR 100.000 (cem mil UFIRs), por cláusula não cumprida, a ser recolhida à conta do Fundo Penitenciário Estadual, gerido com a intervenção do Ministério Público e do Conselho da Comunidade, sendo os recursos assim recolhidos, destinados, integralmente, à reconstituição das unidades prisionais aqui mencionadas, inclusive em seu anexo.”

Na comarca da capital do Estado do Rio de Janeiro foi concedida liminar em ação civil pública, intentada em face da CERJ – Companhia Estadual de Energia Elétrica⁴⁰, visando impedir a concessionária de serviço público de interromper o fornecimento de energia elétrica, com fulcro no argumento do princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, sendo certo que a matéria é deveras controvertida nos tribunais.

Situação interessante se deu com a ação civil pública proposta pelo Ministério Público, na comarca de Petrópolis, no Estado do Rio de Janeiro, em face do Município de Petrópolis⁴¹, quando a atuação do *ombudsman* se deu exatamente em decorrência da ausência na prestação do serviço público, quando se pugnou pela impossibilidade de cobrança de uma tarifa de esgoto, sem que tivesse ocorrido a contraprestação do serviço específico, ou seja, o serviço público não estava sendo prestado.

Diante do quadro fático delineado, identifica-se que o estabilizador do equilíbrio social, comprometido apenas com a sociedade – pois sempre foi e será social –, é o Ministério Público, o verdadeiro *ombudsman*; instituição que cada vez mais se insere no cenário nacional como o responsável pela moralização e transparência da atuação dos administradores públicos, incluídos aí todos que, de alguma forma, prestam serviços públicos.

5. CONCLUSÕES

- 1) O *ombudsman*, com origem no Direito Escandinavo assume a função de fiscal da atuação na prestação dos serviços públicos, de forma independente e autônoma.
- 2) No cenário brasileiro, acaba por se tentar distorcer a figura do *ombudsman*, identificando-o como um mero órgão denominado de SAC – *Serviço de Atendimento ao Consumidor*.
- 3) O ouvidor se confundiu, em alguns países, com o *ombudsman*, notadamente em Portugal e Espanha.
- 4) No Direito Brasileiro o ouvidor surgiu como um *ombudsman*, posteriormente, vindo a alcançar outro modelo, prestando-se a funcionar apenas como intermediário do usuário e o prestador do serviço público, apto a ouvir e repassar o reclamo.
- 5) O ouvidor tem a sua estrutura diversa do *ombudsman*, refletidamente na autonomia e possibilidade de atuação. O *ombudsman*, não só tem independência na investigação como, sobretudo, tem legitimidade para a propositura de ações judiciais visando a reparação do desvio.
- 6) O Ministério Público tem, por destinação constitucional, o dever de zelar pelo interesse público primário e social. É neste sentido que se apresenta como verdadeiro *ombudsman*, haja vista as garantias e prerrogativas de seus membros, corroborado pela sistemática legal que prevê os instrumentos do inquérito civil e da ação civil pública.

40 TJRJ, Des. Cássia Medeiros, 18º Câmara Cível, unânime, em 18/12/98, Processo: 1998.002.06224. Data de Registro: 02/02/1999. Folhas: 995/998.

41 TJRJ, Des. Semy Glanz, 4º Câmara Cível, unânime, em 26/11/1998. A.I. 1998.002.01351. Data de Registro: 09/08/1999 Folhas: 23.055/23.070

7. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *A interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Constituição da república federativa do Brasil anotada*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti allá giustizia civile*. *Revista de Processo*, nº 5, 1977.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público do Processo Civil e Penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Acesso à justiça – Juizados Especiais cíveis e ação civil pública*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DEBBASCH, Charles. *Science administrative*, Paris, 1970

FERREIRA, Sergio de Andréa. *Princípios institucionais do Ministério Público*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Coletânea de Legislação Brasil – Organização Judiciária, 1996.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Ação civil pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Manual de direito administrativo*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

H. W. R. Wade. *Administrative law*, Oxford, 1967, trad. italiana de C. Geraci sob o título *Diritto amministrativo inglese*, Milão, 1969.

JÚNIOR, João Cancio de Mello. *A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2001.

JÚNIOR, Nelson Nery. *Código de processo civil comentado*. 5ª ed. São Paulo : RT, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1979.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Ação civil pública*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001.

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

_____. *O inquérito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *As investigações do Ministério Público*. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público do Estado de São Paulo* nº 28, agosto de 1999.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOREIRA, José Carlos. *A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”*. *Temas de Direito Processual*, 1ª série. Saraiva, 1977.

_____. *A proteção jurídica dos interesses coletivos*. *Temas de Direito Processual*, 3ª série, Saraiva, 1984.

_____. *A Legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito*

brasileiro. *Temas de Direito Processual*, 3ª série, Saraiva, 1984.

_____. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. *Temas de Direito Processual*, 3ª série, Saraiva, 1984.

_____. La iniciativa em la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (Um aspecto de la experiência brasileira). *Temas de Direito Processual*, 5ª série, Saraiva, 1994.

_____. Ação civil pública e programação da TV. *Temas de Direito Processual*, 6ª série. Saraiva, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização. Privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

VELLANI, Mario. *Il pubblico Ministero nel processo*. Bologna, 1965, v. 1, t. 1

**Publicado originalmente na Revista nº 27 jan./mar. 2008, p. 227.*

DA TUTELA PREVENTIVA DOS DIREITOS DIFUSOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO¹

PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO*

I – Síntese do Trabalho

O trabalho se propõe a enfatizar, objetivamente, aspectos dos chamados direitos difusos, procurando dar solução prática, atual e imediata, destinada, sempre que possível, a impedir a consumação de lesão decorrente deste direito.

Na sua fase inicial ele se destina a formar um paralelo entre os chamados direitos difusos ou coletivos com os direitos indisponíveis de grupos sociais, nos quais estão compreendidos.

A segunda parte do trabalho aborda o aspecto da legitimidade do Ministério Público para promover a tutela *in genere* dos direitos difusos, enquanto a terceira e última parte abrange o exercício prático desta tutela, com enfoque especial à prevenção.

II – Os Direitos Difusos como Direitos Indisponíveis de Grupos Sociais

A dificuldade na conceituação e a própria compreensão do que vem a ser os chamados direitos difusos, também conhecidos como coletivos, sociais, superindividuais ou ainda metaindividuais é correspondente à própria diversidade de sua melhor denominação².

O mundo moderno com o constante avanço industrial e tecnológico, a ameaça latente no mundo contemporâneo à própria preservação de valores históricos, culturais, religiosos, de meio ambiente, de saúde, de educação, de ordem social, de informação, econômicos e outros, tornaram-se preocupação de todos quantos participam da vida em sociedade.

Não se trata mais, como no modelo clássico, de preocupação individual de cada cidadão, mas de preocupação coletiva de grupos sociais. Eventuais lesões a estes direitos afetam não o indivíduo isoladamente considerado, mas todo aquele grupo social, que, direta ou reflexamente, possa sofrer os efeitos da lesão.

Tal o avanço da civilização com as novas exigências, e as antigas até então negligenciadas, de uma melhor e mais justa vida em sociedade, que seria praticamente impossível apontar todos os interesses que estariam compreendidos nestes direitos coletivos e até mesmo de fixar-lhe, *a priori*, conteúdo específico.

* Professor Titular de Teoria Geral do Processo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 1 Tese apresentada no VI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em São Paulo, junho de 1985.

2 Veja-se a crítica de Prato Pisani sobre a expressão interesse coletivo, sugerindo conceituá-lo como superindividual, in “*Appunti Preliminari Per Uno Studio Sulla Tutela Giurisdizionale Degli Interessi Collettivi (O Piu Esattamente: Superindividual) Innanzi Al Giudice Civile Ordinário*”, publicado no volume *Le azioni a tutela di interessi collettivi* (da Universidade de Pavia), 1976, págs. 263/266. José Carlos Barbosa Moreira utilizou a expressão “interesses difusos” no seu trabalho: “A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados Interesses Difusos”, trabalho publicado in *Temas de Direito Processual* (Primeira Série), Saraiva, 1977, págs. 110/123. Posição bastante realista é a de Massimo Villone, que em seu trabalho “*La collocazione istituzionale dell’interesse diffuso*”, in *La Tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milão, 1976, pág. 73, trata do conceito de interesse difuso como *personaggio assolutamente misterioso*.

O que se pode extrair deles são algumas características comuns, que interessam ao tema e à finalidade deste trabalho.

Inicialmente, pode-se afirmar, embora pareça o óbvio, que os chamados direitos difusos pertencem a um número indeterminado de pessoas³, daí sua característica de universalidade ou de coletividade.

A satisfação deste direito por uma única pessoa é a satisfação de todo o grupo social, enquanto a lesão dele, de igual forma, afeta todo o grupo, daí decorre sua outra característica: o de ser um bem (*latu sensu*) indivisível⁴.

As características antes enunciadas bem como o próprio conteúdo dos interesses em jogo, nos traz, como conseqüência lógica, a terceira característica deste direito: sua indisponibilidade.

Os direitos difusos ou coletivos têm como uma de suas características mais marcantes o de serem direitos indisponíveis da própria sociedade.

Semelhantes direitos não mereceram ainda no Brasil cuidado maior do legislador.

Alguns se encontram inscritos explicitamente na Constituição Federal, como: art. 180, § único, que coloca sob a proteção especial do poder público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas; o artigo 160, que trata da ordem social e econômica; o § 5.º do art. 153, que garante a liberdade de consciência e assegura aos crentes o exercício dos cultos religiosos; o § 8.º do art. 153, que assegura a livre manifestação do pensamento, bem como a prestação de informação independente de censura; artigo 176 que assegura a educação como dever do Estado; outros podem ser deduzidos do sistema, conforme expressamente previsto no § 36, do art. 153, da Constituição Federal, *verbis*:

“§ 36 – A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que adota.”

Quanto à legislação específica sobre a proteção de alguns destes direitos coletivos⁵, podemos citar:

a – No campo cível: Lei 4.717, de 19-6-65, que trata da ação popular; Decreto-lei 41, de 18-11-66, que trata da dissolução judicial de sociedades civis de fins assistenciais; Lei 6.938, de 31-8-81, que regula a Política Nacional do meio ambiente; Lei 4.591, que dispõe sobre o condomínio nas edificações e nas incorporações imobiliárias;

b – No campo penal: Lei 4.717, de 15-9-65 - Código Florestal; Lei 5.197, de 3-1-67 -

3 Conforme José Carlos Moreira pode-se tratar, por exemplo, “dos habitantes de determinada região, dos consumidores de certo produto, das pessoas que vivem sob tais ou quais condições econômicas, ou se sujeitem às conseqüências deste ou daquele empreendimento público ou privado” - in “A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no Direito Brasileiro”, trabalho publicado, in *Temas de Direito Processual* (Terceira Série), Saraiva, 1984, pág. 184.

4 Veja-se novamente José Carlos Barbosa Moreira, na obra citada no nº 2, *supra*, página 184.

5 Waldemar Mariz de Oliveira Jr., in “Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos”, trabalho publicado na *Série Estudos Jurídicos nº 1 (A Tutela dos Interesses Difusos, Max Limonad, 1984)* apresenta com grande alcance exemplos extraídos da legislação brasileira (civil e penal) págs. 13/15. Veja-se, no campo penal, especificamente no aspecto da Proteção do consumidor e do meio ambiente, Luiz Flávio Gomes, in “O Ministério Público e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos”, trabalho publicado na “*Justitia*”, nº 116, págs. 122/124.

Código de Caça; Decreto-lei n.º 221, de 18-2-67 - Pesca; Lei 1.521, de 26-12-51 de economia popular; Lei 4.591 de 16-12-64, que regula crimes e contravenções nas incorporações imobiliárias; Lei 1.390, de 03-7-51 - Preconceito de raça ou de cor; O Código Penal, artigo 165 (dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico); art. 271 (corrupção ou poluição de água potável); art. 272 (corrupção, adulteração ou falsificação de substâncias alimentícias ou medicinais, etc...); Lei de Contravenções Penais, art. 38 (emissão de fumaça, vapor ou gás), art. 42 (perturbação de trabalho ou do sossego alheio), etc...⁶

O importante, dada a pequena regulamentação expressa e nominal dos chamados direitos difusos no campo cível, é a criação, a imaginação realista, com o enquadramento destes interesses nos princípios constitucionais e demais princípios do nosso ordenamento jurídico, já existentes. Pode-se afirmar, sem margem de erro, que qualquer direito coletivo que possamos imaginar como tal será passível de enquadramento legal em algum dos princípios de nosso ordenamento jurídico.

III - Da legitimidade para a defesa dos direitos difusos

A existência do direito difuso em si mesmo, seja através de expressa regulamentação legal, seja através de enquadramento legal implícito, por si só, não é suficiente a determinar que as coisas na vida prática com ele relacionadas se passem tal como no modelo previsto na norma protetora.

Do mesmo modo que os direitos individuais, os direitos difusos estão sujeitos à lesão ou à ameaça de lesão por terceiros.

Portanto, não basta, obviamente, a regulamentação da existência destes direitos, mas antes que existam meios e pessoas que possam fazer valer estes direitos, seja prevenindo a lesão, seja impedindo que ela continue a ocorrer, seja punindo, cível ou penalmente, aquele que tenha contribuído para a sua consumação.

Os estudos doutrinários sobre as pessoas, *lato sensu*, que deveriam ter legitimidade para a defesa, em juízo destes direitos⁷, apontam como legitimados: ora a qualquer um dos co-titulares do grupo social, interessados, ora a de associações que tenham por fim específico a defesa daquele direito em jogo, ora órgão do próprio Estado, dentre os quais podemos destacar o Ministério Público.

A nossa legislação, a um primeiro exame, tem adotado, indistintamente, uma das fórmulas antes propostas para a defesa judicial cível destes direitos.

Assim, na ação popular, a legitimidade para ação destinada à proteção dos direitos difusos previstos na Lei 4.717, de 19-6-65, é de qualquer cidadão e portanto, dos co-titulares, individualmente ou em litisconsórcio voluntário, cabendo ao Ministério Público a legitimação para agir, como autor, somente na hipótese de desistência do autor popular ou quando ele der causa à extinção do processo sem julgamento de mérito⁸.

⁶ Sobre a proteção penal dos interesses difusos, vejam-se: *Franco Bricola*, no seu trabalho "Le Azioni a Tutela di Interessi Collettivi nel Processo Penale", publicado no volume "Le Azioni a Tutela di Interessi Collettivi"; *René Ariel Dotti*, in "A Tutela Penal dos Interesses Coletivos", trabalho publicado na *Série Estudos Jurídicos* n.º 1, págs. 54/77; *Mauro Cappelletti*, in "Appunti sulla Tutela Giurisdizionale di Interessi Collettivi o Diffusi", trabalho publicado no volume *Le Azioni a Tutela di Interessi Collettivi*, no qual o ilustre Professor da Universidade de Florença sustenta a inadequação do Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos no processo penal, sugerindo, à semelhança da experiência francesa, a criação de uma figura de *Pubblico Ministero Privato*, cujas funções caberiam aos co-titulares do direito ou às associações (págs. 194/196).

⁷ Conforme *Proto Pisani* no trabalho citado na nota (1) e José Carlos Barbosa Moreira, na obra citada na nota (2).

⁸ Conforme José Carlos Barbosa Moreira, in "Legitimação para Agir", primeira parte do trabalho - "Tutela

A Lei 4.215, de 27-4-63, regula a legitimidade de uma associação de classe, a OAB, para agir contra qualquer pessoa que infringir as disposições do Estatuto daquele órgão. No Rio de Janeiro se encontra em votação, na Assembléia Estadual, Lei que confere legitimidade às associações de bairro para a defesa dos direitos da comunidade em face de concessão de licenças de obra que não atendam os requisitos legais.

Ao Ministério Público caberia a legitimação para promover no Juízo Cível ação de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, Lei 6.938, de 31-8-81, art. 14, § 1.º, bem como a de promover a dissolução judicial de sociedades civis de fins assistenciais, que recebam auxílio ou subvenção do poder público, ou se mantenham, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares, nas hipóteses previstas no art. 2.º do Decreto-Lei 41, de 18-11-66.

A preocupação da grande maioria dos doutrinadores, que têm tratado do assunto, se volta em perquirir desta legitimidade com enfoque único e exclusivo da legislação específica que cuida do direito difuso nela regulado.

Esta legislação, incompletíssima, pois somente determinados direitos difusos específicos encontram regulamentação quanto ao aspecto da *legitimatío*, não tem sido uniforme sobre o assunto, como já examinado, e ainda a sua falta de regulamentação específica tem levado mesmo a possibilitar a consumação de graves lesões de direitos coletivos, sem que se tenha imaginado fórmula capaz de legitimar a defesa destes direitos.

Se tivermos o cuidado de ler o art. 1.º da Lei Complementar n.º 40, de 14-12-81, que organizou o Ministério Público, formulando princípios e normas a serem aplicadas por todos os Estados da Federação, verificaremos que compete ao Ministério Público a responsabilidade perante o judiciário pela defesa dos interesses indisponíveis da sociedade.

Esta Lei, que é complementar à Constituição Federal, fornece de forma clara a legitimidade a um órgão do Estado, no caso o Ministério Público, para agir junto ao Judiciário na defesa dos direitos indisponíveis da sociedade, nos quais estão compreendidos, como examinado na primeira parte deste trabalho, os direitos difusos ou coletivos.

Ora, se o Ministério Público é o responsável pela defesa junto ao poder Judiciário destes direitos, temos em contrapartida ser dever seu promover, através dos meios e instrumentos legais existentes, tal desiderato.

É preciso frisar que não se pretende excluir, *a priori*, a legitimação de outras pessoas como a dos co-titulares ou das associações de classe⁹, o fato, entretanto, é que a legislação vigente dá, *in genere*, tal legitimidade ao Ministério Público, e é necessário, principalmente, em termos práticos, que o Ministério Público aja na defesa judicial

Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos”, publicado in *Temas de Direito Processual* (Terceira Série), pág. 200. Colocação interessante sobre a posição do Ministério Público na Ação Popular encontramos no trabalho de Itamar Dias Noronha - “O Ministério Público Interviente na Ação Popular: Ampliação de sua Atividade Recursal”, publicado in: “*Justitia*”, vol. 116, págs. 133/140.

⁹ Sobre a legitimação dos co-titulares veja-se a interessante colocação de Ada Pellegrini Grinover, no seu trabalho “A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Sistema Brasileiro”, publicado na *Série Estudos Jurídicos* n.º 1, págs. 177/186, no qual a ilustre Professora seguindo a característica de indivisibilidade do direito difuso, lançada por José Carlos Barbosa Moreira, aponta a possibilidade, em analogia ao disposto no art. 892, primeira parte do Código Civil, da legitimação do indivíduo para as ações coletivas. Quanto à legitimidade das associações, consulte-se o excelente trabalho de Kazuo Watanabe - “Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: A Legitimação para agir”, publicado na *Série Estudos Jurídicos* n.º 1, onde o Professor da Universidade de S. Paulo sustenta tal legitimação com base nos artigos 153, § 28, 166, 160 e 176, todos da Constituição Federal.

destes direitos¹⁰, enquanto os juristas discutem, para posterior elaboração de lei, a conveniência ou não da extensão desta legitimação a outras pessoas ou associações e até mesmo outros órgãos estatais.

A grande projeção do Ministério Público como instituição se dará, certamente, na medida em que puder efetivamente dar a indispensável proteção a esta gama, sempre crescente, de direitos coletivos. Por outro lado, a falta a esta finalidade determinará a estagnação da instituição, dando margem à criação de outros órgãos do Estado, como por exemplo o Ouvidor Geral de que já se cogita em determinados Estados, para cumprir esta missão¹¹.

Os meios, os instrumentos e os recursos a este fim¹² deverão ser pleiteados com firmeza pelos Ministérios Públicos Estaduais, cabendo até num vôo de imaginação criadora, a afirmação de ser difuso o direito ao aparelhamento dos Ministérios Públicos para a real e prática defesa dos demais direitos coletivos, a ele cometidos *in genere* até aqui com exclusividade, ressaltando-se, sempre, aquelas isoladas hipóteses de legitimação para outras pessoas ou associações.

IV – Da Tutela Judicial dos Direitos Difusos, com especial enfoque à prevenção¹³.

A legislação, atualmente existente, que regulamenta especificamente a proteção de determinados direitos difusos em Juízo, tem sua preocupação voltada, primordialmente, para o aspecto de repressão (tutela sancionatória) pressupondo, as mais das vezes, a ocorrência da lesão para que o órgão ou pessoa encarregada de sua defesa atue.

Neste sentido a Lei 6.938, de 31-8-81, de Política Nacional do Meio Ambiente, que em seu § 1.º do art. 14, dispõe:

§ 1.º – “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo é o poluidor obrigado, independentemente de existência da culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por suas atividades. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao ambiente” (Grifos nossos).

10 Apesar das críticas à legitimação do Ministério Público para a proteção judicial dos interesses difusos, sejam as lançadas nos Congressos de Pavia (1974) e de Salerno (1975), cujos trabalhos e conclusões se encontram respectivamente nos volumes: *Le Azioni a Tutela do Interessi Collettivi*, Pádua (1976) e *La Tutela degli Interessi Diffusi Compartimentale Riguardo alla Protezione dell’Ambiente e di Consumatori*, Milão 1976, e ainda a consubstanciada no Trabalho de Waldemar Mariz de Oliveira Jr., citada na nota (4), temos que os inconvenientes apontados sejam aqueles relativos à própria independência do *parquet*, principalmente no aspecto da nomeação e demissibilidade *ad nutum* do Procurador-Geral, sejam aqueles da falta de aparelhamento, jamais poderiam ser tidos como suficientes, por si sós, a banir a legitimação dos Ministérios Públicos Estaduais para este fim. A independência dos Ministérios Públicos Estaduais é fato incontestado e os inconvenientes que se verificam na nomeação e demissibilidade do Procurador-Geral já se encontram superados em alguns dos Estados da Federação. Do mesmo modo, a ter que se aparelhar algum órgão, porque não o próprio Ministério Público, instituição voltada primordialmente para a defesa dos direitos indisponíveis da sociedade.

11 No Estado do Rio de Janeiro se cogita da criação da figura do “Ouvidor Geral” voltada principalmente para a defesa do consumidor. Tal figura nascida de Lei Estadual, e não pertencente ao Ministério Público, jamais encontraria legitimidade para a defesa em Juízo de interesses difusos.

12 Sobre o aparelhamento do Ministério Público para a defesa judicial dos interesses difusos, veja-se o trabalho, de Kenneth A. Manaster – traduzido por Renato Guimarães Jr. com adaptações – “Processo Criminal e Civil contra Poluidores: Primeiras Reflexões”, publicado na “*Justitia*”, vol. 113, págs. 194/214.

13 Quanto à tutela dos interesses difusos no campo do Direito Administrativo (concessões para mineração, atos e planos de desapropriação, bens culturais e ambientais a serem tidos como tal e preservados, etc...) veja-se os trabalhos de Massimo Severo Giannini e de Franco Gaetano Scoca, respectivamente: “*La Tutela degli Interessi Collettivi nel Procedimenti Amministrativi*” e “*La Tutela degli interessi Collettivi nel Processo Amministrativo*”, ambos publicados no vol. *Le Azioni a tutela de Interessi Collettivi*, págs. 23 e 43.

Do mesmo modo, o Decreto-Lei n.º 41, de 18-11-66, que trata da dissolução judicial de sociedades civis de fins assistenciais, que recebam auxílio ou subvenção do Poder Público, ou se mantenham, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares, quando: I - Deixem de desempenhar efetivamente as atividades a que se destinam; II - Apliquem as importâncias representadas pelos auxílios, subvenções ou contribuições populares em fins diversos dos previstos nos seus atos constitutivos ou nos estatutos sociais; III - Fiquem, sem efetiva administração, por abandono ou omissão continuada de seus órgãos diretores.

Nestes dois exemplos, verifica-se que o legislador não se preocupou com o aspecto da prevenção judicial destes interesses, indicando no primeiro o Ministério Público como legitimado para a ação de responsabilidade civil, enquanto no segundo exemplo a legitimação deste mesmo órgão se volta para dissolução, sem preocupação de indicação de normas processuais que pudessem compelir a sociedade a cumprir seus objetivos ou mesmo de abster-se de atos que pudessem gerar uma das causas de dissolução.

Até mesmo na ação popular, a legitimação do cidadão está voltada para a anulação ou declaração de nulidade do ato lesivo ao patrimônio das entidades mencionadas no art. 1.º da Lei 4.717, de 19-6-65, não havendo, igualmente, dispositivo legal que permita, exemplificativamente, ação judicial destinada a obrigar uma daquelas entidades a praticar atos de conservação em determinados bens públicos tombados, sem os quais certamente viriam a perecer. A preocupação do legislador, neste passo, se deu somente através do § 4.º da Lei antes mencionada, com a possibilidade, na defesa do patrimônio público, da suspensão liminar do ato lesivo impugnado.

Veja-se também o artigo 64 da Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964 - dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias - que trata da imposição de multa a ser aplicada aos órgãos de informação e publicidade que divulguem publicidade sem os requisitos exigidos pelo § 3.º do artigo 32 e pelos artigos 56 e 62 da mesma Lei (número de inscrição do Memorial de Incorporação, preço da construção, sua reajustabilidade, o orçamento do custo da obra por administração, etc...). Não se cogita na lei de medidas que impeçam a continuação da publicidade e muito menos de correção através do próprio veículo de comunicação, prevenindo ou pelo menos minimizando os danos que dela certamente resultariam.

Quanto aos demais interesses dos grupos sociais considerados como difusos, que relacionamos no início do trabalho, sequer encontram, na sua grande maioria, tratamento legislativo cível específico.

Os danos normalmente ocasionados pela lesão de direitos difusos - como o envenenamento das águas de um rio por substâncias químicas lançadas durante largo período de tempo por indústria situada a sua margem; a poluição do ar de determinada região por fábricas ou indústrias que gerem o lançamento de fumaça tóxica; a reiterada propaganda de determinado produto considerado nocivo à saúde ou de incorporação imobiliária sem os requisitos legais; a distribuição e venda por estabelecimento comercial de produto alimentar básico com produtos químicos outros que façam mal à saúde; a aplicação por empresas públicas, autarquias, de verbas destinadas a fins sociais da comunidade - esgoto de região, escolas, restauração de monumentos históricos, preservação de paisagem, etc... em outros fins dificilmente encontrarão mensuração financeira, e, o que é pior, podem ocasionar a total impossibilidade seja de sua recomposição original, restauração, correção ou cura, e mesmo da criação de situação nova idêntica àquela objeto da lesão.

Por estas razões, estes direitos devem ter, sempre que possível for, proteção preventiva, de modo a evitar a possibilidade de lesão ou impedir que ela prossiga¹⁴.

Seria possível, nos exemplos antes formulados, a promoção de medidas judiciais preventivas que evitassem ou impedissem a consumação daqueles eventos, ou até mesmo a compulsa determinado tipo de atuação em benefício da comunidade social.

A indagação que se poderia fazer no sentido de como atuar na prevenção judicial dos interesses difusos, que não encontram, como examinado, regulamentação específica ou genérica em Lei, encontraria resposta, pelo menos provisória e quase suficiente, no Código de Processo Civil. Nele estão regulados os meios e modos judiciais destinados à defesa dos direitos materiais, no campo cível, *lato sensu*, entre os quais se encontram os direitos coletivos¹⁵.

Não existindo ainda Lei especial¹⁶ que regule processualmente, *in genere*, a matéria, aplica-se o Código de Processo Civil, inclusive, e também subsidiariamente, àquelas incompletas leis específicas que tratam de alguns direitos difusos.

Assim, no aspecto da prevenção, entendido não somente na órbita das medidas cautelares, provisórias que são, mas principalmente naquelas em que se possa encontrar definitivamente a solução para hipótese concreta, sob forma de prestação jurisdicional satisfativa, podemos citar alguns meios judiciais extraídos do Código de Processo Civil, destinados à proteção preventiva dos direitos difusos:

a – *Procedimentos especiais de jurisdição contenciosa:*

A ação de nunciação de obra nova com a finalidade de impedir que o particular construa em contravenção da Lei, do regulamento ou da postura (art. 934, II, do CPC), inclusive com possibilidade de embargo extrajudicial.

O próprio interdito proibitório numa interpretação elástica do art. 932 do CPC poderia ser usado na proteção preventiva dos direitos difusos, em face de proibição abusiva de órgãos do poder público na utilização de bens públicos de uso comum: mares, rios, estradas, ruas e praças (art. 66, I, do Código Civil).

b – *Procedimentos comuns de jurisdição contenciosa:*

Ações com preceito cominatório (art. 287 do CPC), destinadas à condenação do réu a abster-se da prática de algum ato (obrigação de não fazer, condenação para o futuro), a tolerar alguma atividade, praticar determinado ato ou prestar fato (obrigação de fazer¹⁷).

14 Neste sentido José Carlos Barbosa Moreira, no seu trabalho “A Proteção Jurídica dos Interesses Coletivos”, publicado in *Temas de Direito Processual* (Terceira Série), págs. 173/181, no qual o Mestre afirma: “O mecanismo protetor, aí, ou funciona em caráter preventivo, ou decididamente não funciona de modo que valha a pena. Cumpre evitar a consumação do mal, que, consumado, é em regra irremediável” (pág. 178).

15 Consulte-se por tudo e por todos, José Carlos Barbosa Moreira, in “Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva”, trabalho publicado na segunda série de seus *Temas de Direito Processual*.

16 Um anteprojeto de Lei para a tutela dos interesses difusos preparado, com a colaboração de Ada Pellegrini Grinover, Candido Rangel Dinamarca, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Jr. foi apresentado, e relatado pelo Professor José Carlos Barbosa Moreira, no Congresso Nacional de Direito Processual realizado em Porto Alegre (julho de 1983) e aprovado à unanimidade com as sugestões apresentadas pelo Relator e já se encontra em forma de projeto de Lei a ser submetido ao Congresso: Projeto de Lei nº 3.034, de 1984. Pelo projeto (artigo 4º) a legitimação para a promoção de ação civil é concorrente: do Ministério Público ou de associações que tenham em sua finalidade a proteção dos interesses previstos na Lei, ou ainda da União, Estados e Municípios, de suas autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, que tenham também finalidades idênticas às das associações mencionadas. Consagra também o projeto uma série de medidas judiciais voltadas diretamente à prevenção dos interesses difusos: artigos 3.º, 6.º, 8.º e 9.º.

17 O legislador processual civil se preocupou praticamente com a tutela sancionatória e até mesmo nestas hipóteses de tutela preventiva – ações destinadas à condenação a cumprimento de obrigação de fazer ou de não

Sempre que necessário, não havendo previsão legal própria, será possível requerer ao Juiz, no bojo da própria ação satisfativa destinada à proteção do interesse difuso, a determinação de medida liminar com base no poder cautelar genérico conferido ao mesmo pelo art. 798 do Código de Processo Civil, visando a impedir a consumação da lesão antes do julgamento da ação.

O artigo 798 do CPC permite ao Juiz determinar medidas provisórias que julgar adequadas, presentes obviamente o *fumus bonis iure* e o *periculum in mora*, deixando em aberto campo vastíssimo de aplicação para qualquer hipótese que se possa imaginar.

No campo prático, as ações e medidas judiciais antes enumeradas encontrariam aplicação idônea na tutela preventiva de direitos difusos.

Voltando a alguns dos exemplos formulados no corpo deste trabalho, verificaremos a possibilidade desta tutela preventiva nos seguintes casos: ação com preceito cominatório destinada a impedir o funcionamento da fábrica que expele fumaça tóxica, da indústria que joga substâncias químicas no rio; ação destinada a obrigar empresa pública, autárquica ou sociedades de fins assistenciais (Decreto-Lei 41/66) a empregar as verbas específicas em projetos sociais de interesse da comunidade a eles destinadas, ou a cumprir sua missão social em determinado prazo razoável; ação destinada a impedir a venda ou distribuição de produto básico alimentar com ingredientes químicos outros nocivos à saúde, inclusive com a prévia utilização de ação cautelar de busca e apreensão do produto; ação destinada a obrigar órgão público à conservação de bem público tombado de notável valor histórico, à preservação de paisagem; ação destinada a impedir o prosseguimento de veiculação de propaganda de incorporação imobiliária sem os requisitos da Lei.

Inúmeras outras hipóteses práticas poderiam ser mencionadas para a proteção preventiva dos chamados direitos difusos, enquadráveis certamente no esquema antes formulado, inclusive aquelas que pudessem obrigar o réu à correção da atividade nociva, como a colocação de determinado tipo de filtro que impedisse a poluição através de fumaça tóxica ou eliminasse as substâncias químicas que envenenariam as áreas do rio e assim por diante.

O importante, entretanto, é a conscientização da relevância da prevenção na proteção destes direitos, finalidade maior deste trabalho.

V – Conclusões

- 1 - Os direitos difusos são considerados como direitos indisponíveis da sociedade.
- 2 - A Lei Complementar n.º 40, de 14-12-81, confere ao Ministério Público legitimidade, *in genere*, para a defesa junto ao Poder Judiciário dos direitos indisponíveis da sociedade dentre os quais, de acordo com a conclusão 1, *supra*, se compreendem os chamados direitos difusos.
- 3 - A preocupação maior do Ministério Público na tutela judicial dos direitos difusos deve se dar no campo da prevenção, com a utilização, à falta de legislação específica ou de sua incompleta regulamentação, das normas procedimentais do Código de Processo Civil.

fazer, o preceito cominatório somente passa a incidir no caso de descumprimento do provimento judicial, o que dá margem, na prática, a dificultar a viabilidade deste tipo de tutela. Nestas hipóteses, sempre que necessário, seria possível a aplicação do poder cautelar genérico conferido ao Juiz pelos artigos 798 e 799, do CPC, a ser requerido no bojo da própria ação. Não ficaria também afastado nestas ações cíveis que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, de pedido de execução específica, se este puder se revelar idôneo e possível, ao invés de cominação de multa pelo descumprimento do provimento emitido pela sentença.

BIBLIOGRAFIA

- Proto Pisani, "Appunti Preliminari Per Uno Studio Sulla Tutela Giurisdizionale Degli Interessi Collettivi (O Piu Esattamente: Superindividual) Inmanzi Al Giudice Civili Ordinário", publicado no volume: *Le Azioni A Tutela Di Interessi Collettivi* – Cedam – Padova, 1976.
- José Carlos Barbosa Moreira, "A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela: Jurisdicional dos Chamados Interesses Difusos", publicado in *Temas de Direito Processual*, primeira série, Editora Saraiva. 1947.
- "A legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro", publicado in *Temas de Direito Processual*, terceira série, Editora Saraiva, 1984.
 - "A legitimação para Agir", primeira parte do trabalho "Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos", publicado in *Temas de Direito Processual*, terceira série, Editora Saraiva, 1984.
 - "A Proteção Jurídica dos Interesses Coletivos", publicado in *Temas de Direito Processual*, terceira série, Editora Saraiva, 1984.
 - "Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva", publicado in *Temas de Direito Processual*, segunda série, Editora Saraiva, 1980.
- Massimo Villone, *La Collocazione Instuzionale dell' Interessi Diffuso*, in *La Tutela Degli Interessi Diffusi nel Diritto Comparato*, Milão, 1976.
- Waldemar Mariz de Oliveira Jr., "Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos", publicado na *Série Estudos Jurídicos* n.º 1, Editora Max Limonad, 1984.
- Luiz Flávio Gomes, "O Ministério Público e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos", in "Justitia" n.º 116.
- Franco Bricola, "Le Azioni a Tutela di Interessi Collettivi nel Processo Penale", publicado no volume *Le Azioni a tutela di Interessi Collettivi*.
- René Ariel Dotti, "A Tutela Penal dos Interesses Coletivos", publicado na *Série Estudos Jurídicos* n.º 1, págs. 54/77.
- Itamar Dias Noronha, "O Ministério Público Interveniente na Ação Popular: Ampliação de sua Atividade Recursal", publicado in "Justitia", vol. 116, páginas 133/140.
- Ada Pellegrini Grinover, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Sistema Brasileiro", publicado na *Série Estudos Jurídicos* n.º 1, págs. 177/186.
- Kazuo Watanabe, "Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: A Legitimação para Agir", publicado na *Série Estudos Jurídicos* n.º 1.
- Kenneth A. Manaster e Renato Guimarães Jr., "Processo Criminal e Civil contra Poluidores: Primeiras Reflexões", publicado na "Justitia", vol. 113.
- Massimo Severo Giannini, "La Tutela Degli Interessi Collettivi Nel Procedimenti Amministrativi", in *Le Azioni a Tutela di Interessi Collettivi*, Pádua, 1976.
- Franco Gaetano Scoca, "La Tutela Degli Interessi Collettivi nel Processo Amministrativo in Le Azioni a Tutela di Interessi Collettivi", Pádua, 1976.

*Publicado originalmente na Revista nº 21 jan./jun. 1985, p. 77.

A TECNOLOGIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO ADMIRÁVEL MUNDO NOVO

PEDRO BORGES MOURÃO SÁ TAVARES DE OLIVEIRA*

Introdução

Como é que se vivia sem o Google? Sem a busca federada (capaz de pesquisar jurisprudência em todo os tribunais de uma só vez)? Que tédio era ficar preso a um computador em cima da mesa, sem estar conectado em qualquer lugar, de casa, do aeroporto ou da rua (onde houver *wifi* ou conexão 3G/4G). Como é que era no tempo em que a Revista dos Tribunais não era a *RT On Line*¹? Como fazíamos sem tanta tecnologia?

A velocidade das transformações é o tema. Segundo a teoria de Gordon Moore, um dos fundadores da Intel, a capacidade de processamento de dados da humanidade dobra a cada 18 meses, o que vem se provando verdadeiro desde que o conceito foi criado, em 1965. O inventor e empresário Ray Kurzweil, autor do livro *The Singularity is Near* (“A Singularidade Está Próxima”)² afirma que, por causa da taxa explosiva de desenvolvimento, o crescimento tecnológico no século 21 será equivalente a 20 mil anos de progresso na velocidade atual. Como faremos com tanta tecnologia?

O Direito, elemento essencial para a existência e preservação de um ambiente sociológico que produza tal realidade, encontra-se em especial posição. Não tende a desdobrar-se de maneira ágil, respeitando um tempo de entendimento social. Porém, os sinais de ruptura dos padrões de velocidade da mudança são claros.

Em tempos de *Big Data*³ e de redes sociais, conceitos e instrumentos que criam um inédito grau de cooperação entre os indivíduos, as análises do cotidiano são feitas por um número cada vez maior de indivíduos, qualificados por um fluxo crescente de informação. Estas circunstâncias, inexoravelmente, aceleram a dinâmica cognitiva e dialética que produz a evolução jurídica.

Os que assistem e vivem estes processos são chamados a se posicionar ante a maior circulação do dado e do conhecimento. O elenco de cobranças aumenta e os sistemas são postos a prova de modo mais célere. Todo este contexto nos leva a perguntar o que deve ser feito e como os operadores do Direito podem reagir.

Como em qualquer processo histórico, as escolhas fundamentais residem em liderar ou ser liderado, e o cenário parece exigir uma evolução na posição de liderança que a constituição reserva ao Ministério Público Brasileiro. Conceitos tradicionais dão lugar a uma visão de liderança por ideal, onde a cultura organizacional de um setor se sustenta na filosofia e nos modelos mentais do ente líder. Este cenário multiplica as possibilidades, abrindo caminho para os novos papéis.

*Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1 Onde foram parar os numerosos volumes de jurisprudência, antes tão cobiçados?

2 Kurzweil, Raymond, Penguin Group (USA) Incorporated, 2006.

3 Big Data é o conjunto de soluções tecnológicas capaz de lidar com dados digitais em volume, variedade e velocidade inéditos até hoje. Na prática, a tecnologia permite analisar qualquer tipo de informação digital em tempo real, sendo fundamental para a tomada de decisões *in* <http://oglobo.globo.com/infograficos/bigdata/>.

O possível adjacente

No final do século XIX em Paris, a taxa de mortalidade infantil era assustadoramente alta. Um em cada cinco bebês morria antes de aprender a engatinhar e, entre os prematuros, o número era muito maior. Com isto em mente, o obstetra parisiense Stéphane Tarnier caminhava em uma tarde de inverno pelo zoológico da cidade e, ao passar por dentro do Jardin des Plantes, teve a visão dos pintos recém-nascidos saindo da casca do ovo, todos acomodados em um recinto cálido, de onde os animais cambaleavam ao sair do ovo.

Isto fez surgir uma ideia. Imediatamente Stéphane contratou Odile Martin, responsável pela criação das aves, para construir algo para recém-nascidos humanos. Stéphane já sabia nesta época que a temperatura era fundamental para manter a vida dos bebês, havendo naquele tempo uma obsessiva demanda por estatísticas na comunidade médica parisiense.

Assim que a incubadora foi aplicada na prática (caixotes de madeira aquecidos por garrafas d'água) foi iniciado um estudo. Os resultados chocaram (sem trocadilho) a sociedade médica parisiense. Enquanto 67% dos bebês de baixo peso pereciam após o nascimento, apenas 38% dos que foram mantidos nas caixas aquecidas tiveram o mesmo destino. Era possível reduzir a taxa de mortalidade infantil de prematuros quase à metade apenas tratando-os como pintos nascidos no zoológico da cidade.

A história, extraída do livro “De onde vêm as boas ideias” do autor Steven Johnson⁴, ilustra a ideia do cientista Stuart Kauffman, que denomina de possível adjacente um futuro abstrato, pairando na borda das coisas do presente, em potência na frente de nossos olhos.

O que tanta tecnologia faz é ampliar o possível adjacente. Velhos problemas, há tempos sem solução, começam a deparar-se, pelos olhos daqueles que com eles se angustiam, com novos fatos e circunstâncias. Elementos que, aproveitando a crescente velocidade da transmissão da informação, tendem a chegar à percepção do indivíduo, fazendo-o capaz de transcender velhas formas de pensar para, associando o antigo como o novo, ou soluções para fins distintos, inovar.

Esta talvez seja a mais importante e produtiva maneira de reagir à invasão que a tecnologia realiza em nossas vidas cotidianas. Operadores do Direito começam a identificar soluções simplesmente pelo fato de que a quantidade de informações que lhes chegam, sobre os temas mais variados, e até mesmo aparentemente não relacionadas a um problema específico, ampliam as possibilidades e estimulam a associação cognitiva.

Antes consideradas frívolas (não que ainda não contenham um número enorme de temas superficiais), as redes sociais ganham relevância pela facilidade e rapidez com que as informações circulam. Tal agilidade passa até mesmo a compensar (em parte) a superficialidade de conteúdo, que sempre pode ser aprofundado pelo interessado. Por vezes é uma simples visão que inaugura uma série de associações e ações que, ao final, geram uma solução inovadora.

O *Twitter*, neste aspecto, tem se destacado. O chamado microblog, em que somente se dispõe de 140 caracteres, tem circulado tamanho volume de conhecimento que os usuários mais assíduos já dizem que não há mais graça nos jornais da noite,

⁴ Johnson, Steven, “De onde vêm as boas ideias” – Zahar. Ed. E-book. Pg. 25.

todos repletos de notícias velhas. Ali, o filtro decorrente do fato de que só se segue quem se quer, e quem quer ser seguido, selecionando o conteúdo pela fonte direta, permite acessar seções de conteúdo ou canais de interesses representados por um conjunto de atores que *twittam* e *retwittam*.

Ferramentas de igual jaez certamente virão, em uma velocidade que provavelmente respeitará a Lei de Moore, acima lembrada. Ao operador jurídico, esta espécie de canal se revela poderoso, e um novo papel de seguidor ou seguido surge para ser ocupado, uma posição de produtor e consumidor de informação, gerador de conteúdo.

A rede

O fenômeno das redes sociais não é o todo, mas tão somente um fragmento. Sabido é que a rede não é inteligente. As pessoas é que, ao se conectarem em rede, podem tornar-se mais produtivas e possuidoras de mais informações. Mas não é qualquer espécie de rede que é capaz de produzir novas soluções. Uma boa ideia é por si uma rede. Milhares de neurônios conectaram-se de uma especial e diferente forma para produzir um resultado, mas características específicas existiram nesta conexão neural para produzir uma inovação, em vez de uma besteira.

Em 1953, os professores da Universidade de Chicago, Stanley Miller e Harold Urey, simulavam em um experimento as condições da terra antes do surgimento da vida. Os ingredientes predominantes eram metano, amoníaco, hidrôgênio e água. A ideia era aplicar eletricidade, como substitutos de relâmpagos, e ver o que ocorria. Descobriram que mais de 10% do carbono que se continha no metano havia se recombinado, gerando muitos dos compostos essenciais à vida.

Diversas outras teorias vieram nos anos seguintes, mas todas com um ponto em comum: o carbono é um elemento capaz de se recombinar como nenhum outro e, na presença de um elemento aglutinante e essencial, a água, é capaz de gerar novos compostos mais facilmente do que qualquer outra substância.

O cientista da computação Christofer Langton usa a metáfora dos estados da matéria para descrever uma qualidade essencial de uma rede capaz de gerar boas soluções: Gasoso, sólido e líquido. Em forma gasosa, o caos é predominante. Pela natureza volátil, os elementos se chocam velozmente, recombinando-se, porém, pela instabilidade do ambiente, tais combinações são rapidamente desfeitas e estraçalhadas. Em forma sólida ocorre o inverso. O padrão inaugural é estável, mas a esta mesma estabilidade impede a mudança, que somente pode ocorrer com a ruptura, que destrói a rede. Já o ambiente líquido é o berço da vida e da inovação útil, estável o suficiente para permitir que as novas combinações não se percam e flexível o bastante para se alterar sem romper. Os átomos de carbono da experiência de Miller e Urey, diluídos em água, foram uma primeira amostra de rede líquida, de onde surgiu a vida na terra.⁵

As redes humanas tendem ao estado líquido para produzir soluções, e é este o tipo de rede que deve interessar ao Ministério Público Brasileiro criar em torno de si, como meio para exercer uma liderança por ideal.

⁵ Ambas as histórias foram igualmente extraídas do livro de Jonhson, Steven, “De onde vêm as boas ideias” - Zahar. Ed. E-book.

Interagir com as atuais redes sociais é uma necessidade ante a característica de que neste ponto somos liderados. Mas criar suas próprias redes, em projetos institucionais capazes de interconectar ações, dados e conhecimento, revela-se como primordial para o correto uso e posicionamento dentro da premissa estabelecida por Moore e Kurzweil.

Diversos projetos têm surgido no cenário local e nacional que empregam, conscientemente ou não, este mesmo conceito. Sem nominar, os pontos em comum residem em aproximar a sociedade da instituição através da integração de seus interesses às atuações ministeriais, devolvendo ao cidadão informação e resultado.

Estes dois elementos, informação e resultado, podem ser analogicamente associados ao carbono e o líquido, provendo uma sopa primordial capaz de fazer evoluir a sociedade em um modelo de liderança institucional que parece ter sido desenvolvido constitucionalmente de um modo perfeito para o Ministério Público.

A plataforma

Quanto conhecimento é preciso adquirir para criar redes líquidas ministeriais, empregar o *Twitter* de modo criativo e útil para ampliar o possível adjacente por parte de um operador jurídico ou mesmo desenvolver um modelo de liderança por ideal para o Ministério Público?

Uma das maiores invenções da humanidade foi a plataforma, ou melhor, o sistema de plataformas empilhadas. Em 1957, circulava a notícia de que os soviéticos havia lançando o primeiro satélite artificial em órbita na terra, o *Sputinik*. Dois físicos, William Guier e George Wiffenbach discutiam na cafeteria do Laboratório de Física Aplicada da Universidade John Hopkins sobre os prováveis sinais de micro-ondas que deveriam emanar do satélite, se é que a notícia era mesmo verdadeira.

Os soviéticos, certos de que a propaganda americana levantaria a ideia de que o lançamento seria um mito comunista, certificaram-se de que o satélite emitisse um sinal claro e acessível. Ao fim da tarde, após entrevistar alguns colegas, os dois físicos, dando-se conta de que ninguém havia ido até o laboratório para ver se era possível captar os sinais, fizeram um teste e, rapidamente obtiveram um sinal firme.

Captando a história, os dois ligaram o sinal a um amplificador de áudio e deram-se conta de que talvez fosse possível usar o efeito *Doppler*⁶ para calcular a velocidade do objeto. Mais ainda, pela noite, perceberam que não se podia calcular apenas a velocidade, mas também a própria trajetória do objeto, analisando a inclinação do efeito *Doppler*. Em pouco tempo ambos tinham mapeada toda a trajetória e velocidade do *Sputinik*.

No ano seguinte, ambos foram chamados pelo diretor do Laboratório de Física Aplicada, Frank McClure. Ele tinha uma pergunta confidencial: “ se vocês puderam usar a localização conhecida de um receptor de sinal no solo para calcular a posição de um satélite, seriam capazes de fazer o contrário ?” Poderiam calcular a posição de um receptor no solo se conhecessem a posição exata da órbita de um satélite ?

Por volta desta mesma época os militares americanos deparavam-se com um problema. Tendo desenvolvido mísseis nucleares destinados ao lançamento a partir

⁶ O efeito *Doppler*, descoberto um século antes por Christian Doppler, identifica que quando um som está se afastando de um ponto de atenção ele parece se tornar mais grave. Quando se aproxima, o efeito é inverso. Pense em uma ambulância que passe rapidamente por você com a sirene ligada.

de submarinos, calcular a trajetória com exatidão exigia conhecer um ponto preciso em solo para garantia de atingir-se o alvo. Este cálculo, no caso de um submarino navegando em algum ponto do oceano, era terrivelmente difícil.

A ideia dos jovens físicos era pegar a solução do *Sputinik* e invertê-la completamente. Os militares poderiam calcular a posição exata de seus submarinos a partir de uma posição conhecida de um satélite orbitando a terra. Assim nascia o sistema *Transit*, que mais tarde gerou o conhecido sistema GPS⁷.

Mais de 50 anos depois dezenas de satélites cobrem a terra, tendo a plataforma dos militares sido disponibilizada para inúmeros outros usos, como marcar a localização de fotos, utilizar o *Google Maps* ou buscar endereços perto de você por meio de aplicativos para celular, isto sem falar de chamar um táxi verificando quais estão livres e perto do potencial passageiro.

Quando os criadores do ZAP imóveis decidiram que seria útil ter um sítio de internet que permitisse às pessoas encontrar imóveis à venda a partir da localização de um celular por meio do GPS, aproveitando o fato de que as pessoas estariam no local em que desejam encontrar uma oportunidade de compra, não precisaram inventar a internet ou descobrir o efeito *Doppler*. Tampouco foi necessário rastrear o *Sputinik* ou desenvolver o sistema *Transit* dos militares para disparar mísseis nucleares. Também não foi necessário imaginar a estrutura de *hiperlinks* da internet, criada por Tim-Bernes-Lee e que permite navegar entre páginas clicando em *link's*.

Construindo sobre as plataformas empilhadas não precisamos do conhecimento que foi exigido para a criação original de cada uma delas, mas apenas ter tido a chance de ter a ciência de sua existência e função para agregar o elemento que faltava para uma nova solução.

Para imaginar os novos papéis, ou como devem os Ministérios Públicos se conectar para o fim de prover para o cidadão mais informação e resultado, não é necessário conhecer temas como linguagem de computação ou mesmo características das formações de redes neurais. Basta identificar um nicho, uma informação ou conhecimento que a sociedade deseja consumir e obter. Analisar as plataformas existentes e indicar os dados que podem refluir do tecido social para o ente ministerial. Reciclando e ampliando a informação, podemos alimentar diversos ciclos produtivos e interativos internos que se traduzirão em objetivos estratégicos e resultados.

A profecia de Ray Kurzweil e a invasão tecnológica junto ao meio jurídico nos transformará (cada vez mais rápido) de um modo ou de outro e, ao final, voltamos sempre à decisão essencial de liderar ou sermos liderados.

**Publicado originalmente na Revista nº 50 out./dez. 2013, p. 163.*

7 Histórias extraídas do livro Jonhson, Steven, "De onde vêm as boas ideias" – Zahar. Ed. E-book.

O INQUÉRITO CIVIL DOS 150 ANOS DA PRIMEIRA FERROVIA DO BRASIL

PEDRO ELIAS ERTHAL SANGLARD*

Ao passarmos pela Rodovia Rio-Teresópolis (BR-116), na altura da entrada de Piabetá, no Município de Magé, no Estado do Rio de Janeiro, vemos uma placa da Associação Brasileira de Preservação Ferroviária (ABPF), no acostamento, com os seguintes dizeres: “**Você está cruzando a primeira ferrovia do Brasil – E. F. MAUÁ**”.

Ocorre que não existe mais um único trilho no asfalto que lembre esta estrada de ferro pioneira, já que o Consórcio Rio-Teresópolis (CRT), empresa que explora o pedágio da citada via, não conservou a passagem de nível ali existente, antes da sua privatização, em que pese tal trecho ser protegido por um tombamento federal, o que retrata o descaso com este importante bem cultural brasileiro.

Em 1995, ano do 141º aniversário desta ferrovia, quando éramos Promotor de Justiça e Curador do Meio Ambiente, do Patrimônio Comunitário e do Consumidor da Comarca de Magé e Guapimirim, após assistirmos uma reportagem do Jornal “RJTV”, da TV Globo, sobre o abandono da primeira ferrovia do Brasil, instauramos o Inquérito Civil n.º 07/95 para apurar o caso e nos deparamos com uma bela e, ao mesmo tempo, triste história.

Consta do Inquérito Civil do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que a primeira linha férrea do Brasil e a 3ª da América do Sul, ligando Mauá, na Praia da Estrela, no fundo da Baía de Guanabara, ao lugarejo de Fragoso, na Vila Inhomirim (hoje distritos do Município de Magé), num trecho de 14,5 Km de extensão, foi concebida por **Irineu Evangelista de Souza** (1813-1889) e inaugurada em 30 de abril de 1854, o qual, no mesmo dia, recebeu do Imperador Dom Pedro II o título de Barão de Mauá e, mais tarde, de Visconde.

Esta ferrovia passou a ser usada por Dom Pedro II nas suas viagens a Petrópolis, onde passava o verão no Palácio Imperial (atual Museu), vindo da Praça Mauá de barca, por mar, até um cais de ferro, construído no Porto de Mauá, junto à primeira estação ferroviária. Os trens circularam por ela até o ano de 1964, quando foi desativada pelo Governo Federal.

Um sonho antigo é a reativação desta primeira linha férrea do Brasil, através de projetos como o Projeto de Restauração da Estação de Guia de Pacobaíba da RFFSA, elaborado pelo arquiteto *Sérgio Santos Moraes* da sua Gerência de Preservação do Patrimônio Histórico Ferroviário - PRESERFE, incluindo a urbanização da área do entorno do conjunto histórico do cais, da estação, da caixa d'água e da casa do agente, proposto em 1991 e aprovado, com algumas alterações, em 1992, pelo então Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural - IBPC, através da Informação n.º 90/92, retomado, mais tarde, pela Associação de Engenheiros Ferroviários (AENFER).

A citada ABPF, fundada em 1977, em São Paulo, também elaborou um projeto denominado “Reativação da Estrada de Ferro Mauá”, aprovado, em 1994, pelo Ministério da Cultura e pela Secretaria Estadual de Cultura, para captação de recursos,

* PEDRO ELIAS ERTHAL SANGLARD é Procurador de Justiça, Mestre em Ciência Ambiental e Professor de Direito Ambiental.

com base nas leis federal e estadual de incentivo à cultura, bem como foi elaborado outro projeto, em 1986, chamado “Venha a Petrópolis como vinha o Imperador”, por *Alda Neves, Joel Carlos Tavares de Almeida* e *Tania Guimarães Omena*, com a participação da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) e da Cia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), tendo como novidades um trecho marítimo, correspondente à travessia de barca da CONERJ (Cia de Navegação do Estado do Rio de Janeiro) da Praça XV, no Centro do Rio de Janeiro, até o antigo cais junto à Estação de Guia de Pacobaíba, no fundo da Baía, e outro rodoviário, de ônibus, de Raiz da Serra até Petrópolis.

O citado Inquérito do Ministério Público Estadual conta a história do abandono e do sonho de reativação da primeira ferrovia do Brasil, que recebeu o nome de *Estrada de Ferro de Petrópolis* e depois de *Estrada de Ferro Mauá*, em homenagem ao seu idealizador.

Essa história começou com o Decreto Imperial n.º 987, de 12 de junho de 1852, pelo qual o futuro Barão de Mauá ganhou do Governo Imperial o privilégio de exploração, por 10 anos, de uma linha de navegação a vapor pela Baía de Guanabara, da Corte, no Porto da Prainha (hoje Praça Mauá), ponto de partida dos barcos fabricados no seu Estaleiro da Ponta da Areia (hoje Niterói), até Mauá, uma praia da Vila da Estrela (hoje Magé), e com a assinatura do contrato de concessão para a construção de uma estrada de ferro, do pequeno porto de Mauá, na Freguesia de Nossa Senhora da Guia de Pacobaíba, da citada Vila da Estrela, até Raiz da Serra, com o Presidente da Província do Rio de Janeiro, *Luís Pedreira do Couto Ferraz*, futuro Visconde do Bom Retiro, visando melhorar o transporte para Petrópolis, Minas e Goiás.

Assim, Mauá, que planejava levar os trilhos até o Rio São Francisco, na Província de Minas Gerais, passando por Petrópolis, e outros acionistas fundaram a Imperial Companhia de Navegação a Vapor e Estrada de Ferro de Petrópolis, a qual iniciou as obras da estrada de ferro em 1852, nas terras da fazenda do Comendador *Albino José de Sequeira*, no distrito de Inhomirim, da então Província do Rio de Janeiro, comprou locomotivas e vagões na Inglaterra e inaugurou a primeira ferrovia do Brasil em 30 de abril de 1854, com a locomotiva “Baronesa”, composta do carro imperial e mais 3 carros de passageiros, que fazia o percurso de 14,5 km até a Parada Frágoso, passando por Inhomirim, em 23 minutos, atingindo uma média de 38 km/h, o que impressionou o Imperador D. Pedro II e os demais convidados para a festa da sua inauguração, acostumados até então a viagens a tração animal ou de barco, passando pelo Porto da Estrela, no Rio Inhomirim, para chegarem a Petrópolis.

A ferrovia iniciava-se no Porto de Mauá, na antiga Praia da Estrela, onde foi construído um cais de ferro especialmente para o transbordo entre a barca a vapor “Guarani” e os vagões do trem. Logo depois do cais ficava o prédio da primeira estação de trem construída no Brasil, batizada de Mauá e depois de Guia de Pacobaíba. Mais tarde, em 16 de dezembro de 1856, a linha foi estendida até Raiz da Serra da Estrela (hoje de Petrópolis), próximo da Fábrica de Pólvora Estrela, totalizando um percurso de 16,3 km e aumentando a duração da viagem para 40 minutos, donde prosseguia-se a cavalo ou de carruagem, pela Estrada Normal da Estrela, até Petrópolis.

Uma das três primeiras locomotivas a vapor do Brasil, usada na inauguração da ferrovia, a “Baronesa”, era do tipo 2-2-2, fabricada em 1852, por *William Fairbairn Cia & Sons*, em Manchester, na Inglaterra, e foi batizada com este nome em homenagem à esposa do Barão de Mauá, *Dona Maria Joaquina Machado*, estando hoje exposta no Museu do Trem, da antiga RFFSA (hoje CBTU), no bairro Engenho de Dentro, no Rio de Janeiro.

Após a construção da Estrada União Indústria, entre Petrópolis e Juiz de Fora- MG, em 1861, e da Cia Estrada de Ferro Dom Pedro II (hoje Central do Brasil), entre Rio e São Paulo, em 1867, a E.F. Mauá iniciou o seu declínio, perdendo cargas e passageiros para as novas concorrentes, tornando-se deficitária, até ser incorporada à Estrada de Ferro Príncipe do Grão-Pará, inaugurada em 1883, ligando Raiz da Serra a Petrópolis, que utilizava o sistema de cremalheira central “*Riggenbach*”, para subir a serra. Posteriormente, as bitolas largas de 1,68m entre Mauá e Raiz da Serra e de 1,09m até Petrópolis foram convertidas para 1,00m e em 1888, a E. F. Príncipe do Grão-Pará foi comprada pela companhia inglesa “*The Rio de Janeiro Nothorn Railway Company*”.

No ano da Proclamação da República, 1889, faleceu o Barão de Mauá. Durante o governo republicano, em 1898, a Cia *Northorn Railway* é comprada por outra Cia inglesa, a “*The Leopoldina Railway Company*”, sendo iniciado o sistema de transporte marítimo por “*ferry-boat*” entre o Rio de Janeiro e Guia de Pacobaíba, desativado em 1910, com a ampliação do Porto do Rio.

Em 1926, a linha original era composta por 3 seções, a saber: Guia de Pacobaíba-Bongaba (6,9 km), Bongaba-Piabetá (5 km) e Piabetá-Vila Inhomirim (4,4 km).

Em 1950, a União encampou a Cia inglesa *Leopoldina Railway*, a qual passou a chamar-se Estrada de Ferro Leopoldina e em 1952 é construída a Rodovia Rio-Teresópolis, que cruza a ferrovia no km 7.

No dia 7 de maio de 1954, em comemoração ao centenário da ferrovia, a então Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), com base no Decreto-Lei Federal n.º 25/37, efetuou o tombamento *ex officio* do trecho ferroviário Mauá-Fragoso, no Município de Magé, na época de propriedade da União Federal, sob o número de inscrição 303, registrado às folhas 51, do livro do Tombo Histórico n.º 1, referente ao processo n.º 506-T-54.

Em 30 de dezembro do mesmo ano, por força do Decreto Federal nº 3.115/57, a ferrovia passa ao patrimônio da Rede Ferroviária Federal S/A, juntamente com outras 17 ferrovias, e a partir de 5 de junho de 1964, inicia-se sua desativação, por decisão de Juarez Távora, Ministro da Viação do Governo Castelo Branco, sendo completamente desativado o trecho original, de Guia de Pacobaíba a Bongaba, em 1966.

Em 1972, a RFFSA instalou na área junto à antiga Estação de Guia de Pacobaíba, uma estação transmissora, na qual mantinha funcionários, o que facilitava a segurança e manutenção do conjunto histórico.

Em 1974, a Estação de Guia de Pacobaíba e a Casa do Agente foram restauradas pela RFFSA, instalando-se no local um Museu Ferroviário, o qual foi fechado em 1977, por motivo de falta de segurança e seu acervo levado para um local mais seguro.

Até 1980, o conjunto ferroviário era mantido e guardado pelos funcionários da estação transmissora, mas com a sua desativação, o local foi abandonado e iniciou-se o processo de deterioração, embora a RFFSA desenvolvesse trabalhos de preservação histórica, dentro do Programa de Preservação do Patrimônio Histórico do antigo Ministério dos Transportes – PRESERVE, tendo criado, em 1986, o setor de Preservação do Patrimônio Histórico Ferroviário – PRESERFE, depois transformado em uma gerência.

Em 1984, foi elaborado pela extinta FUNDREM - Fundação para o Desenvolvimento da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e pelo INEPAC – Instituto Estadual do Patrimônio Cultural, o Inventário dos Bens Culturais de Magé, onde consta, às fls. 55/59, o estudo da Estação da *Leopoldina Railway* (antiga Estação

de Guia de Pacobaíba) que situa-se à beira-mar, em frente ao cais de Mauá, em área plana. Já naquela época, sua vizinhança encontrava-se completamente loteada e ocupada, salvo a parte da construção principal da estação e da casa do agente, por estarem situadas em uma grande área murada, onde a RFFSA fez novas construções para abrigar os seus serviços.

A primeira estação ferroviária é descrita como sendo uma construção em alvenaria de tijolos aparentes (estilo inglês), seguindo os moldes característicos das pequenas estações da *Leopoldina Railway*, com planta retangular, coberta de telhas francesas, em duas águas, com marquise de proteção e plataforma de embarque em cantaria.

Já o cais de Mauá é descrito como sendo uma grande obra de engenharia, avançando cerca de 250m, pela Baía de Guanabara, servindo como atracadouro de embarcações de grande porte. Os pilares do cais são feitos em tubos de aço cheios de concreto, tendo um vigamento em forma de treliça, em péssimo estado de conservação e havia um sistema de amortecedores de chumbo para permitir o acesso de locomotivas.

A primeira estação ferroviária construída no Brasil, a Estação Mauá, que depois passou a chamar-se Guia de Pacobaíba, apesar de tombada pelo governo federal, está se deteriorando com o tempo, em que pesem as restaurações promovidas, desde 1974, pela Rede, para montar um mini museu, que não se manteve, devido a invasões e depredações, inclusive com retiradas de trilhos e dormentes.

Em 1989, a Sra. *Alda Neves* e o Sr. *Luiz Otávio de Oliveira* da ABPF apresentaram à TURISRIO – Cia de Turismo do Estado do Rio de Janeiro, os seus respectivos projetos de reativação da 1ª Ferrovia do Brasil, formando o processo E-11-70196/89, o qual, apesar de ter reconhecido o seu potencial turístico, restou paralisado, após diversas reuniões.

Em Março de 1991, a Superintendência de Patrimônio da RFFSA elaborou um Projeto de Restauração da Estação de Guia de Pacobaíba, compreendendo uma sala de exposição da memória da ferrovia, uma agência, um armazém e um mini-shopping.

No mesmo ano de 91, a LIGHT Serviços de Eletricidade S/A, aprovou a concessão de crédito presumido de ICMS, no valor de Cr\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de cruzeiros), com base na Lei Estadual de Incentivo à Cultura n.º 1.708/90, para a ABPF fazer a recuperação da Estrada de Ferro Barão de Mauá, de Guia de Pacobaíba até Raiz da Serra, envolvendo a RFFSA, a CBTU, o IBPC, a CVRD (Cia Vale do Rio Doce), a CONERJ, a TURISRIO e Jornal do Brasil, o qual não foi efetivado, apesar de aprovado pela Secretaria Estadual de Cultura, porque quando do seu trâmite pela Secretaria Estadual de Fazenda, o incentivo foi retirado, por decisão do Governo do Estado da época.

Inobstante a não liberação do incentivo cultural, a LIGHT reformou uma pequena locomotiva do tipo auto-de-linha, doada pela CBTU, em 1991, para ser usada na manutenção da ferrovia a ser reativada, bem como, em 1992, foi reconstruída a passagem de nível da 1ª ferrovia, cruzando a Rodovia Rio-Teresópolis, em Bongaba, Magé.

Em 1993, o Ministério dos Transportes lançou o Programa de Revitalização de Áreas Ferroviárias – REVAF, através da Portaria Ministerial 907, de 27/10/93, pelo qual a área de Guia de Pacobaíba da RFFSA foi considerada prioritária, dado o seu grande interesse histórico, sendo feita uma Audiência Pública, em 22/02/94, na sede da Rede, no Rio de Janeiro, para apresentação da área da primeira estação ferroviária a ser revitalizada, estando presentes 14 pessoas, dentre elas, representantes da ABPF, da Prefeitura de Magé e empresários.

Em 1994, a RFFSA tentou transferir a exploração da primeira ferrovia do Brasil para a iniciativa privada, realizando uma concorrência pública para a concessão do direito real de uso, visando a instalação de um empreendimento comercial, turístico e/ou cultural na área de 78.079 m², junto à antiga Estação de Guia de Pacobaíba. Apesar de 11 empresas retirarem o edital, nenhuma delas apresentou qualquer proposta, o que inviabilizou o certame.

Ante ao fracasso da privatização da ferrovia, no mesmo ano, a RFFSA assinou o contrato n.º 71/94 com a CONERJ, concedendo-lhe o direito real de uso da ponte de atracação e de uma área remanescente de 4.357 m², junto ao cais de Mauá, para o transporte de passageiros de uma ligação hidroviária entre a Praça XV, no Rio, e Guia de Pacobaíba, em Magé, pelo prazo de 30 anos.

Essa ligação marítima seria uma alternativa de transporte de massa aos ônibus da Baixada Fluminense, numa distância de 13 milhas marítimas, sendo que 10 milhas já são cobertas pelas Barcas Rio-Ilha de Paquetá, bastando para o prolongamento até Guia de Pacobaíba, a dragagem e recuperação do cais.

Para tal prolongamento foram doadas peças de perfis metálicos pela Cia do Metropolitano do Rio de Janeiro, já que o anteprojeto arquitetônico da estação de passageiros da CONERJ foi aprovado pelo IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, em 20/09/94, e foram obtidas as licenças ambiental (Licença Prévia da FEEMA) e da Marinha para as obras de dragagem, bem como liberados recursos pelo Governador do Estado, no valor de R\$ 2.453.400,00, através do Decreto Estadual n.º 20.680, de 30/9/94.

Embora tenha sido feita a licitação para contratação da execução das obras de dragagem do canal de acesso, de reconstrução do cais e de construção do terminal de passageiros, saindo vencedoras as firmas Bandeirantes Dragagem Ltda. e Tecnosolo, com prazo de 120 dias para sua execução, os recursos autorizados não foram liberados, sendo as obras paralisadas em janeiro de 1995, perdendo-se 40% dos trabalhos de dragagem executados.

Em 1995, a ABPF, através da sua Regional do Rio de Janeiro, fundada em 1.986, concluiu o novo Projeto de Reativação da Estrada de Ferro Mauá, constituindo-se de um pacote intermodal do Rio a Petrópolis, via barca, trem e ônibus, tendo recebido 2.400 dormentes da RFFSA e trilhos da Vale do Rio Doce, parte deles instalados pela CBTU, e adquirida uma locomotiva a vapor inglesa, de 1.914, da antiga E. F. Leopoldina, pertencente à Usina Santo Amaro, em Campos-RJ, a ser restaurada, nas oficinas de Porto Novo do Cunha-MG, o qual foi aprovado e cadastrado para capitação de recursos pelas leis de incentivo à cultura federal (Rouanet) e estadual (ICMS).

De acordo com esse projeto da ABPF, o cais seria reformado pela CONERJ, que faria o transporte de massa do Rio até Magé, via Ilha de Paquetá, em lancha para 500 passageiros e o canal de acesso ao cais seria dragado. Dos 16,3 km da linha original, 6,4 km (cerca de 40%) com a bitola de 1m, estariam em condições de uso, devendo o restante ser recuperado, inclusive com a colocação no lugar da primeira ponte ferroviária do Brasil, sobre o Rio Inhomirim, de uma outra ponte metálica, vinda de Governador Portela-RJ.

Em 7 de agosto de 1995, ao inspecionarmos pessoalmente a Estação de Guia de Pacobaíba, pudemos constatar o abandono do local, sem vigilância e com suas instalações depredadas, existindo apenas uns 50m de trilhos, do cais enferrujado, passando pela estação e pela caixa d'água, até a casa do agente. Além disso, constatamos a presença uma pilha de vigas de ferro no local, para a reforma do cais.

Igualmente, a 6ª Coordenação Regional do IBPC - Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural, em dezembro de 95, atendendo a requisição do Ministério Público, também vistoriou o local, informado que a Estação estava protegida por tapumes e que havia areia depositada para obras de recuperação da edificação, mas, até então, o Instituto não havia sido comunicado do início das obras.

Em 1996, a RFFSA, já em processo de privatização, através do contrato n.º 09/96, concedeu o direito real de uso ao Município de Magé, para instalação de empreendimento comercial, turístico e/ou cultural, reurbanização e preservação de uma área de 73.722,51 m², junto à antiga Estação Ferroviária de Guia de Pacobaíba, bem como a exploração comercial da área contígua à faixa de segurança da histórica Estrada de Ferro Mauá, entre as Estações de Guia de Pacobaíba e Piabetá, pelo prazo de 30 anos, num total de 11,9 km de linha férrea e a faixa de domínio, totalizando 78.000m².

Por força desta permissão de uso, no mesmo ano, o prédio da estação foi novamente restaurado, com tijolos ingleses antigos, cedidos pela RFFSA, conforme confirmado em nova inspeção pessoal da Promotoria de Justiça, no dia 8/7/96, que constatou também a existência, além das antigas vigas de ferro para serem usadas na reconstrução do cais, pilhas de trilhos e de peças de fixação, retirados da linha antiga. Tais obras foram aprovadas pelo IBPC, consoante nova vistoria do local, requisitada pelo Ministério Público.

Infelizmente, em 1998, com a mudança do Prefeito do Município de Magé, não foi dado andamento às demais obras, perdendo-se, por exemplo, 16 vagões lotados de trilhos semi-novos para colocação na Estrada de Ferro Mauá, trazidos pela RFFSA para a Estação de Bongaba e levados de volta para o pátio de Praia Formosa - RJ, por não terem sido fornecidos os caminhões da Prefeitura para transportá-los até Guia de Pacobaíba, ficando o projeto de recuperação suspenso e as obras paralisadas, não sendo mais do interesse do novo governo municipal cumprir o contrato.

Mas a RFFSA, para rescindir o contrato com Magé, exigiu que fossem devolvidos os seus bens nas condições de preservação anteriores à cessão de uso e que fossem desocupadas as áreas invadidas, o que não foi feito até hoje.

Assim, novamente, foi abandonada e depredada a 1ª estação ferroviária do Brasil, conforme pudemos constatar durante um sobrevôo do local, em 1.999, apesar de utilizada, ironicamente, como locação para cenas do filme "Mauá, o Imperador e o Rei", sobre a vida do Barão de Mauá, de *Joaquim Vaz de Carvalho* e *Sergio Rezende*, lançado no mesmo ano, sendo feitas algumas construções de cenários no local, sem a autorização do IPHAN, conforme informado na 3ª vistoria do local, requisitada pelo Ministério Público, além das retiradas de portas, janelas e telhas da estação, do batente de linha, de trilhos e da placa alusiva à comemoração do centenário da ferrovia, bem como, a existência de ocupações do leito da estrada de ferro.

Como últimas iniciativas, o Inquérito ainda registra: a fundação, em 30 de abril de 1.999, da Associação Fluminense de Preservação Ferroviária - AFPP, cujo símbolo é a 1ª locomotiva a vapor do Brasil, a Baronesa; a criação do IHBAM, Instituto Histórico Barão de Mauá, cujo objetivo maior seria a reativação da 1ª ferrovia do Brasil; a implantação, na RFFSA, do Programa Ferroviário de Ação Cultural - PROFAC para, em parcerias com Prefeituras e ONGs (Organizações Não Governamentais), apoiar projetos de preservação da memória ferroviária, permitindo o uso de estações históricas como Centros Ferroviários de Cultura - CEFEC; a implantação do Programa Trens Regionais de Turismo da Secretaria Estadual de Transportes - SECTRAN e a organização da Associação Ferrovia 150 Anos.

Finalmente, em 2.002, foi elaborado um novo Projeto de Revitalização de Guia de Pacobaíba pela Prefeitura de Magé e assinado um convênio, com o Instituto dos Arquitetos do Brasil - IAB, para o lançamento de um edital de concurso público nacional de escolha do projeto de recuperação da ferrovia, a ser financiado pelo BNDES.

No dia 30 de abril de 2004, a E. F. Mauá completou 150 anos. Esperamos, sinceramente, depois de tantos projetos não concretizados, termos motivos para comemorar tal importante data para o Brasil, com a conclusão do Inquérito Civil n.º 07/97, já com 2 volumes e 465 folhas, hoje sob a responsabilidade da 2ª Promotoria de Tutela Coletiva do 5º Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional do Ministério Público, com sede no Fórum Regional de Piabetá, em Magé, e um belo passeio de barca, da Praça XV ao Pier de Mauá, e de trem, da Estação de Guia de Pacobaíba até a cidade de Petrópolis, como fazia o nosso Imperador Dom Pedro II, pois este sonho de reativação da primeira ferrovia do Brasil, acalentado por todos nós, não pode deixar de ser realizado, numa justa homenagem ao Barão de Mauá, o Patrono dos Transportes.

Fontes de Consulta:

1 - Autos do Inquérito Civil n.º 07/95 da 2ª Promotoria de Proteção aos Direitos Difusos e Coletivos do 5º CRAAI do MP/RJ;

2 - Bens Móveis e Imóveis inscritos nos Livros do Tombo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, Ministério da Cultura e IPHAN, 4ª ed., 1.994, Rio de Janeiro, p. 127;

3 - Inventário dos Bens Culturais de Magé da FUNDREM e do INEPAC, 1.984, fls. 56/57;

4 - *Manual de Preservação de Edificações Ferroviárias Antigas* da RFFSA;

5 - *Trem de Ferro*, informativo da ABPF, 1995 ;

6 - Projeto “Venha a Petrópolis como vinha o Imperador”, ALDA NEVES e outros, 1986;

7 - Estudo de Viabilidade do Projeto “Venha a Petrópolis como vinha o Imperador”, ENEFER Consultoria e Projetos Ltda.;

8 - Edital de Licitação n.º 01/94, contratos n.ºs 71/94 e 09/96 da RFFSA;

9 - Projeto de Restauração da Estação de Guia de Pacobaíba, RFFSA, 1991;

10 - Projeto de Reativação da Estrada de Ferro Mauá, ABPF, 1994;

11 - CALDEIRA, Jorge, *Mauá, Empresário do Império*, Cia das Letras, São Paulo, 21ª ed., 2002, 557 p.;

12 - PONDÉ, Francisco de Paula e Azevedo, “O Porto da Estrela”, in *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 293, Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1.972, pp. 35/73;

13 - ABREU, Antônio Izaías da Costa, *Municípios e Topônimos Fluminenses*, Imprensa Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Niterói, 1.994, pp. 232/233;

14 - SANGLARD, Pedro Elias Erthal, “O Sítio Arqueológico do Porto da Estrela”, in *Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores de História e Genealogia* n.º 1, São Paulo, 1.994, pp. 25/27.

*Publicado originalmente na Revista nº 22 jul./dez. 2005, p. 275.

TRECHOS DE ACUSAÇÕES E ARRAZOADOS

ROBERTO LYRA*

Extraí de meu arquivo trechos de arrazoados e das notas taquigráficas de algumas acusações minhas no Júri. A quase totalidade delas não foi registrada. Nada se perdeu com isto. O que aproveitei serve apenas para documentar, pelo confronto, a superioridade dos oradores e polemistas atuais.

JUSTIÇA PRIVADA

A pior forma da justiça privada – luta livre entre ofensor e ofendido, ante a indiferença da sociedade – é julgar, hoje, tendo em vista apenas a situação do criminoso, suas condições, suas conveniências, suas súplicas, suas versões, por mais verídicas e poderosas. E a justiça pública, atendendo a um aspecto da causa, com o desprezo dos direitos da vítima e de sua família e da sociedade, consagraria a vindita “a posteriori”, ciente e conscientemente. No entanto, nem a si própria a sociedade reconhece o direito de matar.

MATAR ALGUÉM

Matar alguém, isto é, seja quem fôr – eis a definição legal do homicídio. A vida é o único bem de recuperação impossível. Para defendê-la, do nascituro ao agonizante, ambulâncias preterem o movimento da cidade, limita-se a liberdade pessoal, interrompe-se a rota dos navios, impõem-se quarentenas e isolamentos, internam-se contagiosos, penetra-se no domicílio, interdita-se casas, obriga-se a vacina, prendem-se médicos e enfermeiras noites inteiras à cabeceira de enfêrmos. Para proteger a vida de quem matou, contra o justicamento pela multidão, mobiliza-se a fôrça. A lei pune as reações homicidas das mães desesperadas, das menores seduzidas, dos trabalhadores sem emprêgo, dos chefes de família despejados, dos que não têm pão e remédio para os filhos. As paixões da honra e do bem, da verdade e da beleza não autorizam o crime. Como privilegiar o matador impelido pelo despeito e pelo egoísmo?

A HONRA DOS JURADOS

Confio em vós, jurados! Não faltareis ao compromisso afiançado pela honra, policiado pela consciência, prêso à verdade e à justiça. Para homens de bem, acima das injunções e contingências, estão os imperativos da dignidade. Júri... Jurados... Juramento... É esta idéia-fôrça que engrandece os juizes populares. Nos momentos decisivos, vós vos lembrareis da cerimônia: Formado o Conselho, o juiz, levantando-se, e, com êle, todos os presentes, leu aos jurados a seguinte fórmula: “Fazendo, em nome da lei e da justiça, um apêlo aos vossos sentimentos de honra, prometei examinar a acusação que pesa sôbre o réu, sem ódios ou simpatias, mas com a retidão e a imparcialidade necessárias para que o vosso julgamento seja a afirmação sincera de vossa íntima convicção, da

* Advogado, Promotor de Justiça, Professor, Jurista e político brasileiro. Foi Ministro da Educação no Governo de João Goulart.

verdade e da justiça, tal como a sociedade espera de vós”. Os jurados, nominalmente chamados pelo juiz, responderam, alçando a mão direita: “assim o prometo”. Depois, o termo de compromisso foi assinado do próprio punho por todos os jurados. Os jurados são responsáveis civil e criminalmente, como os demais juizes. Cidadãos, para os quais apelam pessoalmente a lei e a justiça, que se erguem, solenemente, em público, prometendo sinceridade, retidão, imparcialidade, convicção, para o serviço exclusivo da verdade, sentir-se-ão à vontade para transpor os limites morais do juramento? A condenação nas penas do libelo é o que a sociedade espera de vós.

PROVA TESTEMUNHAL

Todo depoimento acusa as condições pessoais e até personalíssimas, objetivas e subjetivas, fisiológicas e psicológicas da testemunha, ao receber, fixar e reproduzir as mensagens. Atuam ainda as influências da inquirição e da escrituração. Por mais idônea e veraz, a testemunha não pode escapar a fenômenos extremados pela conjuntura do crime e do castigo, com o drama vivo no palco da Justiça. A autenticidade deve ser procurada nas diferenças e não nas semelhanças dos depoimentos. A prova verdadeira traz as imperfeições do homem, do meio e da vida.

DÚVIDA E CERTEZA, MENTIRA E VERDADE

Fala-se em dúvidas. Resolvendo dúvidas é que adquirirmos certeza. E a certeza para o Júri não depende de formalismos e ficções. Não há indícios? Eis aí mais um. A ausência de indícios indica a autoria de indivíduo experimentado e perito, como o acusado. Ninguém, nada confirma a palavra do jovem defensor que, certamente, conhece a sátira britânica armada com a paronímia entre “liar” e “lawyer”. Em Londres, os próprios advogados, no seu “toast” de fim de ano, não dispensam um brinde “à ingenuidade dos juizes e à obscuridade das leis”. Vivem delas. A defesa convida o Júri à covardia ante o dever social. A covardia não é prudente, sobretudo quando o delinqüente não violou somente a lei, porque atentou contra a humanidade e a civilização.

HONRA E VERDADE

Atentai, jurados, na transcendência política, cívica e jurídica deste espetáculo – representantes do povo fazendo justiça em nome da sociedade. Por isso, êste é o Tribunal Popular, no mais direto e autêntico sentido. Em dois instantes a soberania popular exige, solenemente, a legitimação ética: no compromisso, afiançado pela honra, de julgar sem paixão e sem interesse e no veredicto, que – o próprio nome diz – é expressão da *verdade*. Honra e verdade!

JORROS QUENTES DE SANGUE

Fixai a natureza da arma, o que ela exige de insensibilidade, força e perícia. Repugna e arreperia o esforço para cravar, para ajeitar, sob o horror dos gritos e dos gestos de quem vai morrer. Mortífero não é bem o instrumento, mas seu manejador. Ao primeiro ferimento, o acusado recebeu em cheio, na mão crispada pelo ímpeto do arremêso, jorros quentes de sangue. E sangue daquela que êle jurara proteger. Esta impressão tateante da hemorragia, que abalava o velho cirurgião da Prússia, não influiu, sequer, no aprumo, na precisão, na pertinácia do punho. E, com mais dois golpes, respondeu aos gemidos e estertores em que o instinto de conservação concentra

o paroxismo de todos os desesperos. Em rápida compressão do gatilho, à distância, não se experimenta a sensação palpável de perfurar a carne, de mergulhar a lâmina, torcê-la, arrancá-la! O advogado criticou minha veemência, mas esta vem do dever. Relatando fatos como êstes, só o amoral conseguiria frieza. Formei, juízes, serenamente, minha convicção. Possuído dela, tenho a obrigação de sustentá-la com desassombro e calor. O Promotor é um homem. Não é máquina. O réu, disse o advogado, passa as noites sem dormir. É o remorso. Que venha a condenação para a paz de sua consciência, libertando-a da tortura pela provação disciplinada e prática, abrindo ao amor os horizontes do altruísmo para as noites sem remorso e as manhãs sem desespero.

O AMOR OU A VIDA

Em poder do acusado foram apreendidas, além de arma de fogo, instrumentos contundentes e perfuro-cortantes. Êste “passional” não foi ao encontro da namorada com flôres e mimos, mas com material bélico. Não se bate em mulher ainda com uma flor, mas é romântico esfaqueá-la, anavalhá-la, perfurá-la de balas. As setas de Cupido passaram a faca, punhal, revólver, navalha. Muito velha, muito repetida, mas insubstituível é a frase de *Maxwell*: “Não há diferença entre o bandido que exige a bolsa ou a vida e o apaixonado que reclama o amor ou vida!”

EMBRIAGUEZ E HONRA

Se a vítima estava embriagada, então pior, porque o Código Penal manda agravar a pena pela falta de respeito à enfermidade do ofendido. A vítima injuriara, gravemente, o acusado? Ora, o ébrio não é responsável, conforme sustentou, no julgamento de ontem, o mesmo advogado de hoje. O acusado puniu-o com a morte. A desafronta apenas autorizaria ao reconhecimento de atenuante, mas não há desafronta tardia, traiçoeira, calculada. O réu jurou vingar-se e foi armar-se com uma faca para, meia hora depois, cravá-la na vítima. Desafronta é ímpeto, impulso, improvisado, explosão. Se injúrias houve, foram recíprocas. O crime não lava a honra, porque é desonra. Trata-se de brutal vingança. O amor próprio não é pretexto para o homicídio, mas pode ser, com a pena, estímulo para a redenção.

TENTATIVA E DIRIMENTE

Que a vontade do réu era matar, êle manifestou com a procura e a natureza do instrumento, a sede e a pluralidade das lesões, a violência e a reiteração dos golpes, com a perseguição, com o excesso e o requinte da execução. O réu queria matar e não conseguiu, malgrado sua vontade, porque os ruídos da cena e o alarma da mãe da vítima, prontamente atendido, impediram a consumação. Tendes, portanto, a julgar um crime tentado de assassinio, cuja materialidade o laudo de exame de corpo de delito comprovado de autoria confirmada, neste recinto, perante vós. Por isso, o advogado variou, mais uma vez, de pedido. Agora, pretende a dirimente. Mas não conseguirá provar que o réu é bastante louco para escapar da pena e bastante são para escapar do manicômio. Se é louco, manicômio; se não é, prisão. Jamais a liberdade por ser louco. O louco, que não comete crime, é internado. O mais é questão de quantidade da pena. O réu não é louco. Êle foi até aproveitado como auxiliar de enfermeiro no presídio. Não há loucura “à la minute” para o único efeito de fugir à responsabilidade o acusado é são, física e psiquicamente. Executada a pena com serviços humanitários, sê-lo-á moralmente também.

HOMICÍDIO E TENTATIVA DE SUICÍDIO

Porque o réu matou e, a seguir, tentou o suicídio a defesa alega inconsciência pela abolição do instinto de conservação. É simplificar demais a complexa psicologia do desespero. A dirimente acha-se em função do momento do crime. O acusado está sendo julgado pelo homicídio e não pela tentativa de suicídio. Esta indica, não inconsciência, mas a consciência do horror do próprio ato. Para êle o assassino só admitiu a pena de morte. E tentou matar-se. O Ministério Público, de acôrdo com a lei, não pede tanto.

LEGÍTIMA DEFESA

O jovem advogado citou um de meus livros. Obrigado pela autoridade que concedeu à minha opinião. Pois a minha opinião, na hipótese, é que não se caracteriza a legítima defesa. Os motivos não atribuem natureza jurídica à conduta. O que o acusado pretendeu não foi a salvação *in extremis* de um direito, na altitude e no rigor da emergência, mas usurpar o direito de punir, como legislador, juiz e executor. E fê-lo nos moldes das retorsões vindicativas anteriores até ao talião, porque desmedidas e inadequadas. E concedeu a si próprio o que não se permite ao Estado. Daí a violência, de que se vangloria, escandalosa e acintosamente, nas páginas do processo.

A legítima defesa implica a consciência do direito, se não do dever jurídico. O homem compelido à desgraça de matar não mente, não foge. Apresenta-se, desassombradamente, perante a Justiça, não para postular um favor, não para ludibriá-la, mas para dizer a verdade e invocar a homologação de sua conduta. A legítima defesa afasta, não só a antijuridicidade penal, como a antijuridicidade geral. O patrono do réu conjuga a legítima defesa à embriaguez, aliás irrelevante, contra os pressupostos psicológicos e éticos da reação *secundum ius*, que marca a distância entre o crime e o Direito. E fala em – “instinto de conservação, comum até nos animais” – quando a lei ou, melhor, a civilização é a disciplina dos instintos e, exatamente, para distinguir a humanidade da animalidade.

FÊZ O QUE QUERIA

Daquela tribuna falou-se, repetidas vêzes, em circunstâncias que cercaram o fato. Circunstanciar já é cercar (*circurn stare*). No caso, as circunstâncias são a cintura objetiva da confissão. O “fito” da acusada – a expressão é dela – foi matar o noivo e depois suicidar-se. E executou o seu fito ... em relação ao noivo. Matou-o. Depois, chorou, gritou, acariciou a cabeça do cadáver, pediu a arma, gritou que queria suicidar-se. Mas, até hoje, não o fêz. E obrou bem. Do contrário, agravaria, socialmente, o crime. Os passionais, para fins judiciários, só falham no suicídio. Matam sempre com perícia. A acusada mandou a vítima esperar, foi buscar a arma, com o confessado “fito” homicida. E consumou-o. Seria preciso, pois, desmenti-la, para aceitar a versão da defesa. Como considerar êste crime ato absurdo, ilógico, contraditório de irresponsável? Quem faz, exatamente, o que quer, como quer e quando quer, não age absurda, ilógica ou contraditoriamente. O advogado criticou-me, porque – disse – obriguei-o “a botar uma biblioteca abaixo”. Isto demonstra sua justa preocupação, mas bastaria ler um artigo da lei.

ATIROU A FLOR NA LAMA

O advogado do réu disse que há, neste processo, coisas singulares. Mais de uma? Então, são plurais. Singular é falar-se em amor. Profanação, acinte, escárnio. O acusado atirou uma flor do sentimento humano na lama do lenocínio. A vítima, sim, sabia o que é amor, conservando a fidelidade da alma, já que era obrigada pelo acusado ao comércio do corpo. E procurava redimir-se para a plenitude moral e afetiva. Manifestou ao amante – amante sem amor – a esperança da virtude e do bem. Pediu sua colaboração. Êle deu-lhe um beijo e, cingindo-a pela cintura, levou-a para o quarto. A caminho, sacou de uma navalha e matou-a. Ao morrer, ela apenas perguntou: – “Por que me fizeste isto, amor?” Matou-a, porque ela lutava por um pouco de luz na noite de sua vida, porque ela tentava erguer-se do abismo para o trabalho e a honra.

EM CAUSA SOCIAL E NÃO EM CAUSA PRÓPRIA

O advogado não devia perguntar-me o que eu faria nas circunstâncias, mas o que a lei manda fazer se eu proceder como o réu. Não se julga em causa própria, ainda imaginariamente. O Júri há de sobrepor as razões, sociais às razões individuais. Resistir às versões e súplicas pessoais é agir sentimentalmente; humanamente, para evitar dores maiores no futuro. O sacrifício da parte culpada preserva o todo inocente, a bem dos direitos e garantias comuns, hoje da vítima deste réu, amanhã deste próprio réu como vítima. O crime sacrificou uma filha, uma irmã, uma espôsa, uma mãe, como as tendes, também, Srs. Jurados! Se não possuísse convicção reta, firme, serena, sincera, pediria a desclassificação, como ontem. É o fato através da prova, é a lei, é o interêsse social que exigem a condenação do réu para uma obra de misericórdia e de Justiça. As penas do libelo, concidadãos!

REINCIDÊNCIA DOS PASSIONAIS

Absolvidos, como costumam ser, os passionais, nunca se conseguiria fixar a reincidência, aliás de conceito convencional. Dir-se-á que não se ama apenas uma vez na vida. Mas os colecionadores de amantes fogem à classificação menos científica do que moral de passionais. O argumento da não reincidência é de inspiração romântica, partindo do pressuposto de um único amor, que enche e absorve tôda a existência. No entanto, os passionais, que, ilògicamente, matam a vítima dêsse amor eterno, incompatível com a fisiologia e com a realidade da vida, porque não pode viver sem êle, continuam a viver, cuidando de si, de sua liberdade, de outros amores. Procuremos os ex-passionais, todos vivendo prosaicamente, sem a lembrança do crime e da mulher insubstituível, indispensável, condição da vida, razão de viver. Mesmo num país de estatísticas, perfeitas a tese continuaria situada num apriorismo suspeito, vago e inconseqüente. Entre nós, os registros não abrangem, sequer, todos os processos na mesma cidade. Não há serviço interestadual. Basta dizer que Lampião seria criminoso primário em face dos assentamentos oficiais. Nem há classificação de criminosos na lei para que se registre a categoria de cada réu. Aliás, as estatísticas de reincidências baseiam-se nas de condenações. Portanto, se real a não reincidência entre os passionais, provaria, de preferência, a regeneração, em última análise, a eficácia da pena no domínio das paixões. De qualquer forma, se o criminoso é determinado ao crime, se não há freios morais e legais que contenham as paixões, se a vida intensifica, generaliza e amiúda os motivos passionais, se a passionalidade

é constitucional, ínsita, produto de condições orgânicas e psicológicas pessoais, como garantir a não reincidência? Não é científico, pois, assegurá-la pelos próprios elementos da argumentação dos passionistas. O primeiro crime não imuniza o passional, salvo se se quer sustentar que o crime cura a passionalidade e impede as paixões – fenômenos naturais da psicologia humana, além de “produtos do meio artificial em que vivemos” (Coutts). Por outro lado, como mostrou *Wladoff*, todo ato violento contém o homicídio em germen. Há torturas morais e físicas, ameaças “passionais” que não passam dos recessos das famílias.

PAIXÃO E ESPORTE

O ilustre patrono e apologista do réu, em conferência recente, aconselhou o esporte como remédio contra a paixão. S. Ex^a. parece preocupado com os seus clientes. Chamado a considerar o problema fora da tribuna facciosa, combateu, ingratamente, o romantismo que é a fonte das teses da defesa. O passionismo proveio da ficção literária à procura de tipos *sui-generis* imaginários. O advogado prescreveu os exercícios físicos como remédio. Lembro-lhe que, nas prisões, existem pátios para esse fim. Cumprida a pena, os passionais voltariam curados à sociedade. Ao conceder o livramento condicional, o juiz imporia ao egresso a obrigação de obedecer, tôdas as manhãs, à voz do locutor: Um, dois! Um, dois! Firmes! Cabeça levantada! Peito erguido! E os matadores de mulheres, habituados às formas criadoras e fecundas do amor, atenderiam à sua finalidade biológica e social. Agora, as mulheres também irão fazer ginástica compulsória. Ontem, condenastes a exercícios forçados uma que matou o noivo perjuro. Não vos impressionaram as lágrimas oportunas, do princípio ao fim da sessão. Ela chorou magnificamente, mas não conseguiu cortar o coração dos jurados, como fez ao do noivo. Passionais, rumo aos stadiuns! Passionais criminosos, rumo aos campos de esportes das prisões. Pela higiene do amor!

BERÇOS E NÃO TÚMULOS

O verdadeiro passional não mata. O amor é, por natureza e por finalidade, criador, fecundo, solidário, generoso. Êle é cliente das pretorias, das maternidades, dos lares e não dos necrotérios, dos cemitérios, dos manicômios. O amor, o amor mesmo, jamais desceu ao banco dos réus. Para os fins da responsabilidade, a lei considera apenas o momento do crime. E nêle o que atua é o ódio.

O amor não figura nas cifras da mortalidade e sim nas da natalidade; não tira, põe gente no mundo. Está nos berços e não nos túmulos.

**Publicado originalmente na Revista nº 2 mai./ago. 1967, p. 60.*

MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ASSISTENTE SIMPLES: O INTERESSE INSTITUCIONAL COMO EXPRESSÃO DO INTERESSE JURÍDICO¹⁻²

ROBSON RENAULT GODINHO*

1. Introdução:

A atual conformação constitucional do Ministério Público trouxe profunda modificação em suas atribuições, passando a fornecer diversas possibilidades de estudos de novos temas relacionados com a Instituição, atraindo a atenção inclusive de pesquisadores de outras áreas de conhecimento que não a jurídica.³

Será objeto deste trabalho exatamente um desses diversos temas que decorrem da ampliação da presença do Ministério Público no processo: a possibilidade de a Instituição ser admitida como terceiro interveniente, na condição de assistente simples⁴, em processo em que se discuta questão institucional ou em que se veicule pretensão contra membro do Ministério Público⁵, em razão de sua atuação funcional.

Analisaremos, pois, a possibilidade de o Ministério Público intervir no processo não na condição de fiscal da lei, movido pela existência de interesse público (ou social) ou direito indisponível, mas, sim, como terceiro interveniente em razão de interesse institucional, o que, em última análise, não deixa de ser uma decorrência do interesse público, pela natureza própria da Instituição. É necessário frisar que

* ROBSON RENAULT GODINHO é Promotor de Justiça - RJ, Mestrando em Direito Processual Civil - PUC/SP.

1 Trabalho originalmente publicado na obra coletiva *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo e Assuntos Afins* (São Paulo: RT, 2004), coordenada por Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. Com algumas alterações, o texto posteriormente foi apresentado como tese no XXIII Encontro Estadual do Ministério Público do Rio de Janeiro, realizado em Angra dos Reis em maio de 2004 (aprovada por unanimidade). Em sessão realizada em 10/05/05, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgando o agravo de instrumento nº 2005.002.01366, decidiu, por maioria, ser possível a intervenção do Ministério Público como assistente simples em processo instaurado contra seu membro, em razão do exercício de suas funções. Confira-se a ementa do acórdão: "*Assistência simples - Ministério Público. Nas ações de responsabilidade civil propostas em face de membros do Ministério Público por atos que teriam sido praticados no exercício da função é cabível a integração na lide da Instituição, notadamente quando se pretende tutelar a relação funcional do agente e de possível ilícito praticado no exercício das funções institucionais. Deferimento da assistência. Recurso provido*" (D.O. 06/06/05, pp. 27/30. Rel. p./acórdão, Des. Paulo Gustavo Horta).

2 Ver Seção de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

3 Como exemplos deste estudo diversificado, podemos citar os seguintes trabalhos, todos interessantíssimos e baseados em dados estatísticos, fato raro em estudos estritamente jurídicos: SADEK, Maria Teresa (org.). *Justiça e Cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Idesp, 2000; ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002; SILVA, Cátia. *Justiça em Jogo: novas facetas da atuação dos Promotores de Justiça*. São Paulo: Edusp, 2001. A propósito dessa carência de dados objetivos em estudos jurídicos, merece ser destacado o recente trabalho de MONIZ DE ARAGÃO (que, com BARBOSA MOREIRA, sempre alerta para a necessidade de um estudo com base em dados objetivos), exatamente acerca de uma das diversas pesquisas coordenadas pela já citada MARIA TERESA SADEK: "Estatística judiciária". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 110, abril/junho de 2003.

4 OVIDIO BAPTISTA DA SILVA afirma que não existe outra figura de assistência que não seja a *simples*, sendo dispensável o adjetivo (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2000, p. 258. vol. 1). Entretanto, preferimos utilizar a expressão *assistência simples*, como de resto o fazem a doutrina e jurisprudência, a fim de evitar qualquer confusão terminológica, sendo que o próprio OVIDIO BAPTISTA DA SILVA utiliza o adjetivo durante toda a seqüência de seus *Comentários* e também em seu *Curso*.

5 Estamos tratando de processos contra membros do Ministério Público, de modo que tudo que for dito sobre *Promotores de Justiça* durante todo o texto é plenamente aplicável a qualquer integrante da Instituição, no exercício de suas funções.

estamos diante de uma nova possibilidade de atuação do Ministério Público no processo civil, afastando-se da análise do problema, desde já, qualquer raciocínio voltado para a clássica figura da intervenção como *custos legis*.⁶

Enfim, trataremos de um modo novo de atuação do Ministério Público no processo civil, em que a própria Instituição é a tutelada. Isso porque, com a ampliação de sua presença no processo e também por sua atividade extrajudicial, o Ministério Público despertou reações de variada ordem e, dentre elas, vê-se a proliferação de ações ajuizadas diretamente contra a pessoa de membro da Instituição, em que a causa de pedir e/ou o pedido contém aspectos ligados à atuação funcional. Diante desse quadro, surge a necessidade de o Ministério Público cuidar da defesa de sua posição jurídica e a intervenção como assistente simples é a expressão de uma das possibilidades de se preservar o interesse institucional.⁷

O interesse pelo tema surgiu em razão de, recentemente, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Procurador-Geral de Justiça, haver requerido seu ingresso como assistente em processos instaurados em face de Promotores de Justiça, que passaram a ocupar a posição de réus em razão da atuação funcional⁸. Posteriormente, o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul aprovou parecer de sua assessoria que, com base nos fatos ocorridos no Rio de Janeiro, admitiu, em tese, a possibilidade de a Instituição ingressar como assistente simples em processo instaurado contra Promotor de Justiça⁹. Por fim, a nova lei orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 81, § 2º, prevê expressamente essa possibilidade, dispondo que “o Ministério Público, representado pelo Procurador-Geral de Justiça, poderá habilitar-se como assistente em ação civil ajuizada em face de membro do Ministério Público em virtude de ato praticado no exercício das suas funções”.¹⁰

Verificaremos, no decorrer do trabalho, se o Ministério Público, afinal, possui interesse jurídico que lhe autorize ingressar em um processo em que figure um de seus membros como parte, por ato decorrente do exercício de sua função. Procuraremos, portanto, responder à seguinte indagação: *ajuizada uma ação em face de um membro do Ministério Público, em razão de seu exercício funcional, há interesse jurídico que autorize a intervenção da Instituição como assistente simples?* Também trataremos da hipótese em que o Ministério Público intervém em processo em que esteja sendo debatida questão institucional, como ações diretas de inconstitucionalidade e mandados de segurança.

6 Essa advertência deveria ser desnecessária, mas, lamentavelmente, no único julgado que conhecemos sobre o tema, houve esse desvio de perspectiva, como veremos oportunamente.

7 Não estamos conferindo ao debate um enfoque maniqueísta ou corporativista, já que não se nega a possibilidade de atuação abusiva de determinado membro do Ministério Público, como de resto não se pode negar a possibilidade de abuso de qualquer profissional exercendo qualquer função. Contudo, também não se pode negar que o Ministério Público vem provocando reações mesmo quando atua na estrita observância de suas funções. O processo contra a pessoa dos Promotores de Justiça como meio de atingir a Instituição é uma realidade, surgindo, assim, o expediente técnico da intervenção em processos desse jaez, face o inegável prejuízo jurídico que pode daí resultar. Exatamente por ser da natureza do instituto da assistência a voluntariedade da intervenção, na hipótese de efetivamente ter sido abusiva a atuação do membro do Ministério Público, não haverá tal intervenção, até porque inexistirá interesse institucional na hipótese ou haverá desistência da intervenção porventura já iniciada.

8 O parecer da assessoria, favorável à intervenção nos referidos processos, de autoria do Promotor de Justiça EMERSON GARCIA, está publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 16.

9 Expediente administrativo nº 10845-09.00/02-0, da lavra da Procuradora de Justiça Isabel Dias Almeida e aprovado em 26/12/2002 pelo Procurador-Geral de Justiça Cláudio Barros Silva, com a ratificação desse posicionamento no expediente administrativo nº 10845-09.00/02-0, de 20/03/2003.

10 Trata-se da Lei Complementar Estadual nº 106, de 03/01/2003. Evidentemente, tal lei não pode veicular matéria processual e este dispositivo deve ser lido apenas como fixação de atribuição do Procurador-Geral de Justiça. Para os fins de nosso trabalho, essa previsão legislativa reforça a atualidade e a importância do tema.

Percebe-se, portanto, que o assunto a ser tratado neste trabalho decorre diretamente da maior visibilidade que a Instituição adquiriu em razão do exercício das atribuições que lhe foram outorgadas pela Constituição, ampliando sua atuação processual e extraprocessual, como destacamos no primeiro parágrafo deste texto. Exatamente para preservar sua destinação constitucional, seja para se defender de quaisquer tentativas de amesquinamento da Instituição, seja para identificar e punir eventual membro que se valha de seu cargo para fins anormais, é que nos parece que os processos instaurados contra Promotores ou Procuradores merecem maior atenção institucional, surgindo o instituto da intervenção de terceiros como um importante instrumento para que o Ministério Público participe ativamente de questões que, transcendendo a figura pessoal de seu membro, potencialmente atingem toda a Instituição.

O tema de que cuidaremos não é imune a polêmicas¹¹ e isso é até um incentivo para nossa pesquisa, que pretende, dentro de suas naturais limitações, fomentar um debate sobre o assunto que, se não é exatamente inédito, é um novo enfoque sobre a própria figura da assistência e sobre a atuação do Ministério Público no processo.

2. Assistência simples: generalidades

Considerada como a mais típica figura de intervenção de terceiros, em que pese a opção topográfica do Código de Processo Civil, a assistência simples pode ser conceituada como a *“espécie de intervenção voluntária no processo, em que o terceiro até então fora da causa pendente, mas não completamente estranho à relação processual instaurada, intervém no processo, tendo em vista seu interesse jurídico em que a sentença seja prolatada favorecendo à parte a quem assiste, isto é, com a finalidade de auxiliar que o assistido obtenha na demanda um resultado satisfatório, vitorioso”*¹².

A assistência simples, portanto, é a forma de intervenção facultativa e voluntária de terceiro em processo pendente, para auxiliar uma das partes, em razão de o assistente poder, atual ou potencialmente, ter sua situação jurídica atingida desfavoravelmente.

Na síntese de JOSÉ ALBERTO DOS REIS¹³, a intervenção do assistente é espontânea e seu propósito é o de auxiliar uma das partes em causa pendente, devendo ter interesse jurídico em que a decisão do processo seja favorável à parte que se propõe ajudar.

Além de requisitos genéricos para o ingresso de terceiro em um processo, a legislação processual condiciona o exercício da assistência ao preenchimento dos seguintes requisitos específicos: causa pendente e interesse jurídico (art. 50, CPC).

Para os fins deste trabalho, interessa o conceito de *interesse jurídico*, já que sempre haverá uma causa pendente. Como não é tarefa livre de turbulências a verificação concreta da existência de interesse jurídico apto a habilitar o ingresso de

11 Como afirmou CÁSSIO SCARPINELLA BUENO em seu recém publicado trabalho, as polêmicas acerca da intervenção de terceiros residem no próprio tema, estando *in re ipsa* (*Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. XX). ATÍLIO CARLOS GONZÁLEZ, por sua vez, assim se pronuncia: “[...] la intervención de los terceros en el proceso es uno de los temas más preocupantes de la doctrina, sin existir unidad de criterio entre quienes han abordado su estudio [...] esas dificultades se ven acrecentadas por la falta de una doctrina orientadora y hasta por cierta prevención para admitir al tercero, considerado como un elemento perturbador en el proceso” (“La legitimación de los terceros en el proceso civil”. *La Legitimación – Homenaje al Profesor Doctor Lino Herique Palacio*. Augusto M. Morello (coord.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 271).

12 MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência Simples no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1983, p. 23.

13 *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. 1, 3ª ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 466.

um assistente, é de todo recomendável que se examinem os conceitos oferecidos pela doutrina brasileira, esperando que as citações doutrinárias que traremos no tópico seguinte não sejam excessivas a ponto de tornarem pesado o trabalho ou até deformarem-no, para lembrarmos a advertência de CARNELUTTI¹⁴.

3. Conceito de interesse jurídico: breve esboço doutrinário

O conceito de interesse jurídico é o ponto mais tormentoso e controvertido no estudo da assistência¹⁵, limitando-se o Código de Processo Civil, em seu artigo 50, a dispor que poderá intervir como assistente o terceiro que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas¹⁶.

Iniciaremos este esboço doutrinário pelos conceitos que se nos afiguram mais completos, que são os fornecidos por THEREZA ALVIM E ARRUDA ALVIM.

Segundo THEREZA ALVIM, o interesse será jurídico “se a esfera jurídica do terceiro puder ser atingida de fato, isto é, pelos fundamentos de fato e de direito da sentença ou pela própria decisão, de forma indireta, tenha ele entrado ou não no processo”¹⁷. Em trabalho mais recente¹⁸, THEREZA ALVIM afirma que “só será jurídico o interesse do terceiro, se a decisão judicial da lide, ou seja, do pedido que não foi, nem por ele, nem contra ele, feito, puder vir a afetar relação jurídica sua com o assistido, puder ser atingido por atos executórios afetando sua esfera jurídica, ou, ainda, puder ser alcançada sua esfera jurídica, atual ou potencialmente”, acrescentando que o terceiro será atingido apenas pela eficácia natural da sentença.

ARRUDA ALVIM afirma que a esfera jurídica do assistente simples poderá ser afetada de duas formas: **1)** se a própria decisão do processo alcançar relação jurídica sua com quem deseja assistir, como uma prejudicial; **2)** se a justiça da decisão operar

14 “[...] Um dos frutos mais comuns desse prejuízo é a mania de citação, as quais não só tornam pesados os nossos trabalhos senão também os deformam”, **apud** BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório do Processo Judicial*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 16.

15 MAURICIO. *Ob. cit.*, p. 49.

16 A título de ilustração, seguem alguns dispositivos que cuidam do interesse na assistência, nos respectivos códigos de outros países: **Argentina (art. 90):** “Podrá intervenir en un juicio pendiente en calidad de parte, cualquiera fuere la etapa o la instancia en que éste se encontrare, quien: (1) Acredite sumariamente que la sentencia pudiere afectar su interés propio. [...]”; **Peru (art. 97):** “Quien tenga con una de las partes una relación jurídica substancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella. Esta intervención puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia. El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido. (Art. 101): Los terceros deben invocar interés legítimo. [...]”; **Chile (art. 23):** “Los que, sin ser partes directas en el juicio, tengan interés actual en sus resultados, podrán en cualquier estado de él intervenir como coadyuvantes, y tendrán en tal caso los mismos derechos que concede el artículo 16 a cada una de las partes representadas por un procurador común, continuando el juicio en el estado en que se encuentre. Se entenderá que hay interés actual siempre que exista comprometido un derecho y no una mera expectativa, salvo que la ley autorice especialmente la intervención fuera de estos casos. Si el interés invocado por el tercero es independiente del que corresponde en el juicio a las dos partes, se observará lo dispuesto en el artículo anterior”; **Portugal (art. 335º, 2):** “para que haja interesse jurídico, capaz de legitimar a intervenção, basta que o assistente seja titular de uma relação jurídica cuja consistência prática ou econômica dependa da pretensão do assistido”; **Itália (art. 105):** “Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone (267 s.) per far valere, in confronto di tutte le parti o alcune di esse, un diritto relativo all’oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo. Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi há un proprio interesse (100, 267 s., 344)”; **Alemanha (§ 66, I):** “Quien tiene un interés jurídico, en que en un proceso o pendiente entre otras personas venza una de las partes, puede asociarse a esta parte con la intención de apoyarle” (tradução de Emilio Eiranosa Encinas e Miguel Lourido Míguez. *Código Procesal Civil Alemán*. Madri: Marcial Pons, 2001).

17 “Da assistência litisconsorcial no Código brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 11/12, julho/dezembro de 1978, pp. 45/46.

18 *Direito Processual de Estar em Juízo*. São Paulo: RT, 1996, p. 207.

efeitos de fato na esfera jurídica do assistente simples. Esclarece esse autor que, para o interesse do terceiro ser considerado jurídico, “*deve, do processo entre outras pessoas, poder resultar influência benéfica ou contrária, prejudicial ou indireta, no conflito de interesses, atual ou potencial, que tem ele com a parte a quem deseja assistir*”¹⁹. Em outra obra²⁰, ARRUDA ALVIM destaca que o interesse jurídico justificador do ingresso do assistente simples deve ser aferido em função de a sentença poder afetar ou não esse terceiro.

Em interessantíssimo parecer²¹, ARRUDA ALVIM sustenta que o “*mero reflexo prático na posição do assistente é o bastante para justificar o seu ingresso; a isto se reduz o interesse jurídico do assistente*”, esclarecendo mais adiante que “*recebe, pela lei processual vigente, a qualificação de jurídico o interesse do terceiro se vislumbrado estiver, atual ou potencial, atingimento de fato na sua esfera jurídica*” e concluindo que “*a tradição do nosso Direito é a mais liberal possível, tangentemente à configuração do interesse do assistente*”. Citando ROSENBERG, bem demonstra que o conceito de interesse jurídico não pode ser delimitado de maneira formal, estando presente essa classe de interesse, segundo o processualista alemão, “*sempre que o interveniente aderente esteja em relação jurídica tal com as partes ou o objeto do processo principal, que uma sentença desfavorável influiria de algum modo, juridicamente e em seu detrimento, em sua situação de Direito Privado ou Público*”.²²

MOACYR AMARAL SANTOS não fornece uma noção tão completa, mas é correto em sua abordagem, ao afirmar que “*o assistente intervém fundado no interesse jurídico, que tem, de que a sentença não seja proferida contra o assistido, porque proferida contra este poderia influir desfavoravelmente na sua situação jurídica*”.²³

Nessa mesma linha, encontramos as seguintes abordagens: a) CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, que observa que “*o interesse que legitima a assistência é sempre representado pelos reflexos jurídicos que os resultados do processo possam projetar sobre a esfera de direitos do terceiro. Esses possíveis reflexos ocorrem quando o terceiro se mostra titular de algum direito ou obrigação cuja existência ou inexistência depende do julgamento da causa pendente, ou vice-versa.(...) É de prejudicialidade a relação entre a situação jurídica do terceiro e os direitos e obrigações versados na causa pendente. Ao afirmar ou negar o direito do autor, de algum modo o juiz estará colocando premissas para a afirmação ou negação do direito ou obrigação de terceiro – e daí o interesse deste em ingressar*”²⁴; b) CELSO AGRÍCOLA BARBI, que escreve que “*o interesse é jurídico quando, entre o direito em litígio e o direito que o credor quer proteger com a vitória daquele, houver uma relação de conexão ou de dependência, de modo que a solução do litígio pode influir, favorável ou desfavoravelmente, sobre a posição jurídica de terceiro*”²⁵; c) OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, para quem “*dá-se intervenção adesiva simples quando terceiro ingressa no processo com a finalidade de auxiliar uma das partes em cuja vitória tenha interesse, uma vez que a sentença contrária à parte coadjuvada prejudicaria*

19 “Assistência”. *Revista de Processo*: São Paulo: RT, nº 6, abril/junho de 1977, p. 229.

20 *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 7ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 120. O mesmo entendimento foi adotado em estudo escrito com TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: “Assistência-Litisconsórcio”. *Repertório de jurisprudência e doutrina*. São Paulo: RT, 1986, p. 13.

21 “Assistente simples”. *Direito Processual Civil – 1 (Coleção Estudos e Pareceres)*. São Paulo: RT, 1995, pp. 95/106.

22 A título de curiosidade, este conceito de ROSENBERG era o que JOSÉ FREDERICO MARQUES utilizava em suas *Instituições*. Também sob o Código de Processo Civil de 1939, merece ser transcrito o entendimento de LOPES DA COSTA, para quem “*o interesse é jurídico quando o assistente seja parte de uma relação jurídica que tenha um laço de conexão com o objeto da causa em cujo processo intervém*” (*Direito Processual Civil Brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 419, vol. I).

23 *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 51, 2º vol.

24 *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 384, vol. II.

25 *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 174, vol. I.

*um direito seu, de alguma forma ligada ao direito do assistido*²⁶; d) MARCELO ABELHA RODRIGUES, que entende que o interesse jurídico exigido para a assistência liga-se ao direito substancial, aferível pela situação de atingimento reflexo e jurídico na esfera do potencial assistente²⁷; e) LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI, que consideram que o interesse jurídico “nasce da perspectiva de [o assistente] sofrer efeitos reflexos da decisão desfavorável ao assistido, de forma que sua esfera seja afetada”²⁸; f) VICENTE GRECO FILHO, anotando que “a qualidade de jurídico do interesse que legitima a assistência simples decorre da potencialidade de a sentença a ser proferida repercutir, positiva ou negativamente, na esfera jurídica do terceiro”²⁹; g) CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, que, em recente trabalho, afirma que o interesse jurídico do assistente simples “deve ser dedutível da probabilidade atual ou iminente de que possa a decisão a ser proferida no processo em que pretende intervir vir a afetar sua esfera jurídica enquanto fato eficaz”³⁰; h) GENACÉIA DA SILVA ALBERTON, que entende que “o assistente não reclama direito próprio, mas tem interesse pessoal na sorte da pretensão de uma das partes, ficando sua situação processual dependente da parte coadjuvada”³¹; i) DANIEL USTÁRROZ afirma que o “interesse reside na circunstância de que, caso seu assistido saia vitorioso, o assistente afastará parcela ou a totalidade de efeitos reflexos que sentença favorável ao adversário do assistido poderia ter sobre seu patrimônio jurídico”³².

Todos esses posicionamentos, embora não sejam plenamente coincidentes, seguem uma linha em comum, já que, basicamente, limitam-se a expressar que o interesse jurídico consiste na possibilidade de o assistente ser atingido desfavoravelmente em sua situação jurídica.

Entretanto, JOSÉ FREDERICO MARQUES³³ acatou a definição de MOACYR LOBO DA COSTA, que entendia que “sempre que o terceiro seja titular de uma relação jurídica, cuja consistência prática ou econômica dependa da pretensão de uma das partes do processo, ele deve ser admitido a intervir na causa, para atuar no sentido de que a sentença seja favorável à pretensão da parte a que aderiu. Não se trata, evidentemente, de interesse prático ou econômico, que não legitima a intervenção. Deve existir uma relação jurídica, entre o terceiro e a parte, cuja consistência prática ou econômica dependa da pretensão dessa parte na lide, e possa ser afetada pela decisão da causa”. Vê-se, aqui, um conceito restritivo que vamos encontrar em outros doutrinadores e na jurisprudência, que passa a vincular o interesse jurídico a uma necessária relação jurídica entre o terceiro e a parte, o que nos parece equivocado.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, por exemplo, expressamente arrola a existência de uma relação jurídica como pressuposto da assistência, ao defender que o interesse do assistente consiste “na preservação ou na obtenção de uma situação jurídica de outrem (a parte) que possa influir positivamente na relação jurídica não-litigiosa existente entre ele, assistente, e a parte assistida”, de modo que são seus pressupostos: “a) existência de relação jurídica entre uma das partes e o terceiro (assistente) e b) possibilidade de vir a sentença a influir na referida relação”.³⁴

26 *Curso de Processo Civil*. 4ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 273, vol. 1.

27 *Elementos de Direito Processual Civil*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, vol. 2, p. 329.

28 *Curso Avançado de Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 253, vol. 1.

29 *Da Intervenção de Terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 74.

30 *Ob. cit.*, p. 138.

31 *Assistência Litisconsorcial*. São Paulo: RT, 1994, p. 27.

32 *A Intervenção de Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 37.

33 *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1974, p. 271, vol. 1.

34 *Curso de Direito Processual Civil*. 31ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 124/125.

Merece registro, também, pela influência que seu pensamento exerce ainda hoje no Brasil, o posicionamento de ALBERTO DOS REIS, que entendia ser necessário o seguinte, para que restasse configurado o interesse jurídico: a) que derive de relação jurídica em que figure como parte o candidato à assistência; b) que esta relação seja conexa com a relação jurídica litigiosa, devendo tal conexão consistir num laço de prejudicialidade ou dependência.³⁵

Parece-nos que, neste particular, assiste razão a HELIO TORNAGHI³⁶, quando corretamente afirma que não se exige qualquer relação jurídica entre o assistente e as partes principais do processo, bastando que os efeitos reflexos da sentença tragam prejuízo ou vantagem para o interesse jurídico do assistente.

NELSON NERY JUNIOR, do mesmo modo, é preciso ao afirmar que *“há interesse jurídico do terceiro quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida entre assistido e parte contrária. Não há necessidade de que o terceiro tenha, efetivamente, relação jurídica com o assistido, ainda que isso ocorra na maioria dos casos”*.³⁷

LUIZ GUILHERME MARINONI também afirma que a existência de relação jurídica entre o terceiro e a parte não integra o conceito de interesse jurídico e, para confirmar seu raciocínio, invoca o clássico exemplo do tabelião que ingressa em processo em que se discute a existência de vício em escritura pública, em que se admite a assistência sem que haja relação jurídica.³⁸

Nos dois recentes estudos específicos sobre assistência simples, encontramos uma preferência pela casuística, evitando os autores a elaborar um conceito prévio de interesse jurídico.

Em seu trabalho, UBIRATAN DE COUTO MAURÍCIO afirma, inicialmente, que não se pode aplicar ao direito brasileiro o mesmo conceito de interesse jurídico fornecido pelo direito português, que acabou por consagrar fórmula de admissibilidade mais ampla, possibilitando a assistência em caso de haver apenas interesse de fato. Segundo este autor, *“a circunstância do terceiro que pretende intervir como assistente simples ser titular da relação jurídica com a parte a qual deseja assistir, não quer dizer que, por si só, já esteja configurado interesse jurídico. O que é relevante para caracterizá-lo são os efeitos reflexos emergentes da sentença que, faticamente, poderão repercutir na esfera jurídica do terceiro, mesmo que não haja relação jurídica entre ele e a parte que pretende assistir, pois esta poderá existir e juridicamente não ser atingida pelos efeitos indiretos emanados da sentença proferida entre as partes”*.³⁹

Em sua recente dissertação, JOÃO LUÍS MACEDO DOS SANTOS considera um importante parâmetro para a verificação da existência do interesse jurídico o entendimento retirado de julgamento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual deve partir-se da hipótese de vitória da parte contrária para indagar se dela adviria prejuízo juridicamente relevante.⁴⁰

35 Ob. cit., p. 467.

36 *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, p. 224, vol. I. TORNAGHI, entretanto, entende que há interesse jurídico na hipótese em que um credor pretende ingressar em processo em face de seu devedor, a fim de ver preservado o patrimônio deste, com o que, acompanhando a doutrina majoritária, não concordamos.

37 *Código de Processo Civil Comentado*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 421.

38 “Sobre o assistente litisconsorcial”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 58, abril/junho de 1990.

39 Ob. cit., pp. 59/60.

40 *Assistência no Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de mestrado. PUC-SP, 2001, p. 82. Inédito.

Esse breve e exemplificativo panorama doutrinário é suficiente para demonstrarmos a fluidez conceitual de *interesse jurídico*. De todo modo, as posições doutrinárias fornecem relevantes subsídios para a identificação concreta do interesse jurídico. A definição apriorística cabal do que seja interesse jurídico é extremamente difícil, como concluíram estes dois autores por último citados, de modo que em cada caso concreto é que será melhor verificado o conceito⁴¹.

Essa dificuldade doutrinária se transfere para a jurisprudência, como fica evidente no seguinte excerto de um acórdão do Supremo Tribunal Federal, em que se procurava diferenciar o interesse jurídico do meramente econômico: *“Não há como pôr em linha delimitada, estanque, um e outro: o interesse econômico penetra na vida jurídica assumindo sua legitimidade quando encontra na lei a expressão formal. E o interesse jurídico não é simples fórmula vazia, sem conteúdo, exprimindo muitas vezes, na maioria, um interesse econômico. Dizer até onde se estende um ou onde outro principia é tarefa que os doutos ainda não cumpriram; distinguir o domínio de um ou de outro não conseguiram ainda os estudiosos, oscilando em sentidos diversos, conforme a linha de pensamento, que sustentam, e a própria ideologia, a que servem”*.⁴²

É diante desse quadro que tentaremos demonstrar que o interesse institucional pode ser uma forma de expressão do interesse jurídico.

4. O interesse institucional como expressão do interesse jurídico

A partir das noções expostas no item anterior, procuraremos traçar as linhas básicas do que entendemos ser *interesse institucional*, a fim de tentarmos demonstrar que tal categoria de interesse pode ser uma forma de expressão do interesse jurídico que seja apto a autorizar o ingresso do Ministério Público como assistente simples em processo instaurado contra um de seus membros, sempre em razão de sua atuação funcional.

Como o Ministério Público possui personalidade judiciária, mas não possui personalidade jurídica, temos que examinar em quais hipóteses estaremos diante de temas que, por dizerem respeito diretamente a toda a Instituição e não exclusivamente à pessoa física de seu membro, transcendam a esfera jurídica do agente e recomende o ingresso no processo do próprio Ministério Público, para, auxiliando a parte, evitar um prejuízo institucional.

A situação em que se nos afigura mais evidente a presença de interesse institucional é exatamente a hipótese envolvendo prerrogativas institucionais, direitos e garantias de membros do Ministério Público. Em princípio, portanto, apenas em processos em que se possa vislumbrar prejuízo institucional atual ou potencial dos membros do Ministério Público é que se faria presente o interesse jurídico. Em suma, a esfera jurídica do Ministério Público confunde-se com as prerrogativas, direitos e deveres de seus membros e o interesse institucional é que habilitará a Instituição a ingressar em processo como assistente simples. Tudo aquilo que não disser respeito à esfera pessoal do membro do Ministério Público será interesse institucional, já que o Promotor estará no exercício da função e, portanto, não haverá rigorosamente um agir individual e personalizado que possa ser destacado de seu vínculo funcional. O interesse institucional, portanto, transcende a esfera subjetiva do membro da Instituição, fazendo com que haja interesse do Ministério Público em que a sentença seja favorável a seu membro e, com isso, seja favorável à própria Instituição, que teria sua situação jurídica prejudicada em caso de vitória do adversário no processo.

41 MAURÍCIO. Ob. cit., p. 72.

42 Rel. Ministro Oscar Corrêa. 1ª Turma. A.I. 89.977, j. 24/03/83, *apud* ARRUDA ALVIM. *Assistência-Liticonsórcio. Repertório de jurisprudência e doutrina*. São Paulo: RT, 1986, p. 124.

A partir do momento em que o Ministério Público só se faz presente no processo por meio de um agente no exercício regular das funções, não há como desvinculá-los. O Ministério Público é uno e indivisível, de modo que, ao ser ajuizada uma ação em face de seu membro em razão de sua atuação funcional, automaticamente surge o interesse em que haja uma sentença favorável a ele, já que sua derrota inevitavelmente atingirá a própria Instituição. É por isso que se diz que o membro do Ministério Público, quando atua, “*apresenta*”⁴³ a Instituição.⁴⁴

Essa vinculação entre a Instituição e o seu agente levou FLORIANO AZEVEDO MARQUES a questionar o princípio do Promotor Natural, nos seguintes termos: “*Minha crítica decorre do fato de ver na importantíssima legitimação do Ministério Público um caráter institucional da entidade Ministério Público e não do Promotor isolado. Até porque o Ministério Público, cada um daqueles que exerce sua função em alguma curadoria, quando se manifesta, não fala em nome pessoal, mas como membro do Ministério Público, com um peso institucional muito grande. Isso em alguns casos cria determinados exageros. Por exemplo, na Comarca do interior, o Promotor que se toma em bríos, que entra em rusgas com o Prefeito e transforma sua atividade, a sua função em instrumento de sua sanha pessoal, que põe em comprometimento a própria figura institucional do Ministério Público. Levar adiante essa noção de ‘Promotor Natural’ implica lascar o caráter institucional no Parquet, imputando do promotor uma individualização que a Constituição não prevê*”.⁴⁵

É exatamente essa noção de “caráter institucional” que legitima a intervenção do próprio Ministério Público como assistente simples, a fim de tutelar um interesse institucional.

Tentemos figurar alguns exemplos em que esteja presente o interesse institucional do Ministério Público, por estarem em debate questões que, como já afirmado, transcendem a esfera subjetiva do membro da Instituição:

A) Em determinada Comarca, é ajuizada uma ação em face de um Promotor de Justiça para que se abstenha de se pronunciar na imprensa sobre determinados fatos relacionados a processos em andamento, sob pena de multa diária. Nessa hipótese, entendemos que haveria interesse institucional a justificar a intervenção do Ministério Público, por meio do Procurador-Geral de Justiça, em razão de uma decisão que viole a livre manifestação pública (nos limites legais, evidentemente) causar prejuízo atual ou potencial a toda Instituição;

43 PONTES DE MIRANDA: “*estar presente para dar presença à entidade de que é órgão*” (Comentários ao Código de Processo Civil. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 288, tomo I). OVIDIO BAPTISTA DA SILVA expressamente aderiu a essa terminologia de PONTES DE MIRANDA (Comentários... cit., pp. 96/97).

44 “*A unidade do Ministério Público não significa que qualquer de seus membros poderá praticar qualquer ato em nome da instituição, mas sim, sendo um só organismo, os seus membros ‘apresentam’ (não representam) a instituição sempre que atuarem, mas a legalidade de seus atos encontra limites no âmbito da divisão de atribuições e demais garantias e princípios impostos pela lei*” e pela Constituição (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal - Promotor Natural, Atribuição e Conflito*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 44). Aproveitamos a oportunidade para reafirmar que somente o processo que envolver um agente que tenha atuado regularmente é que poderá ensejar a assistência da Instituição. A atuação desviante, exatamente por desbordar da atuação institucionalmente desejada, não abre caminho para o ingresso da Instituição no processo.

45 “*Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração*”. *Processo Civil e Interesse Público*. Carlos Alberto de Salles (coord.). São Paulo: RT/APMP, 2003, p. 198. Em caso “*sanha pessoal*”, evidentemente não haverá intervenção do Ministério Público em eventual processo contra o Promotor. Nesse caso, o interesse institucional será exatamente no sentido de punir, inclusive administrativamente, o desvio ocorrido no exercício anormal das funções. Sobre o sentido exato da noção do que se entende por “*Promotor Natural*”, é imprescindível a leitura da obra de PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO citada na nota anterior (recentemente, houve reedição da obra).

B) Imagine-se, ainda, que um prefeito ajuíze uma ação em face de um membro do Ministério Público alegando que as audiências públicas por ele promovidas, relatórios e recomendações por ele emitidos causam-lhe prejuízos morais e políticos junto à população e, não sendo função do Ministério Público interferir nos rumos da política local, requer que se abstenha de emitir qualquer relatório ou recomendação e a promover audiências públicas que se refiram à administração municipal, sob pena de pagamento de multa diária. Também aqui nos parece evidente a presença de interesse institucional, por se tratar de uma legítima atribuição do Ministério Público a promoção de audiência pública e a expedição de relatórios e recomendações;

C) Outra situação que revela a presença inequívoca de interesse jurídico institucional é a impetração de mandado de segurança por violação de direito líquido e certo de um membro do Ministério Público relacionado com o exercício de suas funções. Em hipóteses desse jaez, a violação sempre será de um direito ou prerrogativa funcional, o que transcenderá a esfera subjetiva e pessoal do agente, habilitando a instituição a intervir no processo. São os seguintes os exemplos que podem ser formulados: desrespeito ao poder de requisição do Ministério Público; recusa de determinado juiz a intimar pessoalmente o Promotor de Justiça por meio de entrega dos autos com vista; impedir o acesso do Promotor de Justiça a determinadas dependências do fórum ou de qualquer outro órgão público. Em qualquer dessas hipóteses, a impetração de mandado de segurança pelo membro do Ministério Público habilita a intervenção da própria Instituição no processo. É certo que o membro do Ministério Público impetrará o mandado de segurança em nome da própria Instituição (como seu “*presentante*”) e não em nome próprio, mas, em razão do interesse institucional, entendemos ser importante permitir a participação no processo do Procurador-Geral de Justiça, na condição de assistente⁴⁶. Também é possível haver assistência no caso de o membro do Ministério Público ser apontado como autoridade coatora em mandado de segurança, desde que esteja envolvida alguma questão institucional.

No que se refere especificamente ao mandado de segurança, sabe-se que não é pacífica a possibilidade de haver intervenção de assistente simples⁴⁷, talvez pelo

46 Como veremos logo adiante, há construção teórica que aproxima tal hipótese da figura do *amicus curiae*.
47 São favoráveis: Ovídio BAPTISTA DA SILVA (*Comentários... cit.*, pp. 264/266), João Luís MACEDO DOS SANTOS (ob. cit., pp. 116/120, com algumas ressalvas em relação à assistência simples), Cássio SCARPINELLA BUENO (*Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 150/151), José Antônio REMÉDIO (*Mandado de Segurança Individual e Coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 285/288), Paulo Roberto de Gouvêa Medina (*Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 150), Hely Lopes MEIRELLES (*Mandado de Segurança*. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 62/62), Sérgio Ferraz (*Mandado de Segurança*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 77/78), entre outros. A jurisprudência não é pacífica sobre o tema, como se vê na seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça, que bem demonstra a dimensão da controvérsia: “**Processual Civil. Mandado de Segurança. Assistência. 1.** A assistência não cabe em mandado de segurança, por: **a)** o art. 19, da Lei 1533, referir-se, exclusivamente, à admissão de litisconsórcio; **b)** o CPC, em face das dicções dos arts. 19 e 20, da Lei 1533, não é supletivo da lei que regula o procedimento do mandado de segurança; **c)** a lei prevê procedimento específico para o mandado de segurança, não cabendo ao intérprete ampliá-lo; **d)** a admissão de assistência em mandado de segurança cria obstáculo para a consecução da celeridade imposta para o seu curso. **2.** Precedentes jurisprudenciais pela não admissão: **RTJ** 123/722/ **STF-RT** 626/242; **RDA** 170/132; **RSTJ** 85/364; **STJ RT** 732/186; **TFR** – **MAS** 106.842, **DJU** 19.12.85, **AI** 90.01.11636-1, **DJU** 24.9.90, p. 22.063, **TRF** – 1ª R; **REO EM MS** 8.851, **DJU** 12.9.95, p. 59.865 **TRF** 2ª R, **AI** 94.04. 10.202.4, **DJU** 29.6.94, **TRF** – 4ª R; **AI** 44.240, **DJU** 19.11.82, p. 16.182, **TFR**; **AI** 90.01.024378, **DJU** 1.10.90, p. 22.817, **TRF**, 1ª Reg. **3.** Posição contrária de Sérgio Ferraz, Alfredo Buzaid e Hely Lopes, além dos precedentes seguintes: **AI** 43.009, **DJU** 14.10.82, p. 10361, **TFR**; **MS** 90.01.03405-5, p. 22.060, **TRF**, 1ª Região; **AI** 89.01.22703-7, **DJU** 12.2.90, p. 1726, **TRF**, 1ª Região; **RE** 78.620, **RTJ** 72/220; **REsp** 39.937-8, **DJU** 5.6.95, p. 16.635, **STJ**.” (AGRMS 5690/DF - **DJ** 24/09/2001, p. 232 – Rel. Min. José Delgado).

antigo costume de considerá-lo um *monstrum* isolado do sistema processual, para nos valermos da precisa lição de BARBOSA MOREIRA.⁴⁸ ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, que sempre entendeu possível a assistência em mandado de segurança, defende, em seu mais novo trabalho sobre o tema, que, “*embora forte corrente jurisprudencial ainda considere incabível qualquer modalidade de intervenção de terceiro na Ação de Mandado de Segurança, as mais ponderáveis razões jurídicas e pragmáticas indicam, neste momento em que o Direito busca a eficiência no processo, capacitando- o à justa resolução da lide com base em um contraditório amplo, a necessidade de abandonar a orientação restritiva e, assim, permitir que o terceiro interessado, máxime um Sindicato, possa intervir no processo do mandamus, quer como assistente litisconsorcial, quer em assistência simples, quer, quiçá, se a demanda versar matéria de interesse público, na qualidade de amicus curiae*”.⁴⁹

Uma outra hipótese em que está presente o interesse jurídico é na ação de controle de constitucionalidade de dispositivo de lei orgânica institucional ou qualquer outra lei que afete de algum modo a Instituição. Nesse caso, embora não caiba intervenção de terceiros, pode o Ministério Público figurar como *amicus curiae* (art. 7º, § 2º, da Lei 9868/99)⁵⁰⁻⁵¹.

48 “*Antes de mais nada, convém reiterar asserto que há muito vimos pondo como premissa de qualquer argumentação em torno de problemas do mandado de segurança: esse instituto não é um monstrum sem parentesco algum com o resto do universo, uma singular esquisitice legislativa, uma peça exótica, uma curiosidade a ser exibida em vitrine ou em jaula para assombro dos passantes; é uma ação, uma espécie do gênero bem conhecido e familiar, cujas peculiaridades, sem dúvida dignas de nota, não a desligam do convívio das outras espécies, não a retiram do contexto normal do ordenamento jurídico, não a condenam em degredo em ilha deserta. À semelhança do que acontece com as figuras congêneres, o mandado de segurança está contido no âmbito normativo do processo civil e submete-se aos respectivos princípios e normas, sem prejuízo da regulamentação especial constante das leis que a ele especificamente dizem respeito*” (“*Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo de mandado de segurança*”. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 212. Sexta série. No mesmo volume, há outro trabalho primoroso sobre o tema: “*Mandado de segurança – uma apresentação*”. Há mais de trinta anos, BARBOSA MOREIRA já se valia de sua corretíssima premissa, como se vê em seu *Direito Processual Civil*, Borsoi, 1971: Mandado de segurança e condenação em honorários de advogado).

49 “*Mandado de Segurança. Assistência e amicus curiae*”. *Revista de Direito Processual Civil*, nº 27. Curitiba: Gênese, janeiro/março de 2003, p. 195. Se acompanhássemos integralmente sua lição, o Ministério Público atuaria no mandado de segurança em que se debate questão institucional mais propriamente na condição de *amicus curiae*, tendo em vista o interesse público presente na questão. Entendemos, porém, que se trata mesmo de assistência, em razão do imediato interesse institucional e, portanto, jurídico, existente na causa. 50 A natureza da atuação do *amicus curiae*, no direito brasileiro, é controvertida. FREDIE DIDIER JR., por exemplo, entende que se trata de um auxiliar do juízo em questões técnico-jurídicas, não podendo ser equiparado com uma intervenção de terceiro, pois “seria o mesmo que se comparar a intervenção de um perito com a de um assistente” (*Recurso de Terceiro – Juízo de Admissibilidade*. São Paulo: RT, 2003, pp. 77/78 e 157/158). Sobre o tema, conferir, ainda, os seguintes trabalhos: MACIEL, Adhemar Ferreira. “*Amicus curiae: um instituto democrático*”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 106, abril/junho de 2002 e PEREIRA, Milton Luiz. “*Amicus curiae – intervenção de terceiros*”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 109, janeiro/março de 2003. CARLOS GUSTAVO DEL PRÁ, em interessantíssimo trabalho, entende que se trata uma forma especial de intervenção de terceiro (“*O Amicus Curiae e a Assistência nas Ações Coletivas: a ampliação do debate como forma de participação democrática*”. Trabalho apresentado no curso de mestrado da PUC/São Paulo - conclusão da disciplina ministrada pela Professora Doutora Thereza Alvim, 2003, p. 28. Inédito).

51 O Supremo Tribunal Federal assim vem se manifestando sobre a atividade do *amicus curiae*: “[...] cabe ter presente a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, que, em caráter excepcional, abandonou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade. A norma legal em questão, ao excepcionalmente admitir a possibilidade de ingresso formal de terceiros no processo de controle normativo abstrato [...] No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em consequência, que terceiros, investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional”. ADI 2130 (MC) / SC - Min. Celso de Mello - DJ 02/02/2001, p. 145.

Anote-se que o próprio Supremo Tribunal Federal vem admitindo a intervenção do Ministério Público como *amicus curiae* em ações diretas em que se veicule matéria de interesse institucional (o que não se confunde com o disposto no art. 482, § 1º, CPC, em que temos a clássica figura do *custos legis*⁵²): “Tendo em vista a douta manifestação do eminente Procurador-Geral da República (fls. 42/44), no sentido do reconhecimento da legitimidade da intervenção do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nesta causa, na condição de **amicus curiae**, e considerando, ainda, o que dispõe o art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99, defiro o pedido formulado a fls. 39/40, admitindo, em consequência, como colaborador informal da Corte [...] No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do **amicus curiae** (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros – desde que investidos de representatividade adequada – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. – A admissão de terceiro, na condição de **amicus curiae**, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do **amicus curiae** – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.” Em consequência da presente decisão, inclua-se, na autuação, como interessado (**amicus curiae**), o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (fls. 39/40), anotando-se, ainda, o nome de seu ilustre representante” (ADI 2540/RJ - Min. Celso de Mello - DJ 08/08/2002, p. 020)⁵³

Vê-se, pois, que a existência de interesse institucional foi reconhecida expressamente pelo Supremo Tribunal Federal, o que corrobora nossa tese da possibilidade de o próprio Ministério Público se fazer presente em processo em que se discutam questões institucionais, mesmo que se trate de processo individual.

O Superior Tribunal de Justiça também já admitiu a defesa direta pelo Ministério Público de interesse institucional, ao julgar mandado de segurança impetrado pela Instituição, por meio de seu Procurador-Geral de Justiça, em que se discutia o poder de requisição de informações e de documentos.⁵⁴

Ainda sobre a existência de interesse institucional como forma de interesse jurídico, temos a moderna abordagem de JOÃO LUÍS MACEDO DOS SANTOS, que identificou “o reconhecimento de outras situações não previstas pela doutrina clássica, mas que denotam a existência de algum interesse jurídico – consequentemente de um bem jurídico – a ser tutelado, sem que contudo haja relação direta com a lide posta em juízo ou relação direta com o adversário do

52 Como afirma CARLOS GUSTAVO DEL PRÁ, “nada impede, entretanto, que havendo já a necessária intervenção do Ministério Público como *custos legis*, outro órgão do Ministério Público, seja de grau hierarquicamente inferior ou mesmo de diferente atribuição territorial (não se trata de divisão de competência, mas mera divisão administrativa) pretenda intervir como *amicus curiae* para prestar informações em auxílio da melhor solução” (ob. cit., p. 22).

53 Também admitindo o ingresso do Ministério Público do Rio de Janeiro na condição de *amicus curiae*, confira-se a ADI 2735/RJ - Min. Maurício Corrêa - DJ 05/03/2003, p. 025.

54 Mandado de Segurança nº 5370 (registro nº 970058928-5), julgado em 12/11/1997 pela Primeira Seção, com decisão unânime favorável ao pleito do Ministério Público. O relator foi o Ministro Demócrito Reinaldo e o Procurador-Geral de Justiça que impetrou o mandado de segurança pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, inclusive fazendo uso de sustentação oral, foi Luiz Antônio Marrey. Íntegra do acórdão publicada na Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 9.

assistido, vem sendo admitida pela jurisprudência”.⁵⁵ Em outra passagem de sua dissertação, afirma o autor que, “por vezes, o interesse restará caracterizado a partir de uma necessidade de uma entidade de classe em velar pelas prerrogativas ou pelo cumprimento de normas atinentes ao exercício profissional. Assim, já se admitiu a intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil, para o fim de ingressar em processo na qualidade de assistente simples de advogados demandados por atos praticados no exercício da profissão, tratando-se na espécie de indenização por dano moral”.⁵⁶

Note-se, por fim, para que fique completa a caracterização da possibilidade de o Ministério Público ser assistente, que, mesmo que para nós não seja da essência do instituto da assistência simples a existência de relação jurídica entre assistente e assistido, como já ressaltamos, sempre estará presente a relação funcional entre a Instituição e seu membro.

Nesses casos em que a causa de pedir e o pedido veiculados em ação em face de membro do Ministério Público se refiram diretamente a questões institucionais, ou seja, prerrogativas e direitos de todos os integrantes, a causa sempre transcenderá a pessoa física da parte para atingir toda a Instituição a que pertence, de modo que nos parece que a possibilidade de intervenção será automática, decorrendo do simples ajuizamento da ação. Em suma, nas hipóteses em que questões institucionais forem diretamente tratadas no processo, o interesse jurídico será automático, estando *in re ipsa* e autorizando sua intervenção como assistente⁵⁷.

5. Interesse institucional e responsabilidade civil direta do membro do Ministério Público

A possibilidade de intervenção do Ministério Público nos casos de responsabilidade civil imputada pessoal e diretamente a seu membro em razão de sua atuação funcional merece uma análise separada ao menos por três motivos: a) é o tipo de ação mais comum em face dos membros da Instituição; b) existência de peculiaridades que aparentemente dificultam o reconhecimento do interesse institucional; c) a análise do interesse jurídico deverá ser feita caso a caso, não decorrendo automaticamente.

Inicialmente, merece ser registrado que está longe de ser pacífico o tema da responsabilização direta do Juiz ou do membro do Ministério Público.⁵⁸ No estudo

⁵⁵ Ob. cit., p. 79.

⁵⁶ Ob. cit., p. 82. Sobre a intervenção da OAB, há que se ter em mente o disposto no art. 49, parágrafo único, da Lei 8906/94, de que trataremos oportunamente.

⁵⁷ Note-se que, intervindo o Ministério Público como assistente, no que se refere a eventuais despesas processuais, o art. 32 do Código de Processo Civil deverá ser aplicado em consonância com o que dispõe o art. 27 do mesmo Código.

⁵⁸ A redação final na Câmara dos Deputados da denominada “reforma do judiciário” (PEC nº 96/02) estabeleceu, no art. 95, § 3º da Constituição, unicamente a responsabilidade direta do Estado por ato do juiz, cabendo ação regressiva em caso de dolo, vedando-se, pois, a responsabilização direta do agente, o que se aplicará também ao Ministério Público. A título de ilustração, também é esta a disciplina em Portugal (art. 77 da Lei Orgânica da Magistratura e do Ministério Público, Lei nº 60, de 28/08/98). Merece registro, até para que não seja esquecida a tentativa de intimidação oficial do Ministério Público, o dispositivo da medida provisória 2088/35 de 2000, que acrescentou um parágrafo 11 no artigo 17 da Lei 8429/92, que previa a condenação pessoal do agente ao pagamento de multa em caso de “imputação manifestamente improcedente”, não tendo havido reedição desta regra (confirmam-se, sobre essas interferências oficiais no processo coletivo, as seguintes obras: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003; BUENO, Cássio Scarpinella. *O Poder Público em Juízo*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003). Sobre a responsabilidade direta do Juiz – e, conseqüentemente do Promotor de Justiça – amplamente e com farta indicação bibliográfica: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Porto Alegre: Sergio Antonio

que realizou sobre a responsabilidade por atos do Ministério Público, por exemplo, LAFAYETTE PONDE só forneceu hipóteses de responsabilidade direta do Estado.⁵⁹

O Código de Processo Civil, por sua vez, em seus artigos 85 e 133, prevê a responsabilidade civil do “órgão do Ministério Público” e do Juiz, havendo divergência quanto à possibilidade de responsabilização direta dos agentes públicos.^{60 61}

O Supremo Tribunal Federal, no mais recente julgamento sobre o tema de que temos notícia, entendeu que não é possível ajuizar a ação diretamente contra o agente público nesta hipótese. Confira-se a ementa do julgado: “**Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições –, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido**”.⁶²

Entretanto, o fato é que em todo o país há diversas ações de responsabilidade civil ajuizadas contra membros do Ministério Público, em razão de suas atividades funcionais, o que faz com que tenha que se trabalhar com a possibilidade de intervenção da Instituição em tais hipóteses, já que os processos estão recebendo seguimento.

A dificuldade que surge para caracterizar o interesse institucional nestes casos é exatamente a natureza desta ação de responsabilidade civil, que exige que se descreva um comportamento ilícito individualizado do membro do Ministério Público, imputando-se-lhe um agir doloso ou fraudulento (art. 85, CPC).⁶³

Fabris, 1989 (trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira); LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil do Juiz*. São Paulo: RT, 2000.

59 “Da responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público”. *Estudos de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. Ressalte-se que o eminente Professor não afirma a possibilidade ou impossibilidade de haver responsabilidade direta; apenas não registra nenhuma hipótese.

60 NELSON NERY JUNIOR, por exemplo, ao comentar o art. 85, afirma que a responsabilidade direta é do poder público, cabendo posterior direito de regresso; ao comentar o art. 133, entretanto, entende ser possível ajuizar a ação reparatória em face do poder público ou diretamente em face do magistrado (ob. cit., pp. 469 e 536).

61 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA defende que “à semelhança do dolo, da fraude e da omissão ou do retardamento injustificável, previsto no art. 133, também o erro grosseiro na condução do feito deveria acarretar a responsabilidade do juiz pelas perdas e danos causados à parte” (“Reformas processuais e poderes do juiz”. *Revista de Direito – TJ-RJ*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, nº 56, julho/setembro de 2003, p. 23).

62 RE 228977/São Paulo – Min. Néri da Silveira - DJ 12/04/02, p. 066. Apesar de o julgado referir-se à responsabilidade por ato do Juiz, aplica-se integralmente à hipótese de responsabilidade por ato de membro do Ministério Público.

63 Note-se que invariavelmente as iniciais não descrevem um agir doloso ou fraudulento, limitando-se a tecer considerações sobre supostos prejuízos sofridos pelo autor em razão de uma ação em tese “temerária”. Tal fato deveria ensejar ou indeferimento da inicial por falta de interesse processual ou sua inépcia pela impossibilidade jurídica do pedido (ou impossibilidade jurídica da demanda, já que a causa de pedir é que é “impossível”, para nos valermos da lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. Ob. cit., pp. 298/299. Vale conferir a abordagem crítica sobre as denominadas “condições da ação” realizada por FREDIE DIDIER JUNIOR: “Réquiem para as condições da ação: estudo analítico sobre a existência do instituto”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, nº 351, julho/setembro de 2000.). No entanto, as ações vêm sendo admitidas, sem que haja um rigoroso exame de seus termos.

Vê-se, pois, que nenhuma questão institucional, em princípio, será diretamente afetada em uma ação indenizatória e, além disso, a denominada “justiça da decisão” aparentemente em nada influirá na esfera jurídica do Ministério Público e não afetará nenhuma situação em processo posterior. A “justiça da decisão” nada mais é do que a fundamentação da sentença, já que na assistência a imutabilidade “*não vai alcançar a parte dispositiva, e sim os motivos, a apreciação dos fatos que levaram à sentença na causa em que houve assistência*”.⁶⁴ Na hipótese de ação de responsabilidade civil, a fundamentação da sentença cuidará apenas da análise da atuação subjetiva específica de um Promotor de Justiça, não havendo um exame direto de questões institucionais.

Além disso, por não possuir personalidade jurídica, não é simples a verificação de como a esfera jurídica do Ministério Público poderá ser afetada por um processo individual de responsabilidade civil. No mais das vezes, a esfera jurídica do Estado é que será afetada pelos atos do Ministério Público ou de qualquer outro agente público, embora já tenha havido decisão vinculando o pagamento de verbas de sucumbência ao orçamento da Instituição.⁶⁵

Diante desse quadro, repita-se, afigura-se mais difícil a caracterização do interesse institucional, o que faz com que se recomende uma mudança de enfoque no instituto da assistência.

Realmente, se nos ativermos apenas aos efeitos naturais da sentença e sua relação com o assistente, dificilmente veremos possibilidade de o Ministério Público intervir no processo nessa condição.

Entretanto, a questão deve ser resolvida pela óptica do interesse institucional de evitar que processos aparentemente apenas individuais acabem por prejudicar toda uma Instituição, já que ninguém duvida que a possibilidade de condenação de um membro do Ministério Público por ato cometido no regular exercício de suas funções acabe por criar uma situação desfavorável mais ampla, que transcenda a esfera individual e atinja indistintamente, como fato, todos os membros e, conseqüentemente, a própria Instituição.

Com efeito, ao ser ajuizada uma ação responsabilizando um membro da Instituição por atos decorrentes de sua atuação funcional, o próprio Ministério Público é que estará sendo indiretamente responsabilizado, havendo interesse institucional em auxiliar seu agente, a fim de resguardar a própria Instituição, que poderá sofrer prejuízo jurídico no caso de uma condenação. O prejuízo jurídico na hipótese decorre, além da própria posição ocupada pelo Ministério Público em um Estado Democrático de Direito, que exige uma postura preocupada com a qualidade do agir de seus membros, da possibilidade de a independência funcional de seus membros ser ameaçada. O Ministério Público tem que estar imune a quaisquer ameaças – externas e internas – a sua independência funcional, sob pena de se tornar uma Instituição atrofiada e meramente decorativa. A independência funcional é o que assegura a atuação digna do Ministério Público e o modo de neutralizá-lo passa

64 BARBI. Ob. cit., p. 182. Amplamente: MAURÍCIO. Ob. cit., pp. 129/134.

65 No Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça condenou o Ministério Público ao pagamento das verbas de sucumbência em ação coletiva, esclarecendo que o Estado seria responsável pelo pagamento das despesas, em razão da ausência de personalidade jurídica da Instituição, mas a verba deveria ser descontada do orçamento destinado ao Ministério Público (Ap. 592.0668-8, j. 16/03/1993, rel. Des. Araken de Assis. A íntegra do acórdão e os comentários de LUIS ALBERTO THOMPSON FLORES LENZ sobre a decisão estão na *Revista de Processo* nº 84. São Paulo: RT, outubro/dezembro de 1996). Vê-se que, a se acolher o raciocínio deste julgado, o Ministério Público poderá ser atingido diretamente por razões orçamentárias mesmo sem possuir personalidade jurídica.

necessariamente por arranhar esse fundamental princípio institucional. O simples risco de a independência funcional ser ameaçada é suficiente para caracterizar o interesse institucional que autoriza o ingresso do Ministério Público no processo.

Não se pode negar com seriedade que interessa a muitos um Ministério Público acuado, com medo de agir⁶⁶. O ajuizamento de ações contra Promotores e Procuradores que exercem regularmente suas funções é, indubitavelmente, um dos meios que réus em ações coletivas ou investigados em inquéritos civis têm utilizado para tentar intimidar o agente que atua de modo independente. Está se configurando uma situação lamentável: o processo está sendo utilizado como instrumento de intimidação do Ministério Público. Diante desse quadro, o interesse institucional de participar desses processos auxiliando seu membro é inegável.

EMERSON GARCIA trata com propriedade da questão, valendo transcrever excertos de sua recente obra:

“Ante o teor dessa constatação, certamente será oposta a objeção de que a pretensão deduzida na ação de reparação de danos tem natureza patrimonial, em nada afetando o Ministério Público. Não obstante a engenhosidade do argumento, nele não se divisa um verdadeiro obstáculo, mas tão-somente um percalço facilmente transposto. Justifica-se a assertiva, pois o pedido não é o único elemento de uma ação, a ele devendo ser acrescidas as partes e a causa de pedir, o que torna despciendas maiores digressões para se constatar que este último elemento está diretamente imbricado com as prerrogativas dos membros do Ministério Público e a própria subsistência da Instituição. O pedido somente haverá de ser julgado procedente em sendo encampada a causa de pedir, e esta se encontra diretamente relacionada à posição do Ministério Público no cenário jurídico, o que é suficiente para demonstrar o interesse jurídico da Instituição em pleitear a sua intervenção no feito como assistente simples.

66 O jornal “O Estado de São Paulo”, na edição do dia 19/04/99, atribuiu a seguinte frase à Deputada Zulaê Cobra, relatora na Câmara da denominada “reforma do Judiciário”: “O Ministério Público está acabando com as prefeituras, vamos acabar com ele” (*apud* ARANTES, Rogério Bastos. “Ministério Público e Política no Brasil”. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002, p. 267, nota 23). O ex-Ministro de Estado Eduardo Jorge Caldas Pereira, que está processando dois Procuradores da República, vê o Ministério Público como integrante de um “esquadrão da morte moral” e considera que “não pode haver, sob nenhuma hipótese, uma instituição sem controle, como é hoje o Ministério Público no Brasil. Ali não há hierarquia, nem alguém com autoridade para dizer basta, para coibir o abuso. Alguns procuradores formam um grupo que se investiu no direito divino de fazer o bem ou o mal, de punir ou julgar sem o devido processo legal e sem se ater aos parâmetros da lei para definir o que é certo e o que é errado. Avaliam pelos seus preconceitos políticos ou ideológicos. Para sobreviver como instituição respeitada, o Ministério Público terá de ser reformulado. A sociedade brasileira tem que prestar atenção para não cair nisso de novo. Nunca é demais lembrar: os esquadrões da morte surgiram exatamente pelas mãos de policiais que todos achavam bem intencionados, que queriam apenas reprimir o crime” (*apud* ROSA, Mário. *A Era do Escândalo*. São Paulo: Geração Editorial, 2003, pp. 217/218). José Dirceu, o mais importante ministro da atualidade, afirmou o seguinte: “eu quero colocar os pingos nos is nesse negócio do Ministério Público no Brasil. Não vou deixar isso barato não. O Ministério Público vem fazendo violências legais a todo momento e continua” (coluna do jornalista Merval Pereira. *Jornal O Globo*, dia 23/03/04). Como contraponto, vale transcrever trechos de uma crônica do escritor Luís Fernando Veríssimo (“O Estado de São Paulo, dia 03/01/01): “O óbvio neste caso é que está em curso um processo de intimidação do Ministério Público, que querem amordaçar de um jeito ou de outro.[...] O Ministério Público está apenas fazendo seu trabalho. Estão se excedendo? Promotores de Justiça com vontade de aparecer são a melhor novidade da República nestes últimos anos. Contrapartida direta da proliferação de corruptos e corruptores com vontade de não aparecer”. E ainda o seguinte texto do jornalista Marcos Sá Corrêa: “Será por coincidência que o país discute o controle do Ministério Público na hora em que ele apura, sozinho, o que o PT fazia em Santo André quando morreu Celso Daniel? O Governo se livrou de CPIs. Livrá-lo dos Promotores parece ser o sonho de qualquer ditadura” (nominimo.ibest.com.br - acesso em 15/04/04).

Frise-se, ainda, que o fato de os motivos da sentença não fazerem coisa julgada (art. 469 do CPC) em nada afeta o que foi dito. Como é do conhecimento de todos, o ordenamento jurídico pátrio encampa a denominada ação declaratória incidental (art. 325 do CPC), o que permite que o autor requeira que o juízo profira sentença incidente sempre que o réu contestar o direito que constitui fundamento do pedido. Possível ação dessa natureza permitiria fosse judicialmente reconhecida a impossibilidade da prática de determinado ato funcional por membro do Ministério Público, o que traria, ante à natureza do precedente, sério comprometimento ao ulterior exercício funcional. Mesmo que a ação declaratória incidental não venha a ser manejada, será inevitável o enfraquecimento da posição jurídica do Ministério Público, pois, não só o agente demandado, como os demais, serão constantemente premidos pelo receio de sofrerem vultosas perdas patrimoniais pelo simples fato de exercerem suas funções. [...]

Na medida em que a Instituição não goze de características existenciais que consubstanciem um ser com individualidade própria, afigura-se evidente que qualquer ato a ser por ela praticado haverá de ser fruto de um elemento volitivo humano, que se originará de um de seus múltiplos agentes. Assim, como já foi dito, punindo-se um agente pelo simples fato de estar exercendo suas atividades laborativas, punida será a própria Instituição, já que os princípios constitucionais da unidade e da indivisibilidade demonstram que qualquer ato praticado pelos agentes do *Parquet*, no estrito e regular exercício de suas funções, deve ser imputado àquele; possível condenação redundará, ainda, em indiscutível enfraquecimento das relações funcionais mantidas entre o Ministério Público e os seus agentes, pois sobre suas cabeças sempre penderá uma ‘espada de Dâmocles’, sujeitando-os a perdas patrimoniais sempre que exerçam suas funções.

Repita-se, uma vez mais, que o mérito da questão longe passa da vida privada do agente ministerial, terminando por se interpenetrar com os objetivos institucionais do próprio Ministério Público, tendo as ações propostas, regra geral, nítido caráter intimidativo. A intervenção do Ministério Público, é importante frisar, não deve buscar, em uma desenfreada manifestação de corporativismo, acobertar ilícitos oriundos do dolo e da fraude. À Instituição compete aferir a conduta de seus membros e, em divisando a licitude no agir, lançar-se à preservação do vínculo funcional, sendo tal obrar legítimo até que, esgotadas todas as vias recursais, termine o Judiciário por encampar a tese contrária. Embasando-se o pleito de intervenção na licitude do agir, deve ser ele acolhido, possibilitando-se à Instituição a apresentação dos argumentos e a produção das provas conducentes a essa conclusão.”⁶⁷

67 *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 446/449.

Também o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul tratou do tema com precisão⁶⁸:

“O objetivo é preservar a atuação ministerial, apoiando seus membros a atuar com real independência e autonomia, e não acobertar eventuais excessos cometidos no exercício de suas funções. Em suma: a intervenção não é obrigatória, em qualquer hipótese. É apenas possível, do ponto de vista técnico. [...] Se um membro da Instituição está sendo acionado judicialmente porque atuou com rigor, quiçá atingindo interesses econômicos de terceiros, parece-nos razoável que a Instituição a qual pertence possa auxiliá-lo em sua defesa, não por simpatia pessoal, mas porque, defendendo interesse alheio, isto é, do assistido, o assistente indireta e mediatamente defende o seu próprio interesse – o de ver respeitado o exercício das funções do Ministério Público com a amplitude que lhe foi dada pela Constituição Federal”.

Ao mesmo tempo, não se pode negar a possibilidade de efetivamente haver uma atuação abusiva por parte de determinado membro do Ministério Público. Havendo casos em que realmente tenha havido desvio na atuação do Promotor ou Procurador, evidentemente a Instituição não terá nenhum reflexo desfavorável em sua situação jurídica, de modo que não intervirá em hipóteses dessa espécie. A rigor, o próprio Ministério Público terá interesse em apurar devidamente o caso e tomar as medidas administrativas cabíveis, já que o uso do cargo para fins anormais é uma agressão à própria Instituição, mas não estará configurado o interesse institucional nos moldes apresentados no item anterior.

Exatamente pelas peculiaridades das ações de responsabilidade civil é que afirmamos que o interesse institucional não estará presente automaticamente em hipóteses de processos em que se discuta a responsabilidade civil de membro do Ministério Público. Somente na análise do caso concreto é que será possível aferir a presença do interesse que legitima a intervenção do Ministério Público como assistente. Caso se entenda que a atuação funcional de seu membro foi regular, o Ministério Público poderá intervir no processo para auxiliá-lo; caso vislumbre a existência de dolo ou fraude, não haverá intervenção. Em havendo o ingresso do Ministério Público como assistente e, no curso do processo, a instrução revelar que houve atuação irregular de seu membro, simplesmente a Instituição desistirá da assistência, o que pode ser feito em qualquer momento processual.⁶⁹

Sobre essa necessidade do exame preliminar da atuação do membro do Ministério Público, assim se manifestou o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, no expediente administrativo já citado:

“a análise do cabimento do pedido de intervenção do Ministério Público em processos da espécie há de ser feita à vista do caso concreto, pois não há que se confundir independência funcional e inviolabilidade das manifestações processuais com eventuais excessos praticados pelo agente no exercício da função, incompatíveis com o interesse público que serve de fundamento às garantias institucionais.”

⁶⁸ Expedientes administrativos citados na nota 7.

⁶⁹ MAURÍCIO. Ob. cit., pp. 120/121.

Em resumo, haverá interesse institucional e, portanto, interesse jurídico apto a autorizar o ingresso do Ministério Público no processo na condição de terceiro apenas se a atuação funcional de seu membro houver sido regular, porque, nessa situação, poderá ser prejudicado o princípio institucional da independência funcional. Caso se vislumbrem excessos na atuação do promotor ou procurador, a Instituição não intervirá, já que o instituto da assistência não se presta a ser mero escudo corporativo.

A assistência do Ministério Público deve ser vista como instrumento de proteção de suas garantias institucionais, não podendo ser confundida com um modo indiscriminado de proteger eventuais ilegalidades de seus membros. A intervenção do Ministério Público como terceiro deve servir apenas para que a Instituição permaneça inabalável na defesa do Estado Democrático de Direito.

6. O Ministério Público como assistente simples: a necessidade de uma nova leitura do instituto da assistência

Certamente, a proposta veiculada neste trabalho causará perplexidade, caso o instituto da assistência seja pensado em seus moldes clássicos, limitado ao direito individual e, normalmente, patrimonial.

FREDIE DIDIER JÚNIOR, com razão, assinala que toda a construção dogmática acerca dos institutos da intervenção de terceiros pauta-se por idéias criadas na época em que o processo tinha uma concepção puramente individualista, servindo como mecanismo de solução de conflitos individuais, destacando que o fenômeno interventivo diz respeito, sobretudo, ao problema da legitimidade, que sofre inúmeras interrogações com o aprimoramento da tutela coletiva.⁷⁰

Nesse sentido, entendemos que deve ser conferido um novo enfoque ao ingresso do terceiro no processo, a partir da concepção constitucional do amplo acesso à justiça e da necessidade de um debate democrático em processos que na realidade transcendem os direitos das partes envolvidas, de modo que se confira à assistência o máximo de eficácia que a nova realidade jurídica autoriza.⁷¹

Estamos vivendo uma época em que não só o direito processual, mas também o direito material vem se modificando e o Ministério Público assume particular posição nessa mudança do direito, especialmente em razão de seu novo perfil constitucional, que possibilitou sua presença no denominado “processo civil de interesse público”.⁷²

70 Ob. cit., p. 85.

71 Sobre este ponto, assim se manifesta CARLOS GUSTAVO DEL PRA: “Assim, essa constatação, aliada à garantia constitucional do acesso à justiça (art. 5º XXXV, da CF) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), parece impor a seguinte conclusão: para aquelas ações que naturalmente dizem respeito a interesses que extrapolam a esfera individual e abarcam interesses de relevância pública ou social (ações para tutela de interesse público ou coletivo lato sensu, como, v.g., ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade) deve-se proceder a uma interpretação voltada para a admissibilidade da intervenção de terceiros propriamente dita. [...] Da mesma forma que a assistência, a intervenção do amicus curiae, admissível em ações de substrato público, demanda uma interpretação que lhe extraia o máximo de sua essência, sob pena de neutralizar uma inovação que declaradamente veio para aperfeiçoar a prestação jurisdicional. Antes, contudo, tratemos de sua origem e estrutura.” (ob. cit., pp. 03 e 05).

72 Cf. *Processo Civil e Interesse Público*. Carlos Alberto de Salles (coord.). São Paulo: RT/ APMP, 2003. Apesar de a atuação penal do Ministério Público ser praticamente a mesma desde o Império, conforme afirmação feita por DIAULAS COSTA RIBEIRO em sua tese de doutoramento (*Ministério Público – dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1), também nesta área começa a se esboçar uma atuação diferente, principalmente nos casos em que há investigação a cargo de seus membros. Em todo caso, essa mudança ainda é extremamente incipiente e, como era de se esperar, vem encontrando forte resistência, inclusive do Supremo Tribunal Federal.

No processo civil, estamos sendo convidados a reler princípios e a renunciar a dogmas⁷³ e é o que procuramos fazer neste trabalho. Temos uma nova realidade no Direito Material, especialmente no Direito Público, e no Direito Processual, tanto assim que se fala em um novo ramo – o Direito Processual Coletivo⁷⁴ –, com amplo destaque ao papel do Ministério Público.

Estamos, portanto, diante de uma nova situação, que não pode ser resolvida pela simples aplicação de raciocínios estabelecidos em outra realidade, em uma espécie de interpretação retrospectiva, para nos valermos de mais uma expressão de BARBOSA MOREIRA.

Um exemplo de como *não* se deve resolver a questão debatida neste trabalho foi fornecido por uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que analisou a questão como se tratasse de hipótese de intervenção como *custos legis* e ainda exigiu que houvesse lei autorizando expressamente eventual intervenção do Ministério Público como assistente, como se não houvesse o Código de Processo Civil e a Constituição.⁷⁵

O Direito não pode ser interpretado sem que haja uma leitura sistemática⁷⁶, sob pena de chegarmos a conclusões juridicamente insustentáveis como esta antes mencionada.

Além de o próprio sistema já autorizar a intervenção do Ministério Público como assistente, na medida em que é reconhecida a existência de interesse institucional, é importante lembrar que vem ocorrendo uma abertura legislativa do instituto da assistência, já que o legislador pode dispensar a existência de efetivo interesse jurídico para o ingresso de terceiro no processo.⁷⁷ O artigo 5º da Lei nº 9469/97 dispensa a demonstração da existência de interesse jurídico por parte das pessoas que enumera e o artigo 49, parágrafo único, da Lei 8906/94, autoriza a OAB ser assistente de um de seus membros em caso de violação de direitos da classe.⁷⁸ Essa tendência de abertura, embora realmente sejam discutíveis os critérios adotados, deve ser levada em consideração na moderna interpretação da assistência.

73 É o que propõe CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO em sua mais nova obra: *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

74 Trata-se do denso estudo de GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA, já citado na nota 56.

75 Agravo de Instrumento 2002.002.17853 – 12ª Câmara Cível – Rel. Des. Helena Belc Klausner, julgado em 30-10-02. Seguem alguns trechos, não sem antes assinalar que se tratou de decisão com base no art. 557, § 1º, Código de Processo Civil, sendo que não há nenhuma jurisprudência dominante ou súmula sobre o tema, o que não deixa de ser curioso (de todo modo, a Câmara confirmou posteriormente a decisão, ao julgar embargos de declaração): “*In casu*, a assistência é uma modalidade de intervenção espontânea direcionada aos feitos onde predomina o suporte patrimonial, pendendo causa entre pessoas, daí exsurgindo que não se justifica que um órgão institucional, constitucionalmente incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis possa intervir no feito, mesmo em se tratando o réu de membro do nosso sobre **Parquet**. Não tem atribuição o Ministério Público para atuar de qualquer modo no caso enfocado por sua natureza institucional, posto que está legitimado tão somente a atuar como parte ou intervir como *custos legis*, jamais como assistente simples em pleito de natureza patrimonial, seja qual for o suporte da ação enviada em face de um de seus membros.”

76 “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços [...] Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”. (GRAU, EROS Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34).

77 Cf. DIDIER JR., Fredie. Ob. cit., pp. 29 e 31, que, contudo, considera inconstitucional o disposto no art. 5º da Lei 9469/97 (p. 109).

78 A OAB necessita dessa autorização legislativa por ser uma entidade de classe, não havendo, pois, como demonstrar algo equivalente ao que estamos denominando de *interesse institucional*, já que sempre o advogado estará agindo individualmente e no próprio nome, no que se refere à dimensão de seus atos.

Na realidade, o critério utilizado pelo legislador, ao estabelecer os requisitos para o ingresso de um terceiro em processo pendente, responde a “*motivos de política judiciária*”, como bem identificou DONALDO ARMELIN, que prossegue afirmando que, “*a rigor, a regra que deveria presidir a outorga aos terceiros de legitimidade para intervir em processo alheio seria a que estabelecesse um justo equilíbrio entre a lesividade do prejuízo emergente de tal processo para o terceiro e as conseqüências negativas para as partes da intervenção desse terceiro no processo*”.⁷⁹

No caso da intervenção do Ministério Público, a nova realidade jurídica recomenda sua atuação como assistente nas hipóteses que delimitamos, sendo inegável que há um justo equilíbrio entre a extrema lesividade que pode emergir do processo e as conseqüências de sua intervenção, recomendando-se, pois, a admissibilidade desta intervenção.

7. Observações finais:

Todo processo possui uma dimensão de interesse público, não cabendo mais a antiga idéia de que seja mera “coisa das partes”, como se pertencesse somente aos litigantes.⁸⁰ Certamente essa dimensão de interesse público comporta gradação, mas sem dúvida um processo “individual” em que se discutam questões institucionais possui carga de interesse público suficiente para autorizar o ingresso de um terceiro, no caso o próprio Ministério Público, que tenha seu interesse institucional em risco.

A maior visibilidade⁸¹ alcançada pelo Ministério Público, especialmente por meio de atuações firmes contra interesses que até então não eram “importunados”, veio acompanhada de uma forte reação, que encontrou um de seus instrumentos de intimidação nas ações ajuizadas diretamente contra seus membros. Possibilitar a participação da Instituição nesses processos é homenagear o próprio interesse público e o próprio Estado Democrático de Direito, já que o que menos se precisa neste país é de um Ministério Público fraco e omissivo. O Ministério Público tem que se preservar e a intervenção como assistente é um dos diversos meios legítimos de que dispõe.

Em tempos em que ser processado pelo Ministério Público constitui-se praticamente em ofensa pessoal e a improcedência de um pedido formulado por um Promotor ou Procurador é sinônimo de atuação leviana, como se apenas ao Ministério Público estivesse reservada a teoria concreta da ação, é necessário que a Instituição também cuide de sua própria preservação, especialmente se estiver em risco a fundamental independência funcional.

Possibilitar a intervenção do Ministério Público como assistente simples em processo contra seus membros, em razão de legítima atuação funcional, a partir da noção de interesse institucional, é fazer com que o processo sirva às partes, mas também, e sobretudo, à sociedade⁸², que é a quem, afinal, serve uma Instituição atuante e independente.

⁷⁹ Embargos de Terceiro. Tese de doutoramento. PUC/SP, 1981, p. 26. Inédito.

⁸⁰ Por todos: BARBOSA MOREIRA: “O processo, as partes e a sociedade”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, nº 5, agosto de 2003.

⁸¹ Segundo MARIA TEREZA SADEK, “poucas vezes – se alguma – presenciou-se, em tão curto espaço de tempo, uma instituição sair da obscuridade alçando-se para o centro dos refletores. Quer atuando nos limites de suas atribuições legais, quer promovendo atividades fora do gabinete, os integrantes do Ministério Público vêm marcando presença e, conseqüentemente, provocando reações” (“Cidadania e Ministério Público”. *Justiça e Cidadania no Brasil*. São Paulo: Edusp/Sumaré, 2000, p. 11).

⁸² “E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade” (BARBOSA MOREIRA. O processo... cit., p. 40).

8. Tese:

Com base no que foi exposto, é proposta a seguinte tese: *vislumbrando a existência de interesse institucional, poderá o Ministério Público, por meio do Procurador-Geral, intervir como assistente simples em processo que potencialmente possa acarretar prejuízo à sua situação jurídica.*⁸³

9. Bibliografia:

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Thereza. Da assistência litisconsorcial no Código brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n° 11/12, julho/dezembro de 1978.

_____. *Direito Processual de Estar em Juízo*. São Paulo: RT, 1996.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002.

ARMELIN, Donald. *Embargos de Terceiro*. Tese de doutoramento. PUC/SP, 1981. Inédito.

ARRUDA ALVIM. “Assistência”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n° 6, abril/junho de 1977.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2001. vol. 2.

_____. “Assistente simples”. *Direito Processual Civil – 1 (coleção estudos e pareceres)*. São Paulo: RT, 1995.

_____. e ARRUDA ALVIM, Teresa. *Assistência-Litisconsórcio. Repertório de jurisprudência e doutrina*. São Paulo: RT, 1986;

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. I.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O processo, as partes e a sociedade”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n° 5, agosto de 2003.

_____. “Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo de mandado de segurança”. *Temas de Direito Processual*. Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. “Reformas processuais e poderes do juiz”. *Revista de Direito – TJ- RJ*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, n° 56, julho/setembro de 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Processo Civil de Interesse Público: uma proposta de sistematização*. *Processo Civil e Interesse Público*. Carlos Alberto de Salles (coord.). São Paulo: RT/APMP, 2003.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* (trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

83 Redações alternativas: *A identificação de interesse institucional habilita o Ministério Público a ingressar em processo como assistente simples, a fim de evitar a ocorrência potencial de prejuízo em sua situação jurídica. / Pode o Ministério Público intervir como assistente simples em processos em que se discutam questões institucionais, inclusive ações de responsabilidade civil contra seus membros. / Havendo processo que possa causar prejuízo institucional, pode o Ministério Público intervir como assistente simples.*

CARNEIRO, Athos Gusmão. “Mandado de Segurança. Assistência e *amicus curiae*”. *Revista de Direito Processual Civil*, nº 27. Curitiba: Gênese, janeiro/março de 2003.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal – Promotor Natural, Atribuição e Conflito*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros*. São Paulo: RT, 1991.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo. “*O Amicus Curiae e a Assistência nas Ações Coletivas: a ampliação do debate como forma de participação democrática*”. Trabalho apresentado no curso de mestrado da PUC/São Paulo (conclusão da disciplina ministrada pela Professora Doutora Thereza Alvim), 2003. Inédito.

DIDIER JR., Fredie. *Recurso de Terceiro – Juízo de Admissibilidade*. São Paulo: RT, 2003.

_____. “Réquiem para as condições da ação: estudo analítico sobre a existência do instituto”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, nº 351, julho/setembro de 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 2001. vol. II.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, no prelo.

GONZALEZ, Atilio Carlos. “La legitimación de los terceros en el proceso civil”. *La Legitimación – Homenaje al Profesor Doctor Lino Henrique Palacio*. Augusto M. Morello (coord.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. *Da Intervenção de Terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1986.

LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil do Juiz*. São Paulo: RT, 2000.

LENZ, Luiz Alberto Thompson Florez. “Da responsabilidade do Ministério Público pela sucumbência na ação civil pública”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 84, outubro/dezembro de 1996.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. I.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 106, abril/junho de 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Sobre o assistente litisconsorcial”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 58, abril/junho de 1990.

MARQUES, Floriano Azevedo. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. *Processo Civil e Interesse Público*. Carlos Alberto de Salles (coord.). São Paulo: RT/APMP, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974. vol.1.

MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência Simples no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1983.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2003;

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae – intervenção de terceiros*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 109, janeiro/março de 2003.

PONDE, Lafayette. “Da responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público”. *Estudos de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, tomo I;

REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. 3ª ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, vol. 1.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, vol. 2.

SALLES, Carlos Alberto de. *Processo Civil de Interesse Público. Processo Civil e Interesse Público*. Carlos Alberto de Salles (coord.). São Paulo: RT/APMP, 2003.

SANTOS, João Luís Macedo dos. *Assistência no Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de mestrado. PUC-SP, 2001, inédito.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, 2º vol.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 4ª ed., São Paulo: RT, 1999, vol. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, vol. I.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 31ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol. I.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, vol. I. USTARROZ, Daniel. *A Intervenção de Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1999, vol. 1.

*Publicado originalmente na Revista nº 22 jul./dez. 2005, p. 289.

ESCOLHA E EXONERAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA EM PORTUGAL E POSSÍVEIS REPERCUSSÕES NO EXERCÍCIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

RODRIGO DA SILVA BRANDALISE*

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Da atuação penal - 3. Modelos de Ministério Público: 3.1 Atuação do Ministério Público ligada ao Poder Judiciário ou com ligações mistas; 3.2 Atuação do Ministério Público ligada ao Poder Executivo; 3.3 Atuação do Ministério Público sem ligações com os Poderes constituídos - 4. O Ministério Público em Portugal: 4.1 Regramento atual; 4.2 Estrutura ministerial - 5. Escolha e Exoneração do Procurador-Geral da República e as repercussões - 6. Conclusão - 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Consequência da evolução da distribuição dos Poderes, o Ministério Público consolidou-se dentro da estrutura estatal, que já não segue rigidamente o padrão tripartido estabelecido por Montesquieu¹, iluminista que, entretanto, já saudava a existência de uma procuradoria pública que velasse pelos cidadãos e perseguisse os crimes em nome do príncipe, o que afastava a função dos delatores².

Em que pesem alguns registros de atividades ministeriais embrionárias desde a antiguidade, há confortável consenso de que a noção atual do Ministério Público é uma das heranças da Revolução Francesa, quando o órgão deixa de defender os interesses do soberano e passa a exercer funções de defesa do Estado e, por que não dizer, da sociedade como um todo.

Durante o período de evolução até os dias atuais, nota-se que várias atribuições/competências lhe foram atribuídas nos diferentes Estados. Mas deve-se observar que, independentemente do Estado a ser considerado, a atuação criminal pelo Ministério Público é uma constante³, o que lhe marca a relevância e traz a maior identificação social⁴. Tanto assim é que Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade⁵

* Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça em Canoas, RS.

1 Na atualidade, percebe-se a divisão entre os Poderes como um processo de distribuição e de integração racionalizada das várias funções e organismos do Estado, com o objetivo de evitar-se o exercício arbitrário do poder concedido e preservar sua eficiência, sempre em vista do respeito aos direitos e liberdades fundamentais (NOVAES, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 34).

2 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010 (Coleção a obra-prima de cada autor - 9), p. 97.

3 "(...) En la opinión pública y también en parte de la crítica jurídica, la Fiscalía permanece hasta hoy más bien como la abanderada de los intereses de persecución estatal (...)" (ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**. 1ª ed. 1ª reimp. Santa Fé: Rubinzal/ Culzoni, 2009, p. 10).

4 "Não significa isto que não reconheça a existência de uma dominante penal nas atribuições do Ministério Público. Sustento-a expressa e firmemente, por entender que é o processo penal que determina a natureza do Ministério Público (...)" (RODRIGUES, José Narciso de Cunha. **Em nome do povo**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 14 - grifo nosso).

5 DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia** - o homem delinquente e a sociedade

adjetivam-no como “*gatekeeper* do sistema jurisdicional de resposta ao crime”.

Entretanto, não há uma configuração universal de Ministério Público nos diversos países, o que pode ensejar prejuízo na atuação em âmbito transnacional em tão relevante área, notadamente pela forma como sua Chefia se relaciona com os demais Poderes.

A partir de tais considerações, o presente estudo tem por finalidade analisar a relação entre o Procurador-Geral da República e o Poder Executivo em Portugal e as possíveis consequências a partir das regras que regem a escolha e a exoneração do primeiro. Ou seja, pode a direção da investigação criminal e do exercício da ação penal pelo Ministério Público em Portugal ser afetadas por ingerência do Poder Executivo na atuação do Procurador-Geral da República, apesar da autonomia constitucional e estatutariamente estabelecida? Encontra o Ministério Público em Portugal todas as exigências para que este trabalho seja adequadamente exercido? Para tanto, além de uma digressão sobre a atuação penal desse órgão, serão apresentados modelos de Ministério Público, analisada a evolução histórica do Ministério Público lusitano e as regras que lhe estabelecem sua atual estruturação, com o propósito de realizar uma reflexão sobre o tema.

2. DA ATUAÇÃO PENAL

Há de ser mencionado que a atividade na seara criminal por parte do Ministério Público em Portugal acompanha a tendência mundial acerca do tema, visto que o ordenamento jurídico lhe confere primazia no exercício, ressalvadas infrações que demandam o oferecimento de queixa, como, por exemplo, no art. 49º e 52º do Código de Processo Penal (CPP) português. Tal exercício é realizado sem outras restrições.

Aliás, tamanha é a relevância da atuação no processo criminal que o Ministério Público nem sequer é tido como parte processual, mas como colaborador na descoberta da verdade e na realização do Direito (art. 53º do já citado CPP), com a necessidade de observar o critério de estrita objetividade. Tanto assim é que lhe compete interpor recursos das decisões criminais, ainda que no exclusivo interesse da defesa (art. 53º, 2, “d”, do CPP). O exercício da ação penal é orientado pelo princípio da legalidade democrática⁶. Apresenta uma atividade que não é administrativa de *per se*, mas que busca a verdade e a realização do Direito.

Com isso, Miranda e Medeiros⁷ dizem que o Ministério Público é, antes de tudo, sujeito processual que detém a atribuição de decidir sobre o que será remetido para resposta formal criminal⁸. O Ministério Público realiza, portanto, a administração de forma concreta das políticas criminais, seja quando deduz a acusação, seja quando caminha pelo arquivamento do expediente investigatório.

Segundo Cunha Rodrigues⁹, entende-se ser o Ministério Público órgão

criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 471.

6 Art. 219º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa; e art. 1º do Estatuto do Ministério Público.

7 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, tomo III, p. 209.

8 “(...) fue un avance decisivo el que la guarda de la ley fuese confiada a la Fiscalía en todos los aspectos, no sólo frente al Tribunal, sino también frente a la policía; no sólo para agravar, sino también para favorecer al acusado.” (ROXIN, C. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**, *op. cit.*, p. 17).

9 José Narciso da Cunha Rodrigues, no seu artigo “Sobre o princípio da igualdade de armas”, **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano I, 1, janeiro-março 1991, Diretor Jorge de Figueiredo Dias, p. 86, explica

autônomo de administração da Justiça, por ser independente dos Tribunais, como já posto acima, apesar de conectado a estes em razão de suas funções.

Tudo isso a demonstrar o papel de relevo tanto do Ministério Público na seara criminal, como da própria seara criminal ao Ministério Público. Como ensinam Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade¹⁰, o Ministério Público atua como “juiz e polícia”, assim como é a instância de controle mais aproximada da definição de política criminal. Desta forma, entendem estes autores que a dimensão política da atividade do Ministério Público não pode colidir com o caráter dual então mencionado.

Nessa senda, exerce o Ministério Público um poder e um dever que lhe são próprios, embasados na legalidade, sempre com o fim de garantia do exercício maior da democracia, seja na fase investigativa, seja na processual¹¹.

3. MODELOS DE MINISTÉRIO PÚBLICO

Para o presente trabalho, relevante a visualização de outros modelos de Ministério Público ocidental¹².

Dado que o Estado detém o monopólio da ação penal e com o firme propósito de evitar o desequilíbrio na proteção de indivíduos com maior poder de influência em detrimento dos demais, o Ministério Público é organizado de maneira a efetivar referida proteção de forma igualitária. Assim, é possível dividir o Ministério Público como segue, de acordo com o interesse de organização estatal: atuação do Ministério Público ligada ao Poder Judiciário ou com ligações mistas; atuação do Ministério Público ligada ao Poder Executivo; atuação do Ministério Público sem ligação com os Poderes constituídos.

Antes, porém, convém salientar que a vinculação aos Poderes, notadamente o Executivo, faz com que a atuação ministerial penda para a discricionariedade no exercício da ação penal (o controle/*accountability* é procedido pela manifestação daquele Poder, explicitadas por suas diretrizes); quanto maior sua independência em relação aos Poderes, maior a obrigatoriedade nesse mesmo exercício (forma de controle/*accountability*).

3.1. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO LIGADA AO PODER JUDICIÁRIO OU COM LIGAÇÕES MISTAS

A expressão máxima da ligação ao Poder Judiciário é demonstrada pelo Ministério Público na Itália.

que, no exercício da ação penal, o Ministério Público atua como órgão de justiça, com o fito de conformar os valores de liberdade e de segurança com a sustentação do princípio da legalidade. Tal entendimento é compartilhado por DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1º vol. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 368.

10 DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia** – o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpressão), p. 482.

11 MESQUITA, Paulo Dá. **Processo Penal, prova e sistema judiciário**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 262-3.

12 No tópico em questão, embasou a presente pesquisa, dentre outras obras que serão indicadas especificamente ao longo do texto: KERCHE, Fábio. Agências responsáveis pela ação penal: um estudo comparativo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 54, maio 2005, p. 127-141; e PERRODET, Antoinette. O acusador público. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos Penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 433-80.

O Ministério Público italiano compreende um fenômeno raro nas estruturas ministeriais ao redor do mundo, pois que é o retrato da consequência fascista.

Em suma, compreende uma magistratura, com as mesmas garantias concedidas aos juízes, que se diferencia pelas funções exercidas por magistrado (definidas aos *magistrati giudicanti* e aos *magistratiquirente*, com papéis intercambiáveis no curso da carreira), mas a carreira e a forma de ingresso são idênticas, regidas pelo mesmo estatuto¹³. Todos estão submetidos à orientação e à disciplina do *Consiglio Superiore della Magistratura*, responsável pelo autogoverno da magistratura e da qual faz parte também o Procurador-Geral do Tribunal Supremo¹⁴.

O Ministério Público é independente politicamente¹⁵. Conforme o regramento italiano, o Procurador-Geral da Corte Suprema de Cassação desempenha o papel de defender o interesse geral e a aplicação da lei ante esta corte, cujos membros assumem a própria determinação com base no contraditório e não em função de instruções previamente recebidas (autonomia e dever de objetividade)¹⁶.

A atuação baseia-se no princípio da legalidade/obrigatoriedade da ação penal dada sua independência¹⁷, que funciona como controle da atividade ministerial e surge como proteção de influências externas sobre si mesma, pois o integrante do Ministério Público observará a lei elaborada e executará o que vem por ela determinado¹⁸.

Entretanto, há outros exemplos de ligação com o Poder Judiciário, mas com forte participação do Poder Executivo.

Como primeiro exemplo dessa condição, cita-se a Holanda. O Ministério Público, neste caso, é entendido como integrado ao Poder Judiciário¹⁹, já que encarregado de vigiar o cumprimento das leis.

Entretanto, como o ministro da Justiça responde politicamente ante o Parlamento pelos atos do Ministério Público, há justificada dependência governamental, com a vedação de haver interferência em processos penais concretos ou contra pessoa determinada²⁰. O mesmo ministro indica os cinco *Dutch Procurators General*, que, sob orientação do ministro da Justiça, estabelecem as indicações gerais de atuação do Ministério Público²¹. Na estrutura orgânica, a Chefia do Ministério Público é exercida pelo Procurador-Geral do Tribunal Supremo, nomeado em caráter vitalício e independente no exercício de suas funções²².

Como consequência de tal vínculo com o Poder Executivo, caracteriza-se pelo exercício discricionário da ação penal²³.

13 KERCHÉ, F. Agências responsáveis pela ação penal, *op. cit.*, p. 129.

14 ITÁLIA. Art. 104 da Constituição Italiana. Disponível em <http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiale/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20%28a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano%29/Costituzioneltaliana-Portoghese.pdf>. Acesso em 07 mar. 2012.

15 *Ibidem*, Art. 104 da Constituição Italiana. Disponível em <http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiale/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20%28a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano%29/Costituzioneltaliana-Portoghese.pdf>. Acesso em 07 de março de 2012.

16 LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel. **El Ministerio Fiscal español**. Madrid: Colex, 2001, pp. 61, 63 e 64.

17 ITÁLIA. Art. 112 da Constituição Italiana. Disponível em <http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiale/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20%28a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano%29/Costituzioneltaliana-Portoghese.pdf>. Acesso em 07 de março de 2012.

18 KERCHÉ, F. *Op. cit.*, p. 129.

19 *Ibidem*, p. 130.

20 LÓPEZ LÓPEZ, A.M. *Op. cit.*, p. 51.

21 KERCHÉ, F. *Op. cit.* p. 130.

22 Ele não está obrigado a seguir ordens do Ministro da Justiça, visto que atua em defesa da legalidade. As causas criminais que chegam ao Tribunal Supremo são sustentadas pelo Procurador-Geral do Tribunal de onde proveio a causa (LÓPEZ LÓPEZ, A.M. **El Ministerio Fiscal español**, *op. cit.*, p. 51).

23 KERCHÉ, F. Agências responsáveis pela ação penal, *op. cit.*, p. 130.

A Espanha mostra exemplo semelhante ao holandês, porque a Constituição de 1978 diz que o Ministério Público está ligado ao Poder Judiciário. O chefe da organização ministerial é o *Fiscal General del Estado*, que pode dar instruções gerais e ordens específicas aos demais integrantes. Entretanto, o *Fiscal General del Estado* é indicado pelo governo, com a oitiva do Conselho-Geral do Poder Judiciário, e é nomeado pelo Rei. Nesse caso, a hierarquia garante a interferência do Poder Executivo no Ministério Público, seja por atuação do Ministro da Justiça, seja do *Presidente del Gobierno*²⁴.

Importante citar a situação na Alemanha. Caso bem típico de vinculação ao Poder Executivo, mas também visto como órgão de administração da Justiça²⁵. É regido pelo dever de objetividade/legalidade, com possibilidade de atuar em favor do imputado.

O Ministério Público alemão, por estar desenhado dentro de uma federação, tem dupla conformação, com semelhanças entre si. O Procurador-Geral de Justiça em âmbito federal (*Generalbundesanwalt*) responde pela gestão ao Ministro Federal da Justiça (*der Bundesjustizminister*), a quem está subordinado diretamente²⁶.

O Procurador-Geral da Justiça em âmbito federal é nomeado por ato do Presidente da República, após proposta do Ministro da Justiça, com aprovação da Câmara de Representação territorial alemã, da mesma forma como ocorre com os dezesseis integrantes das chamadas Procuradorias Superiores. Os Procuradores-Gerais (*Generalstaatsanwatschat*) de cada um dos Estados Federais (*Länder*) estão subordinados aos Ministros da Justiça de cada um deles²⁷.

Cada Ministério Público está governado pelo princípio da dependência hierárquica, com a possibilidade de avocação ou substituição pelo Procurador que exerça a superioridade hierárquica, mas é garantida a recusa da orientação (genérica ou específica) por convicção pessoal do agente. Entretanto, o Procurador pode ser removido ou substituído sem necessidade de justificação²⁸.

A ação penal é, em regra, obrigatória, mas se tem entendido possível a discricionariedade em determinadas circunstâncias, notadamente quando existir dificuldades processuais para o exercício da ação penal (conforme é possível depreender-se do § 170, II, StOP, a ação penal deve ser manejada uma vez presente um fato punível e a probabilidade de uma condenação ao final²⁹), o que demanda necessidade de maior esclarecimento das causas que justificaram o encerramento da investigação, exatamente porque demonstra a possibilidade de interferência externa. Há, ainda, a hipótese de encerramento da persecução penal, com o consentimento judicial, quando a imposição de pena não for uma alternativa realizável (§ 153, I, StOP).

24 Ibidem, pp. 130-1.

25 Raoul Muhm diz que, conforme a maioria da doutrina e da jurisprudência alemã, o Ministério Público é visto como órgão de administração *sui generis* da Justiça, integrado ao Poder Executivo (MUHM, Raoul. Dependência do Ministério Público do Executivo na Alemanha. *Revista do Ministério Público*, ano 16, nº 61, jan/mar 1995, pp. 121-8). A ratificar: "(...) Es cierto que hoy la Fiscalía esta más ampliamente reconocida que en los siglos pasados como órgano de la administración de justicia (...)" (ROXIN, C. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**, *op. cit.*, p. 11).

26 LÓPEZ LÓPEZ, A.M. *Op. cit.*, p. 32.

27 MUHM, Raoul. *Op. cit.*, p. 124. Em Mecklemburgo, Brandemburgo e Schleswig-Holstein, são funcionários públicos que podem ser destituídos sem motivação alguma (LÓPEZ LÓPEZ, A.M. *Op. cit.*, p. 33).

28 MUHM, Raoul. Dependência do Ministério Público do Executivo na Alemanha, *op. cit.*, p. 125.

29 ROXIN, C. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**, *op. cit.*, p. 20.

Nos exemplos trazidos (italiano, holandês, espanhol e alemão), percebe-se em suma: (1) vinculação com o Poder Judiciário; (2) interferência do Poder Executivo, notadamente nos casos holandês, espanhol e alemão, pois existentes mecanismos mais visíveis para que tal aconteça. Já na situação italiana, tal ocorre de forma mais discreta³⁰, seja pela presença de membros estranhos à estrutura no *Consiglio Superiore della Magistratura*, seja pelo fato de que há uma projeção política dos magistrados, mas sem a presença de mecanismos mais aparentes; (3) que é possível dizer que o controle/*accountability* é mais intenso, com alguma variação de grau, na Holanda, na Alemanha e na Espanha e não no sistema italiano (que dispõe de maior independência de controle na atuação).

3.2. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO LIGADA AO PODER EXECUTIVO

Nestes casos, há similitude com o que já fora apontado acima, com exceção do sistema italiano.

O primeiro modelo de Ministério Público a ser considerado nesse contexto é o francês³¹. Neste, o Ministro da Justiça (*Garde des Sceaux*) é a “cabeça orgânica”³² do Ministério Público e, abaixo dele, estão os demais integrantes hierarquicamente organizados, conforme o art. 5º do Estatuto da Magistratura de 22 de dezembro de 1958³³. É consequência da noção de que toda a fonte de poder emana do povo, representado pelo Governo, o que acaba por afetar, inclusive, o Poder Judiciário.

Em tal estrutura, o Procurador-Geral da Corte de Cassação (posto máximo do Ministério Público francês) e os Procuradores-Gerais da Corte de Apelação de Paris são nomeados por decreto do Conselho de Ministros, enquanto os demais integrantes da carreira (Ministério Público ante os Tribunais de Grande Instância e os Oficiais do Ministério Público ante os Tribunais de Polícia) são nomeados por decreto do Chefe de Estado. Em qualquer caso, a proposta é feita pelo Ministro da Justiça³⁴.

O Procurador-Geral ante a Corte de Cassação, apesar da posição, não exerce autoridade sobre os demais Procuradores-Gerais das Cortes de Apelação, mas as instruções do Ministro da Justiça somente podem ser repassadas por intermédio dele. Perante os tribunais, são eles independentes. Por tal razão, o Ministro da Justiça não poderá obrigar os membros do Ministério Público a atuar no caso de descumprimento de alguma normativa, mas poderá adotar providências disciplinares contra eles³⁵.

30 O art. 69 da Lei de Organização Judicial italiana, alterado em 1946 e que ainda vige, estabelece que a atuação do Ministério Público será exercida sob a “superintendência”, não sob a “direção” do Ministro da Justiça, o que deu à instituição idênticas prerrogativas concedidas ao Poder Judiciário.

31 É considerada uma magistratura especial, com função de representação da sociedade, e requer a aplicação da lei em seu nome, dentre outras atribuições, com os mesmos requisitos para ingresso na carreira (PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do estado democrático de direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 58-9).

32 LÓPEZ LÓPEZ, A.M. **El Ministerio Fiscal español**, *op. cit.*, p. 46.

33 Assim, o Procurador-Geral dirige o Ministério Público de cada Tribunal, pelo que rege os membros do corpo fiscal na correspondente jurisdição. Cumpre observar que, nas Cortes de Apelação e Cortes Criminais, os advogados-gerais e os substitutos do Procurador-Geral somente podem atuar por delegação do Procurador-Geral, expressa ou tácita (PAES, J.E.S. *Op. cit.*, p. 61).

34 LÓPEZ LÓPEZ, A.M. *Op. cit.*, p. 47.

35 *Ibidem*, p. 48.

Como se observa, caracteriza-se pela dependência hierárquica³⁶, cujo topo da pirâmide é o Ministro da Justiça³⁷ (vertical e externa), além da hierarquia horizontal, já que cada delegação é chefiada por um Procurador da República e pela vinculação ao Executivo. Entretanto, a ordem do Ministro da Justiça não pode determinar o término de uma investigação, embora possa determinar o início³⁸.

Reside, também, a observância ao princípio da discricionariedade, com controle/*accountability* exercido por poder de Estado. E tal controle pode acontecer por substituição ao resistente a uma ordem e aplicação de medidas disciplinares que variam desde remoção, rebaixamento até exoneração³⁹.

Exemplos clássicos do sistema da *Common Law*, Inglaterra e País de Gales caracterizaram-se, inicialmente, pela iniciativa privada na persecução criminal. A figura do *Crown Prosecution Service*, a versão britânica do Ministério Público, surgiu somente em 1985, apesar da existência do *Director of Public Prosecutions* e do *Attorney General* em período anterior, com atuação criminal restrita⁴⁰.

A estrutura do *Crown Prosecution Service* vem assim definida⁴¹:

- *Attorney General* – autoridade legal de Estado e assessor legal do Executivo. Deve ser membro da Câmara dos Comuns (dado o sistema parlamentar britânico, pelo que, em cada mudança de governo, há modificação do titular) e *barrister* (advogado). É ele chefe da Ordem dos Advogados, mas não se confunde com a figura do ministro da Justiça⁴²;
- *Director of Public Prosecutions* – espécie de Diretor de Acusações Penais Públicas⁴³, que atua sob supervisão do *Attorney General* e é por este designado;
- *Chiefs Crown Prosecutors, Senior e Principal Crown Prosecutors e Crown Prosecutors* – funcionários públicos impedidos de criticar publicamente o Governo.

A escolha de tais membros é feita pelo próprio *Crown Prosecution Service*, com a necessidade de aprovação pelos comissários do serviço público civil. Entre eles, há subordinação hierárquica e necessidade de respeito às *directives*. Estão regidos pelo princípio da discricionariedade do exercício da ação penal, a partir das provas coletadas e da presença do interesse público. Seu controle/*accountability* é realizado perante o Parlamento⁴⁴.

36 De salientar que a subordinação se faz nas manifestações escritas, a valer a máxima de que “si la plume est serve, la parole est libre”, motivo pelo qual o Ministério Público não recebe ordens para as manifestações orais em audiência (TRASSARD, Cédric. O Ministério Público em França. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **O papel do Ministério Público**: estudos comparados dos países latino-americanos. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2008, p. 142).

37 O Procurador-Geral ante o Tribunal de Cassação somente pode receber ordens do Ministro da Justiça para: (1) introduzir recurso de revisão no interesse da lei contra os atos considerados ilegais; e (2) para propor processo de revisão de condenação penal definitiva.

38 PERRODET, A. O acusador público, *op. cit.*, p. 442.

39 LAVOR, Miralda Dias Dourado de. **A defesa do regime democrático como função do Ministério Público brasileiro**. Lisboa: [s.n.] 2003. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, p. 63.

40 LÓPEZ LÓPEZ, A.M. **El Ministerio Fiscal español**, *op. cit.*, p. 54.

41 *Ibidem*, pp. 58-60.

42 PERRODET, A. *Op. cit.*, p. 438.

43 A polícia, nesse sistema, pode decidir livremente se inicia o processo judicial ou arquiva o expediente, pois não existe autoridade judicial ou administrativa que a possa obrigar exercer a ação penal, apesar da possibilidade legal de a *Crown Prosecutor Service* determinar diligências (LÓPEZ LÓPEZ, A.M. *Op. cit.*, p. 55).

44 PAES, J.E.S. **O Ministério Público na construção do estado democrático de direito**, *op. cit.*, p. 118-9.

O sistema determinado nos Estados Unidos também apresenta peculiaridades dignas de nota, após um princípio baseado na *Common Law*. E, assim como o sistema alemão, é dividido em organizações separadas, uma em âmbito federal, outra em âmbito estadual.

No âmbito federal (o sistema estadual será analisado posteriormente), o Ministério Público é chefiado pelo *United States Attorney General*, que também ocupa a função de Chefe do Departamento de Justiça, pelo que apresenta forte vinculação com o Poder Executivo, até por exercer funções administrativas de persecução e de política criminal. Sua nomeação é feita pelo Presidente da República, com o consentimento do Senado⁴⁵, assim como do *Deputy Attorney General*, *Associate Attorney General* e *Solicitor General of the United States*, seus subordinados no departamento⁴⁶.

Entretanto, o sistema americano traz consigo um detalhamento de grande importância na figura do *Special Prosecutor/Independent Counsel*, que surge quando da necessidade de investigação de delitos imputados a todos os altos cargos do Poder Executivo, com caráter independente. É o *Attorney General* quem decide em quais casos há a necessidade de nomeação, mas cuja escolha é feita por uma comissão de juízes federais⁴⁷, com o objetivo de que não haja mácula na atuação em vista da nomeação pelo Executivo.

Como é possível observar, o caso americano federal apresenta forte conotação política, com a crítica de que é usado como meio para aspirações eleitorais outras⁴⁸. Também existe hierarquia dentro do Ministério Público norte-americano, mas são dotados de preponderante discricionariedade no exercício da atividade⁴⁹.

A Bélgica igualmente se caracteriza pela forte dependência ao Poder Executivo⁵⁰. Conforme a Constituição deste país, no art. 153, o Rei, por proposta do Ministro da Justiça, nomeará todos os membros do Ministério Público perante Juizados e Tribunais. Está o Ministério Público sob a ingerência governamental (hierarquia externa), pois as funções ministeriais na Corte de Cassação são exercidas sob a autoridade do Ministro da Justiça, a quem é permitido, inclusive, determinar a investigação em um caso particular. O Ministério Público belga atua com base nos princípios da unidade e da dependência hierárquica, sendo que o cargo de Procurador-Geral é assumido por um dos membros. A ação penal é exercida com discricionariedade⁵¹.

45 KERCHÉ, F. Agências responsáveis pela ação penal, *op. cit.*, p. 134.

46 PAES, J.E.S. O Ministério Público na construção do estado democrático de direito, *op. cit.*, p. 123.

47 "(...) These special judges then appoint a Special Prosecutor, now known as an Independent Counsel, and that Independent Counsel then takes over the investigation from the Justice Department. Basically, it takes all the documents, and the whole case and conducts independently the investigation against that high level governmental official, so there can be no appearance of impropriety, no allegation of conflict, so that no one can say that the result of that investigation is somehow tainted because the people conducting it were not independent of the people they were investigating (...)." (SNOW, Thomas. Justice in the United States. In: **Cadernos da Revista do Ministério Público** nº 06. Ministério Público: instrumento do Executivo ou órgão do Poder Judicial? IV Congresso do Ministério Público, 1994, p. 143).

48 KERCHÉ, F. *Op. cit.*, p. 135.

49 Conforme MA, Yue: "A Suprema Corte declarou que a Constituição colocava o dever de executar as leis a cargo do poder executivo. Para assegurar que os promotores, enquanto autoridades do poder executivo, desempenhassem suas funções de maneira apropriada, os tribunais não deveriam interferir indevidamente em suas tomadas de decisão." ("Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos". In **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, nº 01. Modelos de Ministério Público. Brasília, junho/2011, p. 35).

50 Apesar de o Código Judicial belga dizer que o Ministério Público é um órgão judicial, integrado por magistrados.

51 LÓPEZ LÓPEZ, A.M. El **Ministerio Fiscal español**, *op. cit.*, p. 34-5.

Por último, no tópico, calha citar que Canadá e Escócia também são exemplos de referida ligação ao Poder Executivo⁵².

3.3. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SEM LIGAÇÃO COM OS PODERES CONSTITUÍDOS

No Brasil, o Ministério Público tem conformação diferenciada do exposto acima:

1) é considerado Instituição essencial à função jurisdicional do Estado⁵³, não estando vinculado a nenhum dos Poderes;

2) é uno, indivisível e dotado de independência funcional⁵⁴ (não há hierarquia entre os membros, apenas no que diz respeito às questões administrativas), bem como é dotado de autonomia⁵⁵ funcional e administrativa. Aos membros, é garantida a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios⁵⁶;

3) o Procurador-Geral da República (Ministério Público da União) e os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados (Ministério Público dos Estados) devem ser membros de carreira das instituições e estar em atividade funcional, para fins de que haja vínculo com a Instituição que comandam. A duração do mandato é de dois anos, com possibilidade de recondução por mais dois anos, obedecidas as regras de eleição previstas⁵⁷;

4) a nomeação do Procurador-Geral da República é feita pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria dos membros do Senado Federal; a nomeação dos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados é feita pelos Governadores, após a formação de lista tríplice pelos integrantes dos membros do Ministério Público dos Estados, sem a participação dos outros Poderes⁵⁸;

5) a exoneração obedece a formalidades rígidas que impedem a simples vontade do detentor da Chefia do Poder Executivo⁵⁹, o que traz maior autonomia e independência para o exercício do cargo e para a própria Instituição.

52 KERCHE, F. Agências responsáveis pela ação penal, *op. cit.*, p. 132-4.

53 Nos dizeres de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo: "O constituinte de 1988 optou por conferir um elevado *status* constitucional ao Ministério Público, autonomizando-o em relação aos demais Poderes: desvinculou a instituição dos capítulos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário, atribuindo-lhe a responsabilidade pelo devido respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (...). Erigiu ainda à condição de crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público, à carreira e à garantia de seus membros (...)" (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O Ministério Público no Brasil. In: DIAS, J.P.; AZEVEDO, R.G. **O papel do Ministério Público**, *op. cit.*, p. 231).

54 "A independência consiste na liberdade de apreciação da matéria institucional durante o exercício de suas funções quando da apreciação dos fatos e da interpretação do Direito, o que livra o agente do Ministério Público de qualquer embaraço na formação de seu convencimento". (JÚNIOR, José Jesus Cazetta. A independência funcional dos membros do Ministério Público e sua tríplice garantia constitucional. In: **Funções institucionais do Ministério Público**. ALVES, Airton Buzzo; RÚFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antônio Franco (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 37).

55 "Autonomia é o poder para dar direção própria aos assuntos que lhe digam respeito, dotando-o de capacidade de administração própria, sem ingerência externa". (JÚNIOR, J.J.C. *Op. cit.*, pp. 36-7).

56 Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 127, §§ 1º e 2º; Constituição Federal do Brasil, artigo 128, § 5º, inc. I, alíneas "a", "b" e "c".

57 Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 128, §§ 1º e 3º.

58 Idem.

59 Em ambos os casos, a decisão final é do Poder Legislativo (CRFB, art. 128, §§ 2º e 4º). E, no caso do Rio Grande do Sul (Estado-membro brasileiro), o início do processo de destituição do Procurador-Geral de Justiça somente se dá por proposta do Colégio de Procuradores de Justiça (órgão do Ministério Público - Lei Orgânica do Ministério Público daquele Estado, artigo 8º, inciso II).

No caso brasileiro, cumpre frisar que vigem os princípios da legalidade e da obrigatoriedade da ação penal pública.

O sistema argentino também se enquadra em tal definição. Com a reforma constitucional de 1994, o Ministério Público Federal ganhou atributos de Poder de Estado, pois passou a ser órgão autônomo, autárquico e independente dos demais Poderes (art. 120 da Constituição argentina⁶⁰). Recebeu, igualmente, autonomia funcional e financeira.

O Procurador-Geral da República tem função processual na Suprema Corte, além de funções administrativas exigidas pelo Ministério Público, inclusive quanto ao estabelecimento de diretrizes de política e de persecução criminal.

É orientado pelos princípios da hierarquia, unidade de atuação, coerência institucional e objetividade⁶¹. Saliente-se que a hierarquia somente resulta em orientações ao subordinado se o superior participou da instrução processual⁶².

O Procurador-Geral da Nação e o Defensor-Geral da Nação integram a estrutura ministerial e chefiam o Ministério Público Fiscal e o Ministério da Defesa respectivamente. São designados pelo Poder Executivo, com aprovação de dois terços dos membros presentes do Senado Federal, conforme art. 5º da Lei Orgânica do Ministério Público Federal argentino. Reportam-se ao Poder Legislativo sobre a atuação da Instituição, conforme art. 32 da mesma lei⁶³.

É de ser observado que o Ministério Público nas províncias é organizado em cada uma delas, assim como na Cidade Autônoma de Buenos Aires, com alguns detalhamentos nesta, mas que não fazem parte do presente trabalho⁶⁴.

Por último, mas não menos relevante, há de ser relatado que os *District Attorneys*, conforme o sistema americano, também não estão vinculados aos Poderes constituídos, visto que eleitos diretamente pelos cidadãos americanos da região onde atuarão. O controle/*accountability* não é feito, apenas, pelo conteúdo legal, mas também pelos eleitores, dada a franca possibilidade de o cargo ser utilizado para destinos políticos outros. Da mesma forma como explicado quanto em âmbito federal, possuem os *District Attorneys* alto grau de discricionariedade na atuação, inclusive com a possibilidade de negociação de penas⁶⁵.

Relevante mencionar que, na Venezuela, o Ministério Público está inserido dentro do Poder Cidadão, que é distinto daqueles que formam a tripartição clássica dos Poderes de Estado⁶⁶.

60 "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones". (Constituição Nacional da República Argentina, art. 120. Disponível em <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/ministerio.php>>. Acesso em 22 mar. 2012).

61 MARCHISIO, Adrián. O Ministério Público Federal na República Argentina. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, nº 01. Modelos de Ministério Público. Brasília, junho/2011, p.173.

62 Ibidem, p.174.

63 Disponível em <<http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/textos%20actualizados/L24946-6-4-06.pdf>>. Acesso em 22 mar. 2012.

64 MARCHISIO, A. *Op. cit.*, p. 167.

65 KERCHÉ, F. Agências responsáveis pela ação penal, *op. cit.*, p. 135.

66 São cinco os poderes na Venezuela: Executivo, Legislativo, Judiciário, Cidadão e Eleitoral (LAVOR, M.D.D. **A defesa do regime democrático como função do Ministério Público brasileiro**, *op. cit.*, p. 56).

Em suma, há diferentes formas de apresentação do Ministério Público a ser visualizadas e que podem trazer maior ou menor interferência na atuação precípua criminal que, como já citado acima, dá ao Ministério Público ares de poder de Estado.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO EM PORTUGAL

4.1 REGRAMENTO ATUAL

Com a Revolução de Abril, em 1974, houve mudança na compreensão estrutural do Ministério Público. A Constituição, as leis e os Estatutos que a seguiram estabeleceram o atual sistema de escolha (nomeado pelo Presidente da República, sob proposta do Governo). Assim, compete ao Procurador-Geral da República a administração da Instituição, inclusive no que diz respeito à nomeação e ao exercício da ação disciplinar. Há a consagração da autonomia, hierarquia, responsabilidade e estabilidade⁶⁷.

Na Constituição da República portuguesa, encontram-se estabelecidas as regras da autonomia ministerial⁶⁸ e da subordinação hierárquica (art. 219, 1 e 4).

A autonomia⁶⁹, pelo Estatuto do Ministério Público (art. 2º, 2), caracteriza-se pela vinculação a critérios de legalidade e objetividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às diretivas, ordens e instruções ali previstas⁷⁰.

Já a hierarquia⁷¹ vem definida no art. 76, 3, do Estatuto do Ministério Público e consiste na subordinação dos membros aos magistrados de grau superior, nos termos do Estatuto em questão, e na consequente obrigação de acatamento por aqueles das diretivas, ordens e instruções recebidas. Ressalte-se que há a possibilidade de recusa⁷²

67 Até aquela ocasião, o Ministério Público estava organizado em forma de pirâmide, com o Procurador-Geral da República no vértice, respondendo perante o Executivo, dada a dependência, a responsabilidade e a amovibilidade (COSTA, Eduardo Maia. O modelo português do Ministério Público: autonomia e centralismo. *Revista do Ministério Público*, ano 16, jul/set 1995, nº 63, p. 151).

68 Surgida com a revisão constitucional de 1989, visto que, quando da redação da Constituição de 1976, houve hesitação em conceder-lhe tal instituto (COSTA, E.M. *Op. cit.*, p. 152).

69 Como consta em decisão do Tribunal Constitucional português, nos Processos nº 268/09 e 287/09, Acórdão 305/2011: “O que equivale a dizer que o atributo da autonomia do Ministério Público se traduz, antes de mais, numa ‘autonomia externa’. Por fim, essa autonomia externa é a garantia de isenção e objectividade, traduzindo para este corpo de magistrados o dever de agir através de uma subordinação exclusiva à lei e ao Direito. Mais adiante, o mesmo acórdão demonstra que (...) a invocada ‘autonomia pessoal’ ou ‘interna’ dos agentes do Ministério Público não é garantida pela Constituição. (...) pois é seguro que a autonomia que o legislador constituinte aí pretendeu reconhecer de forma expressa foi a autonomia externa ou institucional do Ministério Público (...)”.

70 “De acordo com a Exposição de Motivos da PPL113/VII, da qual originou o Estatuto do Ministério Público, procede-se a uma classificação inovadora dos poderes directivos, distinguindo entre o poder directivo genérico, que se traduz na faculdade de emissão de directivas, e o poder directivo específico, traduzido na faculdade de emitir ordens e instruções. Enquanto as directivas passam a competir apenas ao Procurador-Geral da República, por iniciativa própria ou sob a proposta dos procuradores-gerais distritais, as ordens e instruções pertencerão também aos procuradores-gerais distritais ou magistrados equiparados e aos procuradores da República. Com esta distinção, pretende-se a concentração dos modos de uniformização dos procedimentos que a indiferenciação e pulverização por distritos judiciais tem vindo a prejudicar”. (MARÇALO, Paula. *Estatuto do Ministério Público anotado*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 48).

71 Há de se compreender que a hierarquia pode ser **externa**, quando houver relação de dependência com outros Poderes do Estado, ou **interna**, quando há uma regra de subordinação dentro do próprio órgão, independentemente da existência da hierarquia externa (MARCHISIO, A. O Ministério Público Federal na República Argentina, *op. cit.*, p. 174).

72 Não por mera divergência, mas por limites de escolha nos quais interferem valores e tensões de

às diretivas, mas isso possibilita a avocação do procedimento ou a distribuição para outro magistrado (art. 79, 2 e 4, do Estatuto). Ainda, a recusa injustificada das diretivas pode ensejar a punição do membro do Ministério Público (art. 79, 6, do Estatuto).

No que tange ao Procurador-Geral da República, este é responsável pelo exercício da Procuradoria-Geral da República, órgão superior do Ministério Público.

Quanto ao tema em comento:

1) o Procurador-Geral da República é nomeado e exonerado pelo Presidente da República por sugestão do Governo (CRP, art. 133, m; e art. 131 do Estatuto). A demissão independe de falta funcional e não obedece à formalidade maior do que a sugestão do gabinete do Primeiro-Ministro e a manifestação do Presidente da República, mesmo antes do término do mandato de seis anos;

2) o cargo de Procurador-Geral da República pode ser ocupado por qualquer pessoa do povo, não necessitando esta ser membro de carreira da Instituição (art. 131, 3 a 7, do Estatuto do Ministério Público). Ou seja, o Chefe da Instituição pode não ter nenhuma vinculação histórica com ela, nem mesmo conhecê-la, visto que não há determinação de aptidão técnica para o cargo;

3) o Ministro da Justiça pode comparecer às reuniões do Conselho Superior do Ministério Público quando entender oportuno, inclusive para fazer comunicações ou solicitar informações (art. 32 do Estatuto). E poderá requisitar⁷³, por intermédio do Procurador-Geral da República, a qualquer integrante do Ministério Público, relatórios e informações de serviço e solicitar ao Procurador-Geral da República inspeções, sindicâncias e inquéritos, designadamente aos órgãos de polícia criminal.

Todas essas situações, combinadas com os poderes do Procurador-Geral da República e com base no dever de hierarquia dos demais membros do Ministério Público, mostram que, sim, o Poder Executivo pode interferir na forma de orientação da política criminal ministerial e tornar o chefe ministerial mero representante do Governo dentro do órgão que deve servir como defensor da legalidade democrática e da igualdade de acesso ao Poder Judiciário⁷⁴. Nesse diapasão, importante considerar, por exemplo, as atribuições que competem ao Departamento Central de Investigação e de Acção Penal (DCIAP)⁷⁵.

Talvez por tantos motivos, haja a necessidade de discutir se, de fato e de direito, pertence o Ministério Público português ao Poder Executivo ou se faz parte de um poder judicial, seja pela colocação topográfica constitucional, seja pela simetria com o Judiciário.

Relevante mencionar que a forma de ingresso à carreira do Ministério Público em Portugal é o concurso público, nos termos da Lei nº 02/2008, na condição de Procuradores Adjuntos (Estatuto do Ministério Público, art. 119º).

consciência. Quando forem emitidas pelo Procurador-Geral, a recusa somente ocorrerá por ilegalidade (CUNHA RODRIGUES, José Narciso. Sobre o modelo de hierarquia na organização do Ministério Público. *Revista do Ministério Público* nº 62, ano 16, abr/jun 1996, p. 22).

⁷³ Art. 80 do Estatuto do Ministério Público.

⁷⁴ Como consta no relatório do Acórdão nº 305/2011 do Tribunal Constitucional de Portugal: “17. Recorde-se, a propósito, os sabidos ensinamentos do Prof. Alberto dos Reis, citado no parecer em anexo, que dizia “a ameaça de perda do lugar leva naturalmente o magistrado a condescender com imposições e a deferir pedidos que, em circunstâncias desafogadas, abertamente repudiaria”.

⁷⁵ Dentre outras, dirigir a investigação em crimes de branqueamento de capitais, corrupção, peculato, participação econômica em negócio, administração danosa em unidade econômica do sector público, ou seja, os que mais afetam a Administração Pública, conforme o Estatuto.

Calha citar que os critérios de escolha e de exoneração do Chefe do Ministério Público português influenciaram os demais países lusófonos, com exceção do Brasil (como será mostrado adiante) e de Angola, onde há proposta do Conselho Superior da Magistratura do Ministério Público⁷⁶.

4.2. ESTRUTURA MINISTERIAL

Importa referir, neste momento, que a estrutura do Ministério Público em Portugal é assim concebida, conforme artigo 7º e 8º do Estatuto do Ministério Público:

1) são órgãos do Ministério Público – a Procuradoria-Geral da República, as Procuradorias-Gerais Distritais e as Procuradorias da República;

2) são agentes do Ministério Público – o Procurador-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, os Procuradores-Gerais Adjuntos, os Procuradores da República e os Procuradores Adjuntos.

Ainda dentro do Ministério Público, vem prevista a existência do Departamento Central de Investigação e Acção Penal, destinado à coordenação e direcção da investigação e prevenção da criminalidade violenta, altamente organizada ou de especial criminalidade⁷⁷, bem como de departamentos de investigação e acção penal em cada sede de distrito judicial⁷⁸.

Mostra-se, pois, uma desconcentração coordenada, pois há uma solução hierárquica (o grau superior dirige a atividade daquele que se encontra em patamar inferior dentro da Instituição⁷⁹) compatível com a autonomia (embasada na legalidade e na sujeição às diretivas, ordens e instruções) de iniciativa de vários órgãos⁸⁰.

O poder de obediência admite recusa, mas a recusa resultará em substituição do magistrado ou avocação do procedimento/processo, conforme o Estatuto do Ministério Público, como já mencionado acima. Aqui, a concentração do poder diretivo genérico hierárquico-funcional compete ao Procurador-Geral da República, enquanto a atuação na área de gestão cabe ao Conselho Superior do Ministério Público, sendo que a atribuição do primeiro funciona como instância conformadora no que tange à atividade criminal. Sua intervenção é a primeira fonte que embasará a atuação dos agentes do Ministério Público. Igualmente, quanto à hierarquia, do Procurador-Geral da República partem os princípios orientadores, o conteúdo estatutário da relação intraorgânica dos membros e as regras de atribuição/competência, de divisão interna e de titulares⁸¹. Assim, é possível concluir que os integrantes do Ministério Público não dispõem da mesma garantia de independência dada aos juízes em Portugal, determinada pelo art. 103 da Constituição da República portuguesa.

O poder diretivo consiste em comandos vinculativos de aplicação generalizada e abstrata, bem como em orientações genéricas sobre a atividade dos magistrados, com o fito de determinar instrumentos de uniformização⁸².

76 LAVOR, M.D.D. *A defesa do regime democrático como função do Ministério Público brasileiro*, *op. cit.*, p. 54.

77 Estatuto do Ministério Público, art. 46º, nº 1.

78 *Ibidem*, art. 70º.

79 MESQUITA, P.D. *Processo Penal, prova e sistema judiciário*, *op. cit.*, p. 274.

80 *Ibidem*, p. 273.

81 *Ibidem*, p. 268.

82 *Ibidem*, p. 269 e nota de rodapé de nº 28 da mesma página.

O Estatuto explicita que o Procurador-Geral da República está vinculado à Instituição, aos chefiados e, no caso português, subordinados, tanto de forma orgânica como material. É ele o presidente do órgão superior, a Procuradoria-Geral da República. Não constitui figura anômala e dissociada da realidade orgânica.

No exercício, tem o Procurador-Geral da República funções de cunho processual e/ou político (além de presidir a Procuradoria-Geral da República, representa o Ministério Público no Supremo Tribunal de Justiça, Tribunal Constitucional, Supremo Tribunal Administrativo, Supremo Tribunal Militar e Tribunal de Contas)⁸³.

É importante ressaltar que o Supremo Tribunal de Justiça detém a competência de julgar o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro nos crimes cometidos quando do exercício das funções, bem como dos próprios integrantes do Ministério Público em Tribunais, dentre outras (art. 43º e 44º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais em Portugal).

E, como presidente da Procuradoria-Geral da República, compete-lhe promover a defesa da legalidade democrática; dirigir, coordenar e fiscalizar a atividade do Ministério Público; emitir diretivas, ordens e instruções a que deve obedecer à atuação dos respectivos magistrados; além de inspecionar ou mandar inspecionar os serviços do Ministério Público e ordenar a instauração de inquérito, sindicâncias e processos criminais ou disciplinares aos magistrados⁸⁴. Portanto, está ele umbilicalmente vinculado ao Ministério Público, inclusive no que diz respeito ao exercício de funções de execução de grande relevo, como visto supra. É o Procurador-Geral da República quem responde pela unidade de procedimentos, a partir da emissão de diretivas genéricas, ordens e/ou instruções, sendo, pois, responsável por tal estrutura monocrática⁸⁵.

Do que fora exposto, não se pode concordar com o raciocínio de que a Chefia do Ministério Público venha a ser um órgão distinto do restante para quem exerce tal *mínus*⁸⁶. Não se pode considerar tal cargo como órgão político, com a confiança do Poder Executivo. Antes de tudo, o Ministério Público tem a expressão da confiança de todos os subordinados. É para eles que a função deve ser exemplarmente cumprida, sob pena de prejuízo irremediável à referida atividade como um todo⁸⁷.

5. ESCOLHA E EXONERAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA E AS REPERCUSSÕES

Não há dúvidas de que o Ministério Público detém parte da soberania estatal, especialmente quando se observa a titularidade da ação penal que lhe é atribuída⁸⁸.

83 Art. 12º, 1, "a", do Estatuto do Ministério Público, além das demais previsões ali elencadas.

84 Art. 12º, 2, "a", "b" e "f", do Estatuto do Ministério Público.

85 PEREIRA, Rui. O domínio do inquérito pelo Ministério Público. In **Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. PALMA, Maria Fernanda (coord.). Coimbra: Edições Almedina S.A., 2004, pp. 119-33.

86 BASTARRECHE BENGUA, Tomás. **Constitución y Ministerio Público**: Holanda, Italia y Espanha. Pamplona: Thomson Reuters (Legal) Limited/ Aranzadi S.A., 2011, p. 256.

87 "O PGR, sendo o único Magistrado do Ministério Público cuja nomeação emana dos órgãos políticos, não é um agente político, antes o mais alto Magistrado desse órgão do Estado e, como tal, com um estatuto em tudo idêntico ao dos demais Magistrados do Ministério Público." (RAPOSO, Amável. O Procurador-Geral: estatuto legal e projecção mediática. **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**, Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 719).

88 MAZZILLI, Hugo Nigro. A independência do Ministério Público. In: **Revista dos Tribunais**, 729/388,

Entretanto, sua legitimidade (bem como a do Poder Judiciário) é conferida não pelo resultado do exercício do voto, mas advém do próprio Estado Democrático de Direito.

Após as apresentações anteriores, resta a pergunta de relevância ao presente estudo: podem a direção da investigação criminal e do exercício da ação penal pelo Ministério Público em Portugal ser afetada por ingerência do Poder Executivo na atuação do Procurador-Geral da República, apesar da autonomia constitucional e estatutariamente estabelecida?

Indaga-se como equalizar a forma de escolha e exoneração de Chefias do Ministério Público, dadas as possíveis consequências dos vários critérios existentes e/ou possíveis (escolha direta pelos membros; indicação do Poder Executivo ou Legislativo, com ou sem participação dos integrantes do Ministério Público nesta indicação; exonerações *ad nutum* por Chefias de outros Poderes ou após procedimento iniciado interiormente, dentre outras). O nó górdio do problema é a manutenção da independência funcional e institucional do Procurador-Geral em vista daquele que o escolheu⁸⁹.

Da pergunta decorre que⁹⁰:

- a forma de recrutamento dos magistrados do Ministério Público e do Poder Judiciário respeita um sistema similar de concurso. Entretanto, o critério de determinação de Chefia já não tem similaridade, dado que respeita metodologia e paradigmas diversos (o Poder Judiciário escolhe o Chefe por si e dentre seus integrantes, em descompasso com o Ministério Público, como já assinalado);
- tal situação diferencia a legitimidade do Procurador-Geral da República e demais integrantes do Ministério Público, notadamente no que se refere à responsabilidade política;
- é relevante considerar se a responsabilidade política afeta a todos os magistrados do Ministério Público ou se fica limitada a seu chefe.

O supramencionado ressalta a necessidade de compreensão do fenômeno ora em análise, visto que afeta, diretamente, a imagem institucional do “defensor da legalidade democrática” nos termos da Constituição da República portuguesa. Mostra-se a obrigação em conhecer a responsabilidade política do Chefe do Ministério Público, pois a ele, dentre outras, é conferida a competência de emitir diretivas, ordens e instruções a que deve obedecer a atuação dos respectivos magistrados e inspecionar ou mandar inspecionar os serviços do Ministério Público e ordenar a instauração de inquérito, sindicâncias e processos criminais ou disciplinares aos magistrados⁹¹, sem esquecer as funções processuais que lhe foram afetas e mencionadas anteriormente.

Adicione-se ainda a ideia de que o Ministério Público deve exercer as funções com independência⁹², não de forma abstrata, mas sim como condição para o efetivo

1996, disponível em <<http://www.mazzilli.com.br/>>. Acesso em 23 mar. 2012.

89 Ibidem.

90 CLUNY, António Francisco. Pensar o Ministério Público hoje. **Cadernos da Revista do Ministério Público**, nº 8. Lisboa: Edições Cosmos, 1997, pp. 131-2.

91 Estatuto do Ministério Público, art. 12º, “2”, “b”, parte final, e “f”.

92 “Mas constitui a meus olhos um erro – e, peço desculpa de o dizer, na verdade um erro primário, que desde sempre procurei denunciar – pensar que esta ‘dependência’ do MP serve as finalidades concretas de um processo

exercício de funções, que, justamente, pressupõem a desvinculação de outros Poderes. Há de ser observado que a autonomia é o garante da Instituição como um todo. Deve-se considerar que a liberdade do exercício das funções do Ministério Público depende do distanciamento dos demais órgãos estatais⁹³.

Em suma, exige-se um ponto de equilíbrio nas relações do Ministério Público com os outros Poderes, notadamente na imagem do Procurador-Geral, seja pelo exercício de funções administrativas, seja pelo exercício de funções em âmbito judicial. E, na situação portuguesa, com a especial nota de observância na hierarquia.

A Carta Magna portuguesa, no artigo 219, n° 1, estabelece que compete ao Ministério Público participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania e exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.

O Estatuto do Ministério Público lusitano, no artigo 3º, estabelece ser competência sua a direção da investigação criminal, ainda que não por si realizada. Também cabe ao Ministério Público a promoção e a realização de políticas de prevenção criminal e a fiscalização da atividade processual dos órgãos de polícia criminal.

Aliás, consagra uma concepção recomendada no continente europeu (Recomendação 19/2000), pela qual o Ministério Público deve ser a autoridade pública encarregada da aplicação da lei quando o descumprimento importar em sanção penal, sempre com o objetivo de considerar os direitos individuais e a necessária eficácia do sistema penal.

Também recomenda que, para tal desiderato, o Ministério Público:

- decida sobre iniciar ou prosseguir com o procedimento criminal;
- exerça a ação penal;
- recorra de todas ou algumas decisões;
- aplique a política criminal nacional, conforme a realidade regional e local;
- conduza, dirija e/ou fiscalize o inquérito policial;
- zele pelas vítimas de crimes;
- decida sobre as alternativas ao procedimento criminal e fiscalize a execução das decisões dos Tribunais.

Na mesma linha, o art. 18 do “*Corpus Juris* contendo disposições penais para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia” estabelece que o Ministério Público Europeu “*est indépendant tant à l’égard des autorités nationales qu’à l’égard des organes communautaires* (n° 2)”⁹⁴.

penal mais completa e perfeitamente acusatório. Bem pelo contrário: a acusatoriedade do processo penal convida ou mesmo exige um MP independente do Executivo, um MP que não se constitua uma ‘parte’ processual e cujo êxito funcional não seja medido pelo número de condenações que obtenha, em suma, um MP autônomo. Aquilo que a dependência do MP convida e conduz não é a um processo mais caracterizadamente acusatório, é sim a um sistema processual penal dispositivo, civilístico, que põe definitivamente em causa, pelo menos no que respeita à criminalidade grave, as exigências públicas e comunitárias mínimas de defesa social. Um sistema este que continuo a pensar deve ser pura e simplesmente recusado”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. Autonomia e responsabilidade comunitária do Ministério Público: um equilíbrio difícil. In: **25 Anos do Estatuto do Ministério Público** (sessão comemorativa), Procuradoria-Geral da República. Coimbra, 2005, p. 74).

93 MAZZILLI, H.N. A independência do Ministério Público, *op. cit.*

94 In **Revista do Ministério Público**, ano 19, jan/mar 1998, n° 73, p. 176.

Outra não é a redação que consta na Declaração de Bordéus, nº 8, ao prever que um estatuto de independência do Ministério Público implica o princípio de que não seja o Ministério Público submetido, no exercício das funções, a influências ilegítimas ou a quaisquer pressões de origem exterior, com o propósito de garantir independência funcional⁹⁵ (independência já prevista no sistema brasileiro, argentino e italiano).

Para a persecução de tais atividades, vista a implicação na apuração das mais variadas formas de crimes e criminosos, exige-se necessária autonomia e independência ministerial antes os outros Poderes. Aliás, a natureza ministerial é entendida a partir de suas funções no processo criminal, suficientes para dar-lhe conotação de poder, tanto pelas faculdades e iniciativas quanto pelos adjetivos processuais do ato de acusar⁹⁶.

E aqui surge o problema posto no presente estudo: encontra o Ministério Público em Portugal todas as exigências para que esse trabalho seja adequadamente exercido?

Inegavelmente, o modelo português de Ministério Público mostra avanços ante os demais modelos europeus, especialmente pela autonomia consagrada. Entretanto, o Tribunal Constitucional português reconhece que tal autonomia não é equivalente à do Poder Judiciário⁹⁷, apesar de parte da doutrina entender que hoje se trata de um órgão do Poder Judicial⁹⁸.

De novo, com base na Recomendação 19/2000:

- os Estados devem tomar medidas para assegurar que o Ministério Público exerça as funções sem ingerência injustificada;
- o Ministério Público deve dar conta, periódica e publicamente, de suas atividades, na generalidade e em particular, do modo como definiu as prioridades;
- quando houver vinculação ao Poder Executivo, deve esta ser consagrada conforme os mandamentos legais;
- qualquer instrução de caráter geral emanada do Governo deve revestir a forma escrita e seja publicada de modo conveniente;
- tais instruções devem ser acompanhadas de garantias suficientes de transparência e equidade de acordo com a legislação em vigor no país;

95 DECLARAÇÃO DE BORDÉUS. Disponível em <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE%282009%29OP12&Language=lanPortuguese&Ver=original&BackColorInternet=BDDCF2&BackColorIntranet=FD C864&BackColorLogged=FD C864>>. Acesso em 30 mar. 2012.

96 RODRIGUES, J.N.C. *Em nome do povo*, *op. cit.*, p. 93.

97 "(...) a Constituição não impõe que a magistratura judicial e a magistratura do Ministério Público tenham grau de autonomia interna equivalentes. Se os juízes são independentes e estão sujeitos apenas à lei, os magistrados do Ministério Público não poderão ser igualmente independentes no interior da estrutura em que operam, nem poderão ser deixados aí sozinhos com a lei como os juízes, já que isso pressuporia a personalização das funções institucionalmente fixadas àquela magistratura e a atribuição aos respectivos magistrados de uma titularidade difusa da ação penal, incompatível com a opção constitucional por um modelo de funcionamento hierarquizado do Ministério Público" (Acórdão do Tribunal Constitucional português, conforme notas 71 e 76).

98 Gomes Canotilho e Vital Moreira ensinam que a Constituição portuguesa definiu o Ministério Público como um órgão caracterizado pela independência e que integra a organização judicial, dotado de autonomia, estatuto e governo próprios (**Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 79).

- o Ministério Público deve ser livre para submeter ao Tribunal a própria argumentação, mesmo quando tiver o dever de expressar por escrito as instruções recebidas;
- a natureza e o âmbito da independência do Ministério Público devem estar previstos em lei;
- o Ministério Público deve, em qualquer caso, estar em condições de proceder criminalmente, sem obstrução, contra agentes do Estado por crimes por estes cometidos, particularmente de corrupção, abuso de poder, violação grave dos direitos humanos e outros crimes reconhecidos pelo Direito Internacional.

Por ser a Chefia da Procuradoria-Geral da República competência do Procurador-Geral da República, com poderes de indicação de parte de seus subordinados, bem como dos departamentos de investigação e ação penal⁹⁹, cabe questionar a autonomia nessa seara, pois:

- o Ministério Público responsabiliza-se a terceiros externos a sua estrutura, quais sejam, o Presidente da República e o Primeiro-Ministro;
- há possibilidade legal e constitucional de o cargo ser utilizado como forma de retribuição por simples apoio político a qualquer correligionário do Governo, visto que qualquer um do povo pode exercer o cargo, guardadas as devidas exigências previstas para a investidura;
- todas as possibilidades concedidas ao Ministro da Justiça autorizam uma forma de intervenção do Poder Executivo em âmbito ministerial, apesar de, no passado, tal interferência ter sido muito mais marcante – atualmente, foi dele retirado o poder de instrução genérica ao Ministério Público.

Como já dito anteriormente, o conjunto dessas situações, incluindo os poderes anteriormente descritos do Procurador-Geral da República e o dever de hierarquia, mostra que o Poder Executivo pode interferir na forma de orientação da política criminal e pode tornar o chefe ministerial mero representante do Governo dentro da Instituição, que deve velar pela legalidade democrática¹⁰⁰ e igualdade de acesso ao Poder Judiciário¹⁰¹.

99 Apesar de ter de ser referendado pelo Conselho Superior do Ministério Público, a indicação do lugar de Procurador-Geral-Adjunto no Departamento Central de Investigação e Ação Penal e nos Departamentos de Investigação e Ação Penal nas comarcas sede de Distrito Judicial surge por proposta do Procurador-Geral da República, sendo que o Conselho somente pode vetar até dois nomes indicados, conforme regras previstas no Estatuto do Ministério Público, art. 127º, nº 01.

100 Trata-se de papel crucial na preservação dos princípios da igualdade perante a lei, do direito à audiência pública e justa por um tribunal independente e imparcial, para a efetiva justiça criminal justa e igualitária, para a proteção dos cidadãos contra o crime (Organização das Nações Unidas. Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal. Disponível em <http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf>. Acesso em 22 abr. 2012, p. 335).

101 Fernando Fernandes acentua, apesar de na obra versar sobre um motivo de cunho apropriado, que sempre é possível fazer vingar a orientação do superior hierárquico, por meio do uso do poder de devolução e de substituição (FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2001, p. 519).

Se é certo que, nos primórdios, o Ministério Público esteve vinculado ao Poder Executivo (como, aliás, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário também já estiveram), hoje ele necessita ser visto como Instituição que garante o equilíbrio da estrutura constitucional do Estado¹⁰², para fins de assegurar o respeito dos Poderes à legalidade¹⁰³.

Como já frisado, é nítido que houve evolução em Portugal em prol da autonomia. Mas há pontos que necessitam aperfeiçoamento, sob pena de causar prejuízo à objetividade e às necessidades exigidas para o pleno e correto exercício da função ministerial.

As regras insculpidas para escolha e exoneração do Procurador-Geral da República em Portugal ainda deixam remanescer resquícios de que este agente possa ser tratado como um “funcionário” do Poder Executivo¹⁰⁴, por vezes preocupado em aceitar determinadas solicitações e/ou imposições governamentais com o propósito de preservar o cargo. E tal pode ser extensivo àqueles cargos de relevância na investigação e atuação criminal que dependem de designação do Procurador-Geral da República.

Nesse sentido, é de ser observado que a exoneração *ad nutum* bem confirma a noção que é exposta nas Ciências Políticas, qual seja, que o temor da punição (perda do cargo) é essencial para que o agente (no caso, o Ministério Público) observe os desejos do principal (que seria o Poder Executivo em Portugal)¹⁰⁵. Assim, o chefe do órgão agente se anteciparia para estar sempre em consonância com a fonte principal¹⁰⁶. Em Portugal, isto avulta quando se observa que o mandato é longo – seis anos –, pelo que é interesse do Procurador-Geral da República terminá-lo.

Como ensina Fernando Fernandes¹⁰⁷, o poder de direção pode levar o Ministério Público a proteger interesses que não condizem com o processo penal, notadamente na seara política.

102 “En la ley básica del derecho de funcionarios de la federación se define el concepto de funcionarios públicos, según el § 31 1, 1, como ‘una función confiada, en cuyo ejercicio él debe estar en constante acuerdo con los puntos de vista políticos esenciales y los objetivos del gobierno’. Es evidente que la labor de un funcionario directivo de la Fiscalía no se describe correspondientemente con esta definición, pues él no debe llevar a cabo los puntos de vista políticos y los objetivos del gobierno, sino aplicar el derecho.” (ROXIN, C. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**, *op. cit.*, p. 27).

103 Apesar de falar sobre o Ministério Público brasileiro, José Eduardo Sabo Paes ensina que o Ministério Público é considerado órgão de relevância constitucional, sem estar integrado a nenhum dos Poderes, mas com eles exerce um sistema de freios e contrapesos necessário para a harmonização do sistema (PAES, J.E.S. **O Ministério Público na construção do estado democrático de direito**, *op. cit.*, pp. 261-2).

104 “Externamente, con la única excepción del Publico Ministero italiano, el Ministro Fiscal está fuertemente vinculado al Ejecutivo. La dependencia gubernamental de la Fiscalía se articula, en unos casos, a través del Fiscal General, como órgano político de confianza del Gobierno (Alemania, EE.UU., Inglaterra o Portugal), y, em otros, nace directamente del titular del Departamento de Justicia, al que todos los Fiscales se hallan subordinados (Bélgica, Francia y Holanda).” (LÓPEZ LÓPEZ, A.M. **El Ministerio Fiscal español**, *op. cit.*, p. 72).

105 A escolha cria a sensação de gratidão naquele que é indicado ao cargo, pelo que pode causar uma vituperação no exercício da chefia do Ministério Público, que pode ser exercida como uma agência política governamental. Para evitar a demissão, pode deixar de acusar autoridades, policiais, agentes financeiros, dentre outros (MARQUES, Paulo Edson. A Chefia e a independência do Ministério Público. *In: Anais do VI Congresso Nacional do Ministério Público – Justiça e Constituinte*, realizado em São Paulo, de 26 a 29 de junho de 1985. **Revista Justitia**, São Paulo, nº 47, vol. 131, 1985, setembro (especial), p. 88).

106 KERCHÉ, Fábio. Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil. *In: Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 50, nº 2, 2007, p. 266. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200002>. Acesso em 29 mar. 2012.

107 FERNANDES, F. **O processo penal como instrumento de política criminal**, *op. cit.*, p. 519.

Os dispositivos podem, no mundo fático, prejudicar o esclarecimento da relação existente com o Poder Executivo em terras lusitanas. O mais relevante é afastar qualquer tipo de relação suspeita aos olhos daqueles que são os destinatários finais da atividade ministerial, que possui forte cunho social, mais estável que políticas governamentais que oscilam de acordo com as vontades externadas pelo voto periódico ou por maiorias parlamentares formadas na medida de interesses ocasionais.

Assim, a legitimação ministerial, por não ter relação com a representação popular, não se ampara na legitimação do governo. Ela surge a partir do cumprimento das leis penais, orgânicas e processuais vigentes¹⁰⁸.

Importante observar que o Ministério Público evoluiu para não mais estar vinculado ao Poder Executivo¹⁰⁹. Hoje, o órgão exercita funções que também o aproximam ao Poder Legislativo (é o verdadeiro tutor da legalidade que referido Poder estatal emana). Ainda, liga-se ao Poder Judiciário (porque é postulante ou requerente ante o órgão decisor, no qual, majoritariamente, exerce a atividade profissional).

A ratificar, a legitimação do Ministério Público, inclusive da Chefia, decorre da necessidade de cumprimento das leis penais, orgânicas e processuais vigentes. Ou seja, vem o Ministério Público legitimado para o cumprimento da legislação como um todo (penal dentre elas), na defesa daqueles valores essenciais sociais e como protetor de eventuais abusos do Estado. Assim, tem tanta legitimidade como os demais Poderes dentro do Estado Democrático de Direito. Legitimidade que não ocorre pelo contato com outros Poderes, como mencionado em doutrina¹¹⁰.

Por isso, não se pode admitir que um Procurador-Geral tenha a mais completa instabilidade no cargo (demissível *ad nutum*) conforme os interesses do Governo Parlamentar. Se comparado ao sistema brasileiro, por exemplo, em que a escolha do Procurador-Geral também é feita pelo Poder Executivo, nota-se que o sistema português necessita garantir maior estabilidade ao ocupante do posto máximo ministerial.

Aliás, Álvaro Laborinho Lúcio, então Ministro da Justiça, reconheceu que a organização institucional do Ministério Público, de forma hierárquica, não se iguala à independência dos juízes, bem como a forma de nomeação e exoneração do Procurador-Geral da República não respeita ao mesmo princípio da independência¹¹¹.

Convém observar que, mesmo no Brasil, há movimentos no sentido de alteração da forma de escolha. Na proposta de Emenda Constitucional nº 189/2007, objetiva-se a participação do Poder Legislativo na escolha do Procurador-Geral de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, tal como já acontece com os Procuradores-Gerais da República¹¹².

108 BASTARRECHE BENGUA, T. *Constitución y Ministerio Público*, *op. cit.*, p. 256.

109 "Al margen de casos concretos, en los que el M.F. defiende intereses de sujetos particulares, sobre todo en el campo civil, es claro que en esencia es un órgano defensor de la legalidad y de la justicia, intereses abstractos propios del Estado, no del Ejecutivo, y que por tanto y en la medida en que este último cuenta con sus propios abogados que lo defienden ante los Tribunales, debe sostenerse la configuración del M.F. como una Magistratura autónoma, independiente del Ministerio da Justicia e integrada en el ámbito jurisdiccional." (MUÑOZ CALVO, José Luis. *La independencia del Ministerio Fiscal em España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal. El Poder Judicial*. Dirección General de lo Contencioso. Instituto de Estudios Fiscales. Vol. III, p. 2156).

110 CARVALHO, Inês Seabra Henriques de. *Em defesa da legalidade democrática – o estatuto constitucional do Ministério Público*. Coleção Estudos sobre o Ministério Público. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. Lisboa: Editorial Minerva, p. 94.

111 LÚCIO, Álvaro Laborinho. Discurso do Ministro da Justiça. In: *Cadernos da Revista do Ministério Público* nº 06 – Ministério Público: instrumento do Executivo ou órgão do Poder Judicial? IV Congresso do Ministério Público, 1994, pp. 27-32.

112 BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 189/2007. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=376952>>. Acesso em 23 abr. 2012. A propósito, foi ela aprovada

Já a proposta de Emenda Constitucional nº 31/2009 prevê a escolha, para o mesmo cargo, a ser feita exclusivamente por parte dos integrantes do Ministério Público¹¹³.

O objetivo de tais propostas? Garantir e preservar a autonomia do Ministério Público. Como consta no parecer lançado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal Brasileiro, em exame da última das duas propostas citadas, a autonomia do Ministério Público é de alta relevância para a livre atuação administrativa e funcional, o que força a desvinculação do órgão dos Poderes do Estado¹¹⁴.

Ou seja, mesmo onde o Ministério Público é dotado de autonomia funcional, administrativa e financeira, com independência funcional dos membros, busca-se a desvinculação da escolha dos Chefes, ao final, pelo Poder Executivo, justamente para garantir a independência da atuação e do próprio Judiciário¹¹⁵. Há mais: o anseio de que se trate de opção unicamente de seus integrantes, justamente para demonstrar que o Ministério Público não está ajustado politicamente com nenhum Poder específico, em prol das atribuições de defesa da sociedade (não do Estado) que lhe foram conferidas.

Mas não se fique, apenas, na situação brasileira. Raoul Muhm¹¹⁶, magistrado do Tribunal de Munique, escreveu que os membros do Ministério Público alemão (onde vige a hierarquia de forma bastante marcada, como já visto acima, e não há sequer independência pessoal dos representantes ministeriais) estavam a ser duramente criticados por apresentar “incapacidade” no exercício da ação penal pública contra personalidades do mundo político e econômico. Tal situação, inclusive, foi objeto de inquérito parlamentar no *Land* de Baden-Württemberg. Segundo descreve, apurou-se também grave ingerência do Poder Executivo no trabalho do Ministério Público na Baviera – há de ser lembrado que, no sistema alemão, há o poder de advocação do inquérito policial, o que pode ser feito com forte ingerência do Poder Executivo, que tem condições de, assim, determinar os rumos da atuação penal.

Quer-se um Chefe do Ministério Público, não um representante do Poder Executivo no comando da Instituição¹¹⁷. A máxima de que a “pluma é serva, mas a palavra é livre”, ainda presente como explanado em ponto anterior, não se coaduna mais com a ideia dos fins a que se propõe o Ministério Público, visto que seus integrantes são detentores de uma missão superior ao interesse de um Governo¹¹⁸,

na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 03 mai. 2012. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=376952>>. Acesso em 06 mai. 2012.

113 BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional de nº 31/2009. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/61418.pdf>>. Acesso em 23 abr. 2012.

114 Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/83543.pdf>>. Acesso em 23 abr. 2012.

115 LIBERATI, Edmondo Bruti. O estatuto e a estrutura da magistratura italiana. **Revista do Ministério Público**, ano 19, jan/mar 1998, nº 73, p. 86.

116 MUHM, R. Dependência do Ministério Público do Executivo na Alemanha, *op. cit.*, p. 121. O autor informa que há pretensão de reformar essa influência e aumentar a transparência da atividade ministerial, com o desiderato de dignificar mais a atividade, com a introdução de garantias e mecanismos de independência. Conclui no sentido de que o sistema alemão não se mostra idôneo para evitar as influências externas, nem de garantir a igualdade perante a lei (p. 127-8).

117 Montesquieu dizia que o Monarca que deixa de executar as leis quando mal aconselhado pode reparar o dano com a mudança do conselho ou corrigir o engano. Porém, quando tal acontece em um governo popular, disso somente poderá vir a corrupção da república, pelo que o Estado estará perdido (Montesquieu, *C.S. Do espírito das leis*, *op. cit.*, p. 39).

118 “It is an acknowledged principle in the United Kingdom and Canada that the Attorney-General in exercising most discretionary prerogative powers should not be subject to the direction of the cabinet. In Australia, the position is not so clear although there is sufficient recognition given to the principle for it to be considered at least a custom if not a convention. This independence of the Attorney-General arises from the fact that the Attorney must exercise the various powers and discretions in the public interest. As quasi-judicial powers,

que se caracteriza pela transitoriedade. Em Direito Penal, especialmente, lida-se com a vida, a liberdade, a reputação das pessoas, pelo que não pode o Ministério Público estar limitado a desmandos e interesses sazonais de uma Chefia do Poder Executivo, que também é transitória¹¹⁹.

Em situações em que existe interferência do Poder Executivo na cúpula ministerial, há, como consequência, o risco da perda da credibilidade. Por outro lado, devem os integrantes de Poder, partidários e correligionários ter em mente que a cogência da lei penal ser-lhes-á aplicada em igualdade com o cidadão comum. É tal certeza parte da estabilidade e da transparência exigida da Chefia da Instituição. Cabe compreender que a atuação na esfera penal não se confunde com o elemento político presente no Executivo, visto que há o respeito à igualdade entre os cidadãos, a separação dos Poderes, a independência dos tribunais¹²⁰ e ao Direito Penal em si.

Ainda em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro em vigor, para que haja a destituição do Procurador-Geral de cada Ministério Público, exige-se a decisão pelo Poder Legislativo. No caso dos Estados-membros da Federação, tal destituição somente é analisada se for ela iniciada dentro do próprio Ministério Público; no caso do Ministério Público da União, é por iniciativa do Presidente da República (§ 2º do art. 128 da Constituição Federal da República do Brasil).

A forma de exoneração do Procurador-Geral talvez seja a garantia de maior jaez para efetivar a legitimação exigida para a proteção dos interesses sociais afetos ao Ministério Público, ao não ficar suscetível às opiniões de que agiu ou de que se omitiu em prol da manutenção do cargo. Ao fazer isso, protege-se o Ministério Público como um todo, dado que, ao chefiar a Instituição, acaba o Procurador-Geral por expô-la igualmente.

Outra crítica importante a ser feita é quanto ao fato de que a indicação pode recair em qualquer pessoa do povo. É absolutamente essencial que o Chefe do Ministério Público tenha vinculação imediata e necessária com órgão, até para que possa conhecer a realidade da atuação funcional sobre a qual passará a exercer a hierarquia e, por consequência, a exigir a subordinação prevista no ordenamento jurídico¹²¹.

Não se discute a capacidade individual dos que já foram escolhidos, nem as gestões que realizaram, pois que não é objetivo do presente trabalho. O que se quer dizer é que o Ministério Público necessita que a Chefia seja integrada não apenas orgânica, mas, especialmente, voluntária e historicamente com o órgão, dadas as missões que lhe são conferidas.

they are not to be exercised according to the political wishes of the cabinet or the party (...)." (CARNEY, Gerard. Comment - the role of the Attorney-General. *Bond Law Review*, vol. 9: Iss. 1, article 1, 1997. Disponível em <<http://epublications.bond.edu.au/blr/vol9/iss1/1>>. Acesso em 25 mar. 2012, p. 3).

119 Edmondo Bruti Liberati (O estatuto e a estrutura da magistratura italiana, *op. cit.*, p. 86) advoga que os magistrados do Ministério Público garantem a igualdade dos cidadãos perante a lei, motivo pelo qual devem exercer as funções de forma autônoma ao poder político.

120 "In relation to those functions just mentioned, it would be more accurate to describe the Attorney as a guardian of the administration of justice. The administration of justice is of course an important aspect of protecting the public interest and it reflects the extent to which the Attorney does protect that interest. This was recognised by Lord Diplock in *Attorney-General v Times Newspaper Ltd* 37, in describing the Attorney-General as 'the appropriate public officer to represent the public interest in the administration of justice'." (CARNEY, G. Comment - the role of the Attorney-General, *op. cit.*, p. 6).

121 "(...) temos de ter alguém que aceite aquele núcleo fundamental de princípios do MP, um MP democrático e não autocrático. (...) O MP não é um espaço para a confiança pessoal. Se há uma relação hierárquica, não há necessidade de haver uma confiança pessoal." (CARDOSO, Rui. Entrevista CM: Presidente do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. *Correio da Manhã*, Lisboa, 23 de abr. 2012, Sociedade, p. 19).

Se o método de escolha pelo Executivo, mesmo em outros países, já torna o Procurador-Geral sempre alvo de críticas de eventual submissão, com muito mais razão isso pode ocorrer quando o escolhido nunca cumpriu as funções enquanto representante do Ministério Público. Cabe buscar diminuição do risco de partidarização da Chefia ministerial, mesmo que isso traga fortes consequências no meio político em geral.

Essa situação, se mantida, apenas faz surgir o descrédito na Instituição, pois possibilita, fortemente, a aproximação do poder político.

Há de ser lembrado que o Ministério Público tenciona a aplicação imparcial das leis e, a partir daí, o combate de todas as formas de criminalidade¹²². Por óbvio, há interesses de grupos tidos como hegemônicos que se sentem ameaçados com o fortalecimento do Ministério Público, e tais desígnios, em verdade, acabam por preservar resquícios de séculos anteriores na determinação da Chefia ministerial.

Ademais, caso nunca tenha cumprido referidas funções, as regras de subordinação podem ser prejudicadas pelo desconhecimento, que, no mais das vezes, só é diminuído com o passar do tempo. E tal passar do tempo pode, nem sequer, coincidir com o término do mandato, visto que o Procurador-Geral pode ser exonerado a qualquer período.

Também deve ser analisado que a ingerência do Ministro da Justiça, ainda que mitigada no atual estágio estatutário, também se mostra prejudicial à persecução das funções ministeriais exigidas, pois traz mais um estranho à composição ministerial que pode manejar interesses no *Parquet*, dados os poderes de que dispõe por lei e que já foram mencionados no presente trabalho. De ser considerado que os Procuradores da República que compõem o Departamento Central de Investigação e Ação Penal necessitam ser aprovados por portaria do Ministro da Justiça¹²³, o que reforça a percepção de interferência do Poder Executivo no âmbito das investigações ministeriais (especialmente de criminalidade violenta, altamente organizada e de especial complexidade, em que estão incluídas as violações contra o erário público).

A cumulação de funções judiciais, de governo e de intervenção hierárquica por parte do Procurador-Geral da República sensibiliza-lhe a responsabilidade política e, por extensão, a de todos os integrantes do Ministério Público. A isso, deve ser acrescida a insuficiência de clarificação adequada de competências dos órgãos ministeriais dentro do Código de Processo Penal, o que também contribui para a incidência de mecanismos de responsabilidade política na atuação concreta¹²⁴.

Reconhece-se o fortalecimento do Conselho Superior do Ministério Público dentro do atual Estatuto¹²⁵, órgão plural, independente da Procuradoria-Geral de Justiça e que possui competências de gestão (carreira) e de disciplina. Inobstante, mesmo nele há de ser observado que não se percebe a ausência de influências

122 Como consta nas Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal: "Promotores deverão dar a devida atenção ao processo de crimes cometidos por agentes públicos, em especial corrupção, abuso de poder, violações graves aos direitos humanos e outros crimes reconhecidos por lei internacional e, onde autorizado por lei ou consistente com práticas locais, para a investigação de tais infrações". Disponível em <http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf>. Acesso em 22 abr. 2012, p. 338.

123 Estatuto do Ministério Público, art. 46º, nº 2. O mesmo é válido para os Departamentos de Investigação e Ação Penal, de acordo com o art. 72º, nº 05. A interferência é presente e de forma direta, pois o Conselho Superior do Ministério Público, em ambas as situações, apenas propõe nomes.

124 CLUNY, A.F. Pensar o Ministério Público hoje, *op. cit.*, p. 132-3.

125 Como garante do equilíbrio entre a hierarquia e a autonomia do Ministério Público (CARVALHO, I.S.H. **Em defesa da legalidade democrática**, *op. cit.*, p. 100).

externas: cinco dos integrantes são escolhidos na Assembleia da República e dois pelo Ministro da Justiça. Pondere-se, por relevante, que a constituição do Conselho é, predominantemente, de integrantes do Ministério Público, conforme o art. 15 do Estatuto.

Referidas indicações podem agravar o quadro de influência externa. António Cluny já esboçava, ainda no século passado, a necessidade de fortalecimento da democracia no âmbito ministerial, com a indicação de dois caminhos que tinha por relevantes na ocasião¹²⁶:

- o primeiro estaria embasado no aumento dos poderes do Conselho Superior do Ministério Público¹²⁷, inclusive no que tange à fixação das orientações gerais e na fiscalização concreta e processual¹²⁸;
- no segundo, a participação do Parlamento na escolha do Procurador-Geral da República, com maioria qualificada, já que órgão vocacionado para a fiscalização, o que aconteceria, também, no âmbito do órgão destinado à defesa da legalidade democrática.

Não se olvida a necessidade de *accountability*¹²⁹, visto que há tarefas desempenhadas pelos Tribunais (atuação processual), pelo Conselho Superior (em matéria administrativa e disciplinar) e pelo Governo (definidor de política criminal e detentor de parcela importantíssima na escolha e na exoneração do Procurador-Geral da República) que estão a determinar forte influência no Ministério Público português.

Entretanto, a questão relacionada à *accountability* não pode alijar os integrantes do Ministério Público da escolha da Chefia e, mais ainda, da exoneração. Se for entendido que o Procurador-Geral da República, com poderes hierárquicos, funciona como elo entre o Executivo e a Instituição, os demais integrantes estarão, apesar da inscrição constitucional e estatutária de autonomia, sempre à mercê das intenções rotuladas de “política criminal” que possam, ou não, afetar interesses outros que não respondem pela proteção social à qual se destina o Ministério Público.

As formas de controle (*accountability*) podem ser adaptadas e, por vezes, até estendidas, como ocorre com o exemplo brasileiro¹³⁰.

126 CLUNY, António Francisco. O Ministério Público e o Poder Judicial. **Cadernos da Revista do Ministério Público n.º 06**. Ministério Público: Instrumento do Executivo ou órgão do Poder Judicial?, IV Congresso do Ministério Público, 1994, pp. 54-5.

127 Opinião também comungada por COSTA, E.M. O modelo português do Ministério Público, *op. cit.*, p. 157.

128 Ainda que algumas modificações pontuais nesse sentido tenham acontecido na competência do Conselho Superior do Ministério Público, dado que a Lei n.º 60/98 alterou a competência que, originariamente, vinha descrita no Estatuto.

129 MESQUITA, P.D. **Processo Penal, prova e sistema judiciário**, *op. cit.*, p. 265.

130 A título de exemplo, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil, possui vários controles da própria atuação, seja jurídica, seja funcional, seja administrativa, a listar: Corregedoria-Geral do Ministério Público (atividade de orientação e fiscalização); Poder Judiciário (atividade jurisdicional); Conselho Superior do Ministério Público (atividade disciplinar, administrativa e extrajudicial); Tribunal de Contas (análise financeira e contábil); Poder Legislativo (a quem o Procurador-Geral de Justiça presta contas anualmente, conforme Constituição Estadual, além de votar o orçamento da Instituição e demais projetos de lei a ela referentes); Poder Executivo (que faz a escolha do Procurador-Geral de Justiça, após lista tríplice formada pelos membros do Ministério Público Estadual, bem como atua nas votações dos projetos de lei relevantes ao Ministério Público); membros do Ministério Público (que formam a lista tríplice, conforme ordem de votação, bem como a correção permanente exercida pelos Procuradores de Justiça sobre as atividades dos Promotores de Justiça de 1.º Grau); Controladoria e Auditoria Geral do Estado (também na matéria financeira, contábil e licitatória); Conselho

6. CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho não foi criticar a gestão e as pessoas que exerceram e exercem o cargo de Procurador-Geral da República, mas fazer uma análise acadêmica do contexto português.

Importante ressaltar, novamente, que a autonomia do Ministério Público não é relevante apenas para a caracterização interna, mas como independência do Poder Judiciário¹³¹, cuja principal característica é a inércia¹³².

Há diversos modelos de Ministério Público desenhados pelos ordenamentos jurídicos, certamente todos cercados de virtudes e críticas.

No caso concreto, qual seja, o exame do modelo português, este é visto como diferenciado dos demais casos europeus, inclusive tido como forma de evolução do tratamento ministerial. Contudo, o sistema ainda é suscetível a críticas, reconhecidamente porque não foi possível desvincular-se a figura do Procurador-Geral da República das interferências externas do Poder Executivo de modo maior¹³³.

É certo que a hierarquia tem pontos positivos, já que se trata de uma maneira de uniformizar a atuação para fins de que não existam cumprimentos diferenciados das funções.

Porém, calha ressaltar:

1) que a hierarquia não pode ser vista como valor supremo em si, uma vez que o Ministério Público é constituído por pessoas que pretendem a aplicação do Direito em diferentes regiões de Portugal, embaçados na efetivação da justiça e nos princípios da legalidade, objetividade e imparcialidade. Afinal, se o procedimento determinado for adequado, nada há de ser anotado; entretanto, se não o for, estará completamente prejudicada a atuação ministerial¹³⁴;

2) que ainda existem vestígios de influências muito antigas na organização do Ministério Público em Portugal (as relações com o Executivo, a possibilidade de qualquer um do povo exercer a Chefia do órgão, a instabilidade no exercício do cargo)

Nacional do Ministério Público (com participação plural e com atribuição sobre todos os Ministérios Públicos existentes no Brasil, cujas atribuições diferem do Conselho Superior do Ministério Público, e que tem atuação na esfera administrativa e correicional); sem esquecer da fiscalização oficiosa exercida por advogados, mídia e população em geral, que pode representar contra os integrantes do Ministério Público em razão da conduta deles. Assim, não é possível concordar com a opinião de que há baixo controle da atividade ministerial no Brasil, como exposto em comentários acerca do Ministério Público (notadamente, KERCHE, Fábio. Agências responsáveis pela ação penal, *op. cit.*, pp. 127 e SS). Basta ver a decisão do Conselho Superior do Ministério Público pela demissão de um ex-Procurador-Geral de Justiça e de uma Promotora de Justiça, ambos do Distrito Federal brasileiro, conforme narrado em <<http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/cnmp/cnmp-decide-pela-demissao-de-deborah-guerner-e-leonardo-bandarra>>. Aliás, Émerson Garcia ressaltou o caráter híbrido de controle disciplinar, administrativo e fiscalizador do Conselho Nacional do Ministério Público (GARCIA, E. A autonomia do Ministério Público: entre o seu passado e o seu futuro. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25537>>. Acesso em 31 de maio de 2012).

131 A legitimidade depende de isenção, igualdade, celeridade e eficácia (RODRIGUES, J.N.C., Sobre o modelo de hierarquia na organização do Ministério Público, *op. cit.*, p. 27).

132 MEDEIROS, Rui; MOUTINHO, José Lobo. O novo mapa judiciário perante o estatuto constitucional do Ministério Público. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. Lisboa. Parecer datado de 16 fev. 2009, pp. 26-7.

133 "Pode-se, assim, dizer que, apesar da evolução registrada, a Constituição portuguesa não seguiu as sugestões, vindas de vários lados, no sentido da independência dos agentes do Ministério Público e, portanto, da equiparação, nesse aspecto, a magistrados judiciais." (MEDEIROS, R.; MOUTINHO, J.L. *Op. cit.*, p. 32).

134 COSTA, E.M. O modelo português do Ministério Público, *op. cit.*, pp. 153-4.

que podem remontar a um período em que o Ministério Público era contemplado como defensor do interesse estatal.

Mesmo que haja a possibilidade de recusa, limitadora dos poderes diretivos¹³⁵, a própria hierarquia pode ser utilizada como maneira, por vezes velada e discreta, de proteção desse terceiro interesse, desde que venha a ser dissimulada dentro das nomeações que cabem ao Procurador-Geral da República para órgãos de relevância na área da persecução criminal¹³⁶. É necessário um Ministério Público que se mostre ágil e receptivo às necessidades sociais para que haja o devido cumprimento de funções. Tem o Ministério Público de apresentar a efetiva capacidade de atuar contra decisões governamentais e de administração que vulnerarem os interesses sociais e os direitos fundamentais. É o Ministério Público um órgão com funções distintas do Executivo e do Judiciário, com estrutura própria, com o dever de postular perante o último, inclusive contra o primeiro. Daí a noção da necessária autonomia¹³⁷.

Conclui-se, assim, ser relevante para a fixação da imagem ministerial que haja aperfeiçoamento do sistema, não apenas quanto às sugestões citadas em doutrina e aqui referidas, mas para que a escolha e a exoneração do Chefe do Ministério Público sejam feitas com maior envolvimento do próprio Ministério Público e, por que não, do Poder Legislativo (se necessário), com o objetivo de trazer mais transparência a tão relevantes decisões¹³⁸ e, ao final, garantir a independência do Procurador-Geral da República no exercício das funções¹³⁹.

Há de ser observado que os poderes concedidos ao Procurador-Geral da República estão previstos em lei e podem ser utilizados. Entretanto, se ainda não o foram, é porque, possivelmente, há certo receio em assinar a ordem que venha a manifestar proteção de interesse estranho ao Ministério Público. Mas os poderes existem¹⁴⁰! E, por existirem, podem ser utilizados a qualquer momento.

E, se receio há em assinar qualquer ordem nesse sentido, pode ocorrer a pior forma de atentado às razões ministeriais: a persuasão auricular, por contatos telefônicos ou conversas de bastidores, nas quais nada resta registrado. Porém, podem ser as de

135 CARVALHO, I.S.H. **Em defesa da legalidade democrática**, *op. cit.*, pp. 98-9.

136 "(...) o legislador numa ponderação equilibrada entre os valores da unidade e da liberdade optou por admitir nestes casos uma derrogação especial ao princípio da estabilidade processual, consagrando a substituição dispositiva reactiva à recusa de obediência." (MESQUITA, P.D. **Processo Penal, prova e sistema judiciário**, *op. cit.*, p. 278).

137 BASTARRECHE BENGUA, T. **Constitución y Ministerio Público**, *op. cit.* p. 257-9.

138 CARVALHO, I.S.H. *Op. cit.*, pp. 95-6. A autora cita, como aperfeiçoamento do sistema, a escolha por maioria qualificada da Assembleia da República ou a nomeação pelo Conselho Superior do Ministério Público (pela composição plural). Cumpre citar que, na América do Sul, por exemplo, há escolhas que envolvem o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário (Colômbia, Chile e Paraguai); Poder Executivo e Legislativo (Uruguai); Poder Legislativo e Judiciário (Equador); e Legislativo (Bolívia) (LAVOR, M.D.D. **A defesa do regime democrático como função do Ministério Público brasileiro**, *op. cit.*, pp. 56-7).

139 Nesse sentido, decisão da Suprema Corte do Canadá: "The gravity of the power to bring, manage and terminate prosecutions which lies at the heart of the Attorney General's role has given rise to an expectation that he or she will be in this respect fully independent from the political pressures or the government (...). It is a constitutional principle in this country that the Attorney General must act independently of partisan concerns when supervising prosecutorial decisions." (Krieger v. Law. Society of Alberta, [2002] 3 S.C.R. 372 at paras. 29-30, 168 C.C.C. (3d) 97, 217 D.L.R. (4th) 513, apud ROACH, Kent. Prosecutorial independence and accountability in terrorism prosecutions. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1646657>. Acesso em 29 mar. 2012".

140 Apesar de Claus Roxin (**Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**, *op. cit.*, p. 32) explicitar que a faculdade de determinação de ordens externas seja cuidadosamente manejada, não é possível confiar, puramente, na tradição, pois a legitimidade legal para a influência está presente nos textos.

maior efeito deletério, inclusive sob a ameaça externa de prejuízos com relação aos acessos orçamentários necessários à atuação ministerial.

Não se pode esperar que todos os integrantes desse processo tenham sempre comportamentos magnânimos quando as regras estão ali dispostas para legitimar intenções outras.

Afinal, os Estados devem assegurar que o Ministério Público exerça funções sem ingerência injustificada, de forma a privilegiar-lhe a autonomia em vista das necessidades sociais hoje reclamadas¹⁴¹. E isso principia pela Chefia, pois, mais uma vez, na lição de Cunha Rodrigues, está ela empenhada na “condução de uma grande orquestra”, pelo que o detentor de tal cargo pode apresentar-se com um forte poder de atuação, mas também convive com as condições de um juiz (e também de um Procurador da República) em início de sua carreira; sujeita-se à ascensão e ao declínio das grandes figuras; e é responsável por tornar mais responsável a atuação de cada um dos magistrados que dirige¹⁴².

7. REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Constituição Nacional da República Argentina, art. 120. Disponível em <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/ministerio.php>>. Acesso em 22 mar. 2012.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O Ministério Público no Brasil. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli (coords.). **O papel do Ministério Público: estudos comparados dos países latino-americanos**. Coimbra: Almedina S. A., 2008, p. 223-248.

BASTARRECHE BENGÓA, Tomás. **Constitución y Ministerio Público: Holanda, Italia y Espanha**. Pamplona: Thomson Reuters (Legal) Limited/Aranzadi S.A., 2011.

BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional de nº 31/2009. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/61418.pdf>>. Acesso em 23 abr. 2012.

_____. Proposta de Emenda Constitucional nº 189/2007. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=376952>>. Acesso em 23 abr. 2012.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARDOSO, Rui. Entrevista CM: Presidente do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. **Correio da Manhã**, Lisboa, 23 de abr. 2012, Sociedade, p. 18-9.

CARNEY, Gerard. Comment – the role of the Attorney-General. **Bond Law Review**, vol. 9: Iss. 1, article 1, 1997. Disponível em <<http://epublications.bond.edu>>.

141 “(...) In particular, it matters the extent to which prosecutors are insulated from political pressure and can assess the merits of criminal cases without a particular political agenda. Clearly, the possibility of capture by government interests is highest when the prosecutors belong to the executive branch and is minimal when the prosecutors belong to the judicial branch.” (GAROUPA, Nuno. The economics of Prosecutors. **Social Science Research Network Electronic Paper Collection**. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1928968>. Acesso em 26 de mai. de 2012).

142 RODRIGUES, J.N.C. **Em nome do povo**, *op. cit.*, pp. 25-6.

au/blr/vol9/iss1/1>. Acesso em 25 mar. 2012.

CARVALHO, Inês Seabra Henriques de. **Em defesa da legalidade democrática** - o estatuto constitucional do Ministério Público, Coleção Estudos sobre o Ministério Público. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. Lisboa: Minerva.

CLUNY, António Francisco. O Ministério Público e o Poder Judicial. **Cadernos da Revista do Ministério Público n° 06**. Ministério Público: Instrumento do Executivo ou órgão do Poder Judicial?, IV Congresso do Ministério Público, p. 37-55, 1994.

_____. Pensar o Ministério Público hoje. **Cadernos da Revista do Ministério Público**, n° 8. Lisboa: Edições Cosmos, 1997.

COSTA, Eduardo Maia. O modelo português do Ministério Público: autonomia e centralismo. **Revista do Ministério Público**, ano 16, n° 63, p. 151-157, jul/set 1995.

DECLARAÇÃO DE BORDÉUS. Disponível em <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE%282009%29OP12&Language=lanPortuguese&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FD864>>. Acesso em 30 mar. 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Autonomia e responsabilidade comunitária do Ministério Público: um equilíbrio difícil. *In: 25 Anos do Estatuto do Ministério Público* (sessão comemorativa), Procuradoria-Geral da República. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 71-85.

_____. **Direito Processual Penal**. 1º v. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia** - o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

_____. **Criminologia** - o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpressão).

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2001.

GARCIA, EMERSON. A autonomia do Ministério Público: entre o seu passado e o seu futuro. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25537>>. Acesso em 31 mai. 2012.

GAROUPA, Nuno. The economics of Prosecutors. **Social Science Research Network Electronic Paper Collection**. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1928968>. Acesso em 26 mai. 2012.

ITÁLIA. Art. 104 da Constituição Italiana. Disponível em <http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20%28a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano%29/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf>. Acesso em 07 mar. 2012.

_____. Art. 112 da Constituição Italiana. Disponível em <http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20%28a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano%29/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf>. Acesso em 07 mar. 2012.

JÚNIOR, José Jesus Cazetta. A independência funcional dos membros do Ministério Público e sua tríplice garantia constitucional. *In: Funções institucionais do Ministério Público*. ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antônio Franco (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 35-69.

KERCHE, Fábio. Agências responsáveis pela ação penal: um estudo comparativo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 54, p. 127-141, maio 2005.

_____. Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil. *In: Dados - Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 50, nº 2, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200002>. Acesso em 29 mar. 2012.

LAVOR, Miralda Dias Dourado de. **A defesa do regime democrático como função do Ministério Público brasileiro**. 2003. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005.

LIBERATI, Edmondo Bruti. O estatuto e a estrutura da magistratura italiana. **Revista do Ministério Público**, ano 19, nº 73, p. 85-98, jan/mar 1998.

LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel. **El Ministerio Fiscal español**. Madrid: Colex, 2001.

LÚCIO, Álvaro Laborinho. Discurso do Ministro da Justiça. **Cadernos da Revista do Ministério Público** nº 06 – Ministério Público: instrumento do Executivo ou órgão do Poder Judicial? IV Congresso do Ministério Público, p. 27-32, 1994.

MA, Yue. Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, nº 01. Modelos de Ministério Público. Brasília, p. 11-41, junho/2011.

MARÇALO, Paula. **Estatuto do Ministério Público anotado**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MARCHISIO, Adrián. O Ministério Público Federal na República Argentina. *In: Revista do Conselho Nacional do Ministério Público* nº 01. Modelos de Ministério Público. Brasília, junho/2011, p. 174-202.

MARQUES, Paulo Edson. A Chefia e a independência do Ministério Público. *In: Anais...* do VI Congresso Nacional do Ministério Público – Justiça e Constituinte, realizado em São Paulo, de 26 a 29 de junho de 1985. **Revista Justitia**, São Paulo, nº 47, vol. 131, p. 87-92, 1985, setembro (especial).

MAZZILLI, Hugo Nigro. A independência do Ministério Público. **Revista dos Tribunais**, 729/388, 1996, disponível em <<http://www.mazzilli.com.br/>>. Acesso em 23 mar. 2012.

MEDEIROS, Rui; MOUTINHO, José Lobo. O novo mapa judiciário perante o estatuto constitucional do Ministério Público. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. Lisboa. Parecer datado de 16 fev. 2009.

MESQUITA, Paulo Dá. **Processo Penal, prova e sistema judiciário**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, tomo III.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010 (Coleção a obra-prima de cada autor – 9).

MUHM, Raoul. Dependência do Ministério Público do Executivo na Alemanha. **Revista do Ministério Público**, ano 16, nº 61, p. 121-128, jan/mar 1995.

MUÑOZ CALVO, José Luis. La independencia del Ministerio Fiscal em España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal. **El Poder Judicial**. Dirección General de

lo Contencioso. Instituto de Estudos Fiscales. Vol. III. 1983.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2011

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal. Organização das Nações Unidas. Disponível em <http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf>. Acesso em 22 abr. 2012.

PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do estado democrático de direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PEREIRA, Rui. O domínio do inquérito pelo Ministério Público. *In Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut. PALMA, Maria Fernanda (coord.). Coimbra: Edições Almedina S.A, 2004, p. 119-133.

PERRODET, Antoinette. O acusador público. *In: DELMAS-MARTY, Mireille* (org.). **Processos Penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 433-480.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processos nº 268/09 e 287/09. Acórdão nº 305/2011. Disponível no sítio <<http://dre.pt/pdf2sdip/2011/08/147000000/3176031773.pdf>>, visualizado em 22 de abril de 2012.

RAPOSO, Amável. O Procurador-Geral: estatuto legal e projecção mediática. **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 709-729.

ROACH, Kent. Prosecutorial independence and accountability in terrorism prosecutions. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1646657>. Acesso em 29 mar. 2012.

RODRIGUES, José Narciso de Cunha. **Em nome do povo**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

_____. Sobre o modelo de hierarquia na organização do Ministério Público. **Revista do Ministério Público** nº 62, ano 16, p. 11-31, abr/jun 1996.

_____. Sobre o princípio da igualdade de armas. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano I, 1, p. 77-103, janeiro-março 1991.

ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**. 1ª ed. 1ª reimp. Santa Fé: Rubinzal/Culzoni, 2009.

SNOW, Thomas. Justice in the United States. **Cadernos da Revista do Ministério Público** nº 06. Ministério Público: instrumento do Executivo ou órgão do Poder Judicial? IV Congresso do Ministério Público, p. 135-145, 1994.

TRASSARD, Cédric. O Ministério Público em França. *In: DIAS, João Paulo Dias; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. O papel do Ministério Público: estudos comparados dos países latino-americanos*. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2008, p. 125-165.

**Publicado originalmente na Revista nº 50 out./dez. 2013, p. 209.*

APONTAMENTOS SOBRE O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES

SERGIO DEMORO HAMILTON*

Tema que se reveste de especial interesse para o Ministério Público e que nem sempre tem merecido a devida atenção por parte dos estudiosos do processo, o conflito de atribuições está a exigir exame cuidadoso, buscando dar-lhe polimento adequado, como convém aos diversos institutos processuais.

É o que pretendo empreender com a inquietude e o temor próprios dos iniciantes em matéria pouco explorada e por demais delicada.

Procurarei esboçar algumas idéias básicas, abrindo caminho, qual desbravador, para que outros, com mais engenho, desenvolvam melhor o assunto, trazendo sua contribuição no sentido do aperfeiçoamento de um instituto processual pouco estudado, mesmo pelos grandes sabedores do nosso processo.

Movido pelo espírito de pesquisa e com o natural receio do explorador ao penetrar em campo minado, é que me aventuro a estudar o problema.

Não raro, mesmo entre puristas, ouve-se dizer que o promotor X é “competente” para tal ou qual procedimento. O uso do vocábulo “competente”, em si, nada tem de incorreto se visto no seu sentido correntio, traduzindo a pessoa apta, sob o aspecto legal, para oficiar no feito. Contemplada a palavra no seu entendimento vulgar ou, ainda, no sentido que lhe empresta o direito administrativo nada se poderá objetar à designação “promotor competente”. Porém, para “quem traz em si o gosto esquisito dos estudos processuais”, para usar a frase cheia de espírito e de humor de **Eliézer Rosa**¹, mestre de todas as horas, a expressão padece de propriedade técnica. Competência, em processo, tem sentido próprio, sendo atributo específico dos juízes, pois só eles exercem jurisdição ordinária. Vista como medida ou limite da jurisdição, único significado possível que a palavra pode assumir em termos de processo, seu emprego fora da exata aceção constitui grave erroria.

Nosso Código de Processo Penal, que é pródigo em imprecisões técnicas, faz uso das palavras jurisdição e competência para designar atribuição exercida pelas autoridades policiais, (art. 4.º § único). O erro, aqui, reveste-se de especial gravidade, pois originário da própria lei.

Nesta ordem de idéias, os órgãos do Ministério Público dispõem de atribuição e, de consequência, o conflito que entre eles ocorrer será, sempre, de atribuições.

Já entre juízes poderá dar-se conflito de jurisdição ou conflito de competência. O primeiro ocorrerá entre unidades federadas ou entre a União e qualquer delas ao passo que o segundo se dará dentro de uma mesma jurisdição.

Há que distinguir naturezas diversas de conflito de atribuições. **Tornaghi**, ao tratar do tema, salienta que o conflito de atribuições “ocorre entre órgãos de poderes diferentes (Executivo, Legislativo e Judiciário)”², observando, ainda, que “em alguns países a solução dele é deferida a uma das seções do Conselho de Estado,

* Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

1 “Dicionário de Processo Penal”, pág. 38, “Editora Rio”, 1975.

2 “Compêndio de Processo Penal”, HÉLIO TORNAGHI, Tomo I, pág. 363, “José Konfino”, Editor, 1976.

composta de membros de todos os poderes”³. E conclui: “entre nós a Constituição é lacunosa a respeito”⁴. Desde logo, uma observação se impõe ao ensinamento do grande processualista: a Constituição Federal previu, expressamente, os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União ou entre autoridades judiciárias de um Estado e as administrativas de outro, ou do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre as destes e as da União”, dando competência ao Pretório Maior para processar e julgar originariamente tais conflitos (art. 119, I, “f”). Nesse ponto a Emenda n.º 1 de 1969 manteve dispositivo idêntico ao da Constituição de 1967 (art. 114, I, “f”). Portanto, pelo menos no tocante a conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias, bem como no surgido entre as administrativas, a Constituição cogitou, expressamente, da matéria, fato que levou Pontes de Miranda a acentuar que se tratava de explicitação feliz do texto Constitucional pois que “a regra jurídica de competência originária do Supremo Tribunal Federal torna mais eficiente a segurança jurídica, principalmente por se referir a qualquer conflito de atribuição”⁵.

Não é a propósito do conflito de atribuições excogitado na Constituição Federal que pretendo empreender análise, mesmo porque ali estão em jogo autoridades. Já o Código de Processo Penal vigente reservou à palavra autoridade um sentido estrito e especial. Para a nossa lei processual autoridade são a policial e a judiciária. O Ministério Público, no Código, vem tratado como parte (principal ou secundária) ou como fiscal da lei (art. 257), ao passo que a Lei Maior, como ficou visto, trata do conflito entre autoridades. Aqui se dará relevo ao conflito de atribuições de natureza administrativa de que se ocupava a antiga lei orgânica do Ministério Público do ex-Distrito Federal (Lei 3.434, de 20-7-58), revigorada, em parte, pelo Decreto-Lei 11/75, que rege, atualmente, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. É que, dali, como pretendo demonstrar, podem advir conseqüências de natureza processual.

Matéria de índole tipicamente processual, é estranhável que o nosso Código dela não se tenha ocupado, ficando o tema relegado para leis orgânicas estaduais de regulamentação da atividade do Ministério Público, pois os reflexos da decisão do conflito de atribuições, como será visto, nem sempre se encerram na esfera puramente administrativa mas podem interferir com a competência dos juízes, criando uma zona cinzenta que está a exigir tratamento processual adequado.

É bom repisar: o assunto, por sua natureza, precisa receber tratamento legislativo conveniente, merecendo ser inserido no Código de Processo Penal. Para o problema não atentou, igualmente, o eminente Professor **José Frederico Marques** no seu precioso anteprojeto, sem dúvida muito superior, em vários aspectos, ao atual Código.

Posta a questão em tais termos, cumpre estudar, diante do quadro atual, os diversos ângulos em que o tema pode apresentar-se, em face da omissão da lei processual.

Costuma-se afirmar que o conflito de atribuições dá-se, somente, na fase pré-processual. O dito não merece fé. É, certo que as questões mais interessantes de natureza processual (não somente administrativas, frise-se ainda uma vez mais) podem surgir nesta fase do procedimento. O conflito de atribuições, como pretendo evidenciar, poderá ocorrer, da mesma forma, na fase processual assim como na de execução da pena ou da medida de segurança.

3 in op. cit., Tomo I, pág. 363

4 in op. cit., Tomo I, pág. 363.

5 “Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.º 1, de 1969, Tomo IV, pág. 35, n.º 16, “Editora Revista dos Tribunais”, 2.ª edição, setembro de 1970.

Veja-se, por primeiro, o conflito nascido antes da propositura da ação penal, fase em que, de comum, a questão é suscitada. Sem alimentar a pretensão de esgotar todas as hipóteses possíveis, buscarei trazer à colação algumas situações que, então, podem surgir, oferecendo, do mesmo passo, as soluções que me parecem acertadas. A primeira situação que se apresenta é a do conflito de atribuições puro, isto é, sem qualquer reflexo na esfera processual. O incidente começa e acaba no âmbito estrito da decisão do Procurador Geral. Dois promotores afirmam ou negam atribuições para oficiar em determinado procedimento. No primeiro caso o conflito é positivo; no segundo negativo. Formule-se, como exemplo, o seguinte caso: em determinado inquérito, distribuído à 18.^a Vara Criminal, o Procurador-Geral designou, através de Portaria, o Promotor X para acompanhar o procedimento na fase policial. Concluída a investigação policial e apresentado o relatório, os autos são remetidos a Juízo onde o Promotor Y, ali em exercício, requer a remessa dos autos ao órgão do Ministério Público designado para acompanhar o inquérito. O primeiro promotor, ou seja, o Promotor X recusa atribuição, salientando que, nos limites da Portaria, sua atividade cessara com a remessa dos autos a Juízo devidamente relatados. Em consequência, a atribuição para a eventual propositura da ação penal deve ficar a cargo do promotor em exercício perante o Juízo. No caso, como de fácil observação, estamos diante de um conflito negativo de atribuições, que teve como suscitante o Promotor “X” e suscitado o Promotor “Y”. A solução a respeito da dissensão funcional dos promotores só pode ser uma: a atribuição para oficiar no feito será do promotor em exercício, tendo em conta os termos da Portaria do Procurador-Geral. O caso, como de averiguação tranqüila, não apresenta maior dificuldade⁶.

Esta hipótese, por demais singela, pode ocorrer tanto na fase processual como na de execução penal, *mutatis mutandis*, evidentemente. Pode dar-se não só em sede penal como também em sede civil. Repita-se, porém, que, em regra, ela tem lugar em sede penal e na fase pré-processual.

Ficou dito que, no caso examinado, não há repercussão na esfera processual, já que a questão tem início e encontra deslinde no campo de atribuição exclusiva do Ministério Público. O problema pode surgir, no entanto, se, em se tratando de conflito negativo, o juiz, ignorando o conflito e exorbitando da sua competência, nomear promotor *ad hoc* para oficiar no feito. Então, só restará ao órgão do Ministério Público reclamar contra a decisão, já que, aí, estaria o magistrado prolatando decisão manifestamente nula em face da inconstitucionalidade da figura do promotor *ad hoc*⁷. Não cabe, igualmente, ao juiz nomear um terceiro promotor, integrante do *parquet*, mas tão somente, aguardar a decisão do Procurador-Geral, sustando, até lá, o andamento do feito.

O problema assume especial delicadeza quando, antes da propositura da ação penal, surge dissenso entre juiz e promotor a respeito da *opinio delicti*, envolvendo, eventualmente, questão de competência de foro ou de juiz.

Nesse sentido convém registrar importante decisão do antigo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, onde resultou assinalado que não podem as autoridades judiciárias corrigir, liminarmente, a classificação ou definição jurídica do fato apresentada pelo Ministério Público nem rejeitar a denúncia sob o fundamento de

⁶ Assim decidiu o Exmo. Sr. Procurador-Geral da Justiça, Professor CLÓVIS PAULO DA ROCHA, o conflito de atribuições suscitado no inquérito n.º 28.667 da 18.^a Vara Criminal. (Processo 19/00976/72 da Procuradoria Geral da Justiça). O conflito teve como suscitante o 13.^o Promotor Público e como suscitado o 30.^o Promotor Substituto.

⁷ “De nulidade da nomeação de promotor *ad hoc* por juiz de direito”, Dr. FLÁVIO RODRIGUES SILVA, Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Tese apresentada no 2.^o Congresso Fluminense do Ministério Público de 20 a 24 de novembro de 1968, Teresópolis, 1971, págs. 296/306.

erro na classificação feita (arts. 41, 383 e 384 do C.P.P.). Com base na classificação ou definição jurídica do fato apresentado pelo Ministério Público é que os juízes terão de apreciar a própria competência⁸. De outra feita, resultou assentado o seguinte:

“Uma vez que, segundo o dr. procurador-geral, se configura delito culposo e não mera contravenção, tal parecer constitui instrução para o órgão do Ministério Público na Vara Criminal a que foi distribuído, devendo para ali ser encaminhado o processo”⁹.

Averbe-se, por oportuno, que, nos casos citados, não se tratava de divergência surgida entre Promotores, mas entre o órgão do Ministério Público e a autoridade judiciária antes ou no momento da propositura da ação.

É bem de ver que o art. 109 da lei processual penal estabelece que, se em qualquer fase do **processo** o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, deverá declará-lo nos autos, haja ou não alegação da parte, não se tornando necessário aguardar a fase final do feito para dar-se por incompetente.

A lei, que não usa as palavras em vão, aplicou, com acerto, o vocábulo **processo**, pois que, aí, havendo ação, cabe ao juiz decidir, como de direito, a respeito da competência. O conflito que, então, surgir será, conforme o caso, de competência ou de jurisdição com outro juízo. Nada obstará, porém, que, antes, qualquer das partes recorra, no sentido estrito, da decisão que concluir pela incompetência. (art. 581, II do C.P.P.).

Aqui, na fase processual, o Ministério Público, só poderá fazer uso do recurso cabível, (art. 581, II do C.P.P.) ao contrário do que se dá no momento que antecede a propositura da ação, onde lhe compete examinar as condições da ação, os pressupostos processuais (entre os quais se inclui a competência), o aspecto formal da inicial e, evidentemente, as questões de direito material relacionadas com a classificação da infração penal.

A ele, Ministério Público, incumbe decidir onde e como deve apresentar a demanda.

Ficou visto que a *opinio delicti*, nesta fase, pode apresentar reflexos na competência de foro ou de juiz. Basta lembrar os exemplos citados, extraídos do repertório da jurisprudência (Cf. citados 8 e 9). Ocorreu, naqueles casos, igualmente, conflito de atribuições *sui generis* entre o Estado-Administração e o Estado-Juiz, decorrente da divergência surgida entre ambos. Há, porém, uma particularidade: é que o conflito não se operou entre autoridades mas entre parte e autoridade, partindo do princípio de que esta não pode impor àquela a maneira como deve ser posta a demanda.

Havendo processo, como já assinalado, tudo muda de figura, resolvendo-se o problema da forma acima vista.

Satisfeitas que estejam as condições da ação (art. 43 do Código de Processo Penal) só resta ao juiz receber a inicial.

⁸ Acórdão da 2.^a Cam. Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 13 de setembro de 1951, no conflito de jurisdição n.º 469, relator o desembargador MÁRIO GUIMARÃES FERNANDES PINHEIRO, *Diário de Justiça de 28 de agosto de 1952*, pág. 4068, apud “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, volume II, n.º 275, pág. 343, “Editor Borsoi”, Rio de Janeiro, 1965.
⁹ in op. cit., volume II, n.º 275, pág. 343.

As questões de competência ou de jurisdição após surgirem, resolvem-se através da iniciativa do próprio juiz (art. 109), agindo de ofício, por defesa indireta através da exceção processual própria (art. 95, II) ou, ainda, pelo uso do conflito de competência ou de jurisdição (art. 113).

Chego, agora, ao ponto crítico do problema, onde, no meu entender se penetra em zona pouco nítida, já que competência e atribuição se interpenetram: impondo-se a prevalência da primeira, sem prejuízo da interposição do recurso cabível por parte do Ministério Público.

Ficou assentado, até aqui, que a questão relacionada com a *opinio delicti* no momento que antecede o oferecimento da denúncia é privativa do Ministério Público, podendo o juiz, se pretender emendá-la, proceder na forma dos arts. 383 e 384 da lei processual. Resultou exposto, do mesmo passo, que, às vezes, em face da posição assumida pelo órgão da acusação, haverá conseqüência, pelo menos imediata, na fixação da competência. Afirmou-se, outrossim, não ser verdadeira a alegação de que é o momento em que o conflito ocorre que o caracteriza mas sim a natureza das questões em jogo.

Pois bem, cumpre, agora, demonstrá-lo, trazendo à liça exemplo que ainda não me foi dado apreciar na prática mas que, eventualmente, pode ocorrer. Ponha-se o caso seguinte: na fase pré-processual surge, entre Promotores, conflito a respeito da *opinio delicti*, apresentando conseqüências na competência para apreciação do feito. Acontece, porém, que, em um dos procedimentos, um dos juízes já praticou ato de processo através da concessão de fiança ou de decretação da prisão preventiva do indiciado ou quejandas, definindo, destarte, sua competência.

Quid iuris em tal caso?

Já aí, em meu pensar, não mais se poderá falar em conflito de atribuições, pois a prática daqueles atos previnirá a competência do juiz respectivo. O conflito a ser suscitado, em tal hipótese, só poderá ser o de competência ou o de jurisdição, conforme o caso.

Observa-se, pois, a assertiva da afirmação no sentido que não é, necessariamente, o momento em que o conflito se dá que define sua natureza mas sim as questões processuais que giram em torno do problema.

Havendo ação penal, a divergência que, então, surgir entre magistrado e o órgão do Ministério Público a respeito da *opinio delicti* se resolverá por aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal. O dissentimento poderá surgir no momento em que o juiz, chamado a sentenciar, mandar os autos com vista ao Ministério Público para fim de aditamento (art. 384 § único C.P.P.). É evidente que o órgão do Ministério Público não está obrigado a fazê-lo se entender incabível a acusação mais grave.

Ponha-se às claras a questão com o seguinte exemplo tirado de caso concreto que se passou em nosso foro: o promotor, em finais, pediu a absolvição do réu. O juiz, discordando, mandou os autos com vista ao Ministério Público para aditamento de denúncia. O promotor, como é óbvio, coerente com o seu ponto de vista, sustentado nas suas fundamentadas alegações finais, recusou-se a aditar a inicial mas alvitrou a solução da aplicação, por analogia, da regra contida no art. 28 da lei processual penal. A sugestão resultou aceita, ensejando manifestação do Procurador-Geral a respeito da matéria, sustentando como correta a posição assumida pelo promotor. Em face da decisão do Procurador-Geral poderia o juiz condenar o réu? A resposta afirmativa

decorre de imposição legal (art. 385 do C.P.P.). Porém, só poderá fazê-lo nos limites do pedido, pena de violar o princípio *ne procedat iudex ultra petitum*, informador da jurisdição penal, derivado das próprias garantias do sistema acusatório.

Como preleciona o sábio **José Frederico Marques**, “uma vez que não mais existe, entre nós, o juiz inquisitivo, cumpre à acusação delimitar a área de incidência da jurisdição penal e também movimentá-la através da propositura de ação penal”¹⁰. Ora, o aditamento nada mais é que uma inicial acrescida, tanto que deve ser recebido, embora a nossa bisonha legislação processual penal não se tenha ocupado da sua regulamentação.

É que o aditamento está ligado ao “poder de ação”¹¹, próprio do Estado-Administração, de que o Ministério Público é órgão, ao passo que o juiz exerce o “poder jurisdicional”¹², na dependência da iniciativa das partes.

No caso examinado não se pode ver um conflito de atribuição puro, pois não se encontrava em questão assunto de atribuição funcional, mas sim matéria processual envolvendo a parte (acusação) e o juiz (autoridade), órgãos de poderes diversos.

Toda esta construção analógica, que vejo em julgados antigos¹³, decorre de indesculpável omissão da lei processual, que, consagrando, pelo menos em palavras, o sistema acusatório, deixou de tratar, como se impunha, do conflito de atribuições, quer na fase pré-processual quer no decurso da ação penal.

O próprio rito a ser seguido em caso de conflito de atribuições apresentaria simplicidade. Se negativo dar-se-ia nos próprios autos do procedimento, com suspensão do andamento do inquérito ou do processo. Se positivo tomaria a forma de representação dirigida ao Procurador-Geral pelos órgãos do Ministério Público conflitantes, podendo o juiz suspender ou não o andamento do feito se já iniciada a ação penal. Em se tratando de conflito surgido entre as autoridades judiciárias e o Ministério Público, evidentemente que o incidente se resolveria nos próprios autos com suspensão da causa.

No momento em que está para surgir um novo Código de Processo Penal, é de esperar-se que a nova lei dê ao assunto o relevo devido, emprestando solução técnica para uma questão processual até hoje descuidada pelo legislador.

Fica como sugestão de um modesto artesão do processo.

**Publicado originalmente na Revista nº 3 jan./jun. 1976, p. 43.*

10 “Elementos de Direito Processual Penal”, volume I, n.º 100, pág. 191, “Forense”, Rio-São Paulo, 1.ª edição – 1961.

11 “Processo Penal”, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, volume I, pág. 326, “Edição Jalovi”, Bauru, São Paulo, 1972.

12 in op. cit., volume I, pág. 326.

13 in op. cit., volume II, n.º 275, págs. 342 e 344.

A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO POR ATO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL¹

WALBERTO FERNANDES DE LIMA*

“...todo dever tem sua razão e limite na utilidade social e não pode deixar de ser, portanto, relativo. A noção de dever do silêncio é tudo quanto há de menos absoluto.”

NELSON HUNGRIA²

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos gerais. 3. A normatização do sigilo bancário (Lei nº 4.595/64). 4. O sigilo bancário e a Constituição Federal de 1988. 5. O artigo 26 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. 6. Sigilo Bancário e a Lei Orgânica do Ministério Público da União. 7. A responsabilidade pelo membro do Ministério Público na quebra do sigilo bancário por ato próprio. 8. Conclusão. 9. Conclusões submetidas à discussão e votação pela Comissão de Trabalho e Plenário do XIV Encontro Estadual do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1. Introdução

O que nos levou a refletir acerca deste tema foi, sem dúvida, a dificuldade outrora imposta ao membro do Ministério Público, atuante principalmente na área criminal, em coletar o mínimo de provas para a formação de sua *opinio delicti* e assim dar início a uma ação penal em delitos cuja criação da mente humana sempre exigiu do Promotor de Justiça uma maior mobilidade, consistente esta, muitas das vezes, numa pesquisa aprofundada de dados bancários ou financeiros, fonte de prova em que sempre resvalou, e aí se viu forçado a estagnar, sendo então obrigado a recorrer ao Poder Judiciário para obtenção de ditas informações, carente que era de uma autorização legal para caminhar na busca de elementos de convicção por força própria.

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, tornou-se difícil a convivência com uma normatização infraconstitucional, neste particular ultrapassada, que não acompanhou a magnanimidade da evolução do Ministério Público, hoje erigido constitucionalmente como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a quem se incumbiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e que por tais razões não poderia ter a sua atividade embaraçada por uma legislação que foi fruto de um período de autoritarismo.

* Walberto Fernandes de Lima é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro - Titular da 12ª Promotoria de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos - Comarca da Capital.

1 Tese aprovada por unanimidade no XIV Encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e premiada em 1º lugar como a melhor da área penal.

2 RT, vol. 99, p. 297.

Como apropriadamente acentuou Marcio Luis Chila Freveslebem³: “... Se toda prova colhida no inquérito se destina ao Ministério Público, pois que detém a palavra final sobre a propositura ou não da ação penal pública, torna-se imprescindível um maior comprometimento do Promotor de Justiça com a investigação criminal.”

Neste contexto, o necessário comprometimento do Promotor de Justiça com a investigação criminal, apto a definir o ajuizamento ou não de uma ação penal, somente seria viável mediante o acesso às informações tidas como sigilosas.

2. Aspectos gerais

Acerca das raízes do sigilo bancário, merece realce o magistério de ESTEBÀN COTTELY, citado por Álvaro Mello Filho⁴, onde em sua preleção destaca que a primeira instituição bancária no sentido moderno foi o Banco de São Jorge, que teve sua origem nos anos de 1147-1148, e que impunha o dever de segredo a seus empregados, os quais deviam jurar e conservar em sigilo tudo o que soubessem a respeito dos atos e documentos da instituição e de seus clientes.

Com a transformação progressiva das normas jurídicas chegou-se à idéia de que a proteção das informações bancárias do cidadão, traduzida no sigilo, importaria, em verdade, na tutela de um direito subjetivo constitucional consolidado no direito à intimidade.

Neste sentido, somos partidários do pensamento de que o legítimo direito do cidadão não repousa no sigilo como um ato isolado e insuperável, e sim na privacidade como consequência de condutas lícitas, as quais, se revestidas de legalidade, gozarão da proteção constitucional inserta no inciso X, do artigo 5º da vigente Carta Magna.

Assim entendido, não há como negar-se que a Constituição Federal de 1988 procurou garantir a intimidade do cidadão, inserindo-a no capítulo destinado à preservação dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Todavia, é necessário frisar-se que este direito à intimidade, no que se refere ao dever do sigilo bancário, não é, nem poderia ser absoluto, posto que sempre lhe será exigível curvar-se a um interesse maior quando este disser respeito à coletividade. É o secular princípio de que o interesse público sempre se sobrepõe ao interesse particular.

3. A normatização do sigilo bancário (Lei nº 4.595/64)

Com lastro neste raciocínio, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que traçou a coluna vertebral do sigilo bancário, se preocupou em criar-lhe freios, delineando para aquela época uma forma para sua existência, onde as ressalvas à regra do segredo evidenciavam desde logo que este não tinha sua origem para ocultar fatos, cuidando de deixar evidente que a publicização destes fatos é que recobria tais revelações de um caráter de excepcionalidade.

Com efeito, reza o artigo 38 da Lei nº 4.595/64:

“Art. 38 - As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

³ “O Ministério Público e a Polícia Judiciária”, *Controle Externo da Atividade Policial*, Editora Del Rey, p. 82.

⁴ “Dimensões jurídicas do sigilo bancário”, *Revista Forense*, vol. 287, p. 467.

§ 1º - As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 3º - As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (artigo 53 da Constituição Federal e Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil.

§ 5º - Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.”

Destarte, as instituições financeiras se viram obrigadas a conservar o sigilo em suas operações, somente lhes sendo lícito prestar informações acerca das contas e dados de seus clientes nas hipóteses previstas no citado dispositivo legal.

Como bem pode notar-se, o legislador da época não incluiu o Ministério Público dentre aqueles entes que, por exceção, estavam autorizados a promover a quebra do sigilo bancário.

Contudo, na legislatura seguinte, através do § 2º do artigo 4º da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, que disciplinou o mercado de capitais, restou determinado que os referidos dados seriam encaminhados ao *Parquet* quando através dos mesmos o Banco Central tomasse conhecimento de crime a ser perseguido por ação penal pública.

“Art. 4º

§ 2º - Quando, no exercício das suas atribuições, o Banco Central tomar conhecimento de crime definido em lei como de ação pública, oficiará ao Ministério Público para instalação de inquérito policial.”

Contraditoriamente, não desejou o legislador incluir o *Parquet* dentre aqueles entes investidos de autoridade para quebra do sigilo bancário, porém, logo a seguir, admitiu por lei que esta Instituição se constituía no repositório das provas coligidas, a quem as mesmas seriam entregues para a propositura de uma ação penal, revelando, assim, ao órgão ministerial, informações que até então lhe eram sigilosas.

Fazia-se então presente a seguinte situação:

a) num primeiro momento, a possibilidade de quebra de sigilo pelo Poder Judiciário, função que na raiz lhe seria atípica, visto que pelo princípio da imparcialidade, tal órgão, que é constitucionalmente inerte, participaria da fase pré-processual e investigatória;

b) em segundo plano, tinha-se a autorização de quebra do sigilo pelo Poder Legislativo, através das Comissões Parlamentares de Inquérito onde, uma vez concluído o procedimento, o mesmo seria remetido ao Ministério Público para as providências cabíveis;

c) por fim, seria ainda possível o rompimento do sigilo por agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados, ou seja, agentes administrativos, quando existisse processo instaurado, o que equivale dizer, órgãos auxiliares de um processo, cuja deflagração, via de regra, pertencia ao Ministério Público.

Delineado este quadro, nele somente não se inseriu o órgão do Ministério Público (Estado-Administração), o qual, justamente, se erigia como elo de ligação entre os fatos formadores do conjunto probatório - por ser parte legítima para propositura de uma ação penal - e a prestação da tutela jurisdicional (Estado-Juiz).

Com o advento da Lei Complementar nº 40/81⁵, conferiu o legislador ao Ministério Público o poder de requisição de diligências e documentos, subtraindo-lhe, todavia, de forma expressa, a prerrogativa de exercer tal poder nos casos em que a lei resguardasse o direito ao sigilo.

Eis o que registrava o referido dispositivo do texto legal:

“Art. 15 - São atribuições dos membros do Ministério Público:

I - promover diligências e requisitar documentos, certidões e informações de qualquer repartição pública ou órgão federal, estadual ou municipal, da administração direta ou indireta, *ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional, podendo dirigir-se diretamente a qualquer autoridade.*” (grifamos)

Nada obstante, com o crescimento acelerado da macrocriminalidade e do crime organizado, o legislador teve que mitigar o dever do sigilo, pelo que, ao editar a Lei 7.492/86 (que definiu os Crimes contra o Sistema Financeiro - reafirmando aquelas prerrogativas insertas na Lei Complementar nº 40/81 de requisitar diligências, informações e documentos) inovou no sentido de que, nos crimes previstos no referido texto legal, seria cabível ao Ministério Público Federal a quebra do sigilo bancário por ato próprio, independentemente de qualquer requerimento ao Poder Judiciário.

Dispõe o texto:

“Art. 29 - O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar a qualquer autoridade informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta lei.

Parágrafo único - O sigilo dos serviços e operações financeiras não podem ser invocados como óbice ao atendimento da requisição prevista no *caput* deste artigo.”

⁵ Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, publicada no D.O.U. de 15.12.81. Estabeleceu normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual (revogadas pela Lei nº 8.625/93).

4. O sigilo bancário e a Constituição Federal de 1988

Promulgada a Carta Constitucional de 1988, o Ministério Público se afigurou, sem que possa contestar-se, como a Instituição que mais se modernizou, vindo a se apresentar à sociedade como seu legítimo defensor.

Sendo assim, a Carta Constitucional insculpiu em seu artigo 129, inciso VI:

“Artigo 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

.....
VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.”

Instada a se manifestar, já que oficiada pela 1ª Central de Inquéritos, em razão de uma instituição bancária ter se negado a fornecer extratos de Caderneta de Poupança para instruir um inquérito policial, a Assessoria de Direito Público da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro firmou sua posição acerca da interpretação do mencionado dispositivo constitucional.

Na oportunidade, sustentou-se em parecer⁶ que a Carta Magna entregou à lei a criação das normas regentes da requisição de documentos, e sendo a atual restritiva (Lei Complementar nº 40/81, artigo 15, inciso I), esta se constituiria no balizamento de atuação do *Parquet*, até que nova legislação viesse a ser editada.

Desta maneira, restou redigido o seguinte:

“...Verifica-se *in casu* a incidência do fenômeno da *recepção*. A nova Constituição atribuiu à Lei o estabelecimento das normas disciplinadoras da requisição de documentos. Ora, a norma vigente é restritiva, averbe-se, *inconvenientemente restritiva*, porém é o parâmetro de atuação do *Parquet* que deve ser respeitado. Se há proibição de requisição de documentos que violem o sigilo bancário diretamente pelo Ministério Público, somente lhe resta, até que a nova Lei venha a ser editada, proceder de tal forma.”

Em síntese, entenderam os ilustres pareceristas que o citado dispositivo da Constituição Federal se configurava numa norma constitucional de eficácia contida, quer dizer, regra de aplicação direta e imediata, cuja eficácia poderia ser reduzida ou restringida nos casos e na forma que a lei assim estabelecesse.

Neste caso, a norma reguladora do aludido comando constitucional seria aquela de caráter restritivo inserta no artigo 15, inciso I da Lei Complementar nº 40/81, frise-se, como muito bem acentuado no parecer, “*inconvenientemente restritiva*”, porém aplicável, visto que a nova Carta Magna recepcionou os instrumentos normativos anteriores até que nova lei tivesse a sua edição.

Admitida esta regra de hermenêutica, ainda assim fazia-se presente uma situação incoerente, posto que era mantido ao *Parquet* o limite do segredo quando a Lei Maior, 6 Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Assessoria de Direito Público, Processo E - 15/5186/92, de 27 de julho de 1992.

através do § 3º do artigo 58, incumbiu às Comissões Parlamentares de Inquérito de lhe remeterem as suas conclusões para que, se assim fosse do seu entendimento, promovesse a responsabilidade civil ou criminal dos infratores, dispositivo que, *mutatis mutandis*, foi repetido na Constituição do Estado do Rio de Janeiro (artigo 109, § 3º, CF).

Estabeleceu a Constituição Federal:

“ Art. 58

§ 3º. As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

Ora, se anteriormente à propositura da ação penal não existia para o *Parquet* a barreira do sigilo, em razão de receber do Legislativo todas as informações objeto de segredo, pareceu-nos claro que não poderia perdurar uma situação legal em que se mantivesse ao Ministério Público, como regra geral, o obstáculo do sigilo bancário por ter sido do desejo do Constituinte permitir à Instituição o contato com estes dados antes da instauração de um processo.

Destarte, entendíamos que uma nova legislação, ainda que no âmbito institucional, deveria ser logo elaborada no sentido de ampliar ao *Parquet* estadual o acesso por ato próprio aos dados bancários ou financeiros, de modo que assim pudesse exercer plenamente, e com a celeridade exigível, a grandeza de seu *munus*, sendo que a futura legislação infraconstitucional consagraria a interpretação do sistema como um todo, na exata forma em que foi positivado na Carta Magna, findando por enfatizar os princípios valorizados pelo Constituinte em relação ao Ministério Público, em especial, a liberdade de atuação na obtenção da prova principalmente na fase pré-processual (artigo 129, inc. VI, VII e VIII, da CF/88).

Afirmamos no parágrafo anterior que uma nova legislação deveria vir para ampliar o acesso do *Parquet* aos dados financeiros ou bancários, porque a nível de Ministério Público Estadual a quebra do sigilo já era permitida a este pela avançada legislação menorista.

Conforme o disposto no artigo 201, inciso VI, alíneas b e c da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - passou a ser função do Promotor de Justiça, com atribuição junto à Justiça da Infância e da Juventude, requisitar informações e documentos às entidades públicas ou privadas, mesmo nas hipóteses de sigilo, tendo ainda o § 4º estabelecido a responsabilização do órgão ministerial pelo uso indevido destes dados sigilosos.

“ Art. 201 - Compete ao Ministério Público:

.....

VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los:

.....

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas;

.....

§ 4º - O representante do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, nas hipóteses legais de sigilo;”

Cumpre salientar que esta possibilidade de quebra do sigilo bancário pelo membro do *Parquet* Estadual ficou limitada aos casos em que tais dados dissessem respeito exclusivamente a menores, exatamente por vir prevista no seio de uma legislação específica que textualmente condicionou a sua aplicação às hipóteses relacionadas à criança e ao adolescente.

“Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”

5. O artigo 26 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993

Com a edição da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que dispôs sobre as normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados⁷, encontra-se superada qualquer controvérsia acerca do poder de requisição por membro do Ministério Público dos Estados que importe na quebra de qualquer sigilo como regra geral, ante o que ficou consagrado no artigo 26 do aludido texto legal.

“CAPÍTULO IV DAS FUNÇÕES DOS ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO SEÇÃO I DAS FUNÇÕES GERAIS

.....

Art. 26 - No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:
I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

.....

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

⁷ Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, publicada no D.O. da União, de 15.02.93, Seção I, pp. 1997/2004.

.....
II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir os procedimentos ou processo em que officie;
.....

§ 2º - O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, *inclusive nas hipóteses legais de sigilo.*" (grifamos)

Conforme consta do inciso II do artigo 26 da LONMP, qualquer membro do Ministério Público, vale dizer, qualquer Promotor de Justiça no âmbito de suas atribuições, poderá requisitar diretamente informações ou documentos às entidades privadas, bancárias ou financeiras, para instruir procedimento ou processo em que esteja trabalhando.

Com este dispositivo, logrou-se aparelhar legalmente o Ministério Público para requisitar extratos ou saldos bancários, contratos de abertura de contas, financiamentos, empréstimos ou qualquer outra operação bancária ou financeira, até mesmo um simples cartão de autógrafos, que muita das vezes requisitado pelo *Parquet* no curso de um inquérito policial para realização do exame grafotécnico era recusado pelas instituições bancárias, as quais se escudavam na alegação da quebra do sigilo bancário.

Vale ressaltar que esta possibilidade de quebra do sigilo veio registrada na parte final do § 2º do artigo 26, pois, a exemplo da legislação menorista, se a lei admitiu a responsabilização do membro do Ministério Público pelo uso indevido das informações ou documentos obtidos, inclusive nas hipóteses legais de sigilo, é porque este, naturalmente, adquiriu o poder de requisitar tais dados tornando-se assim responsável pelo seu uso inadequado.

Apesar do novel texto legal ser de uma clareza indiscutível, não tardou a surgir uma instituição bancária preocupada em interpretar o dito comando normativo na forma de seu peculiar interesse.

Desta sorte, em razão de ter sido instaurado inquérito policial para apurar possível fato-crime de corrupção passiva por parte de policiais civis, o Promotor de Justiça em exercício junto à 17ª Promotoria de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro requisitou a determinado banco extrato completo e detalhado da conta corrente do então indiciado, sendo que a referida instituição bancária se negou a prestar as informações exigidas.

Com o fim de amparar judicialmente a sua descabida pretensão, a renitente instituição impetrou uma ordem de *HABEAS-CORPUS* PREVENTIVO junto à 3ª Câmara Criminal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cujos argumentos, em síntese, situaram-se na interpretação de que, face o artigo 192 da Constituição Federal exigir lei complementar para organizar o Sistema Financeiro Nacional, a Lei nº 4.595/64, que abordou anteriormente a matéria, foi recepcionada como lei complementar pelo ordenamento constitucional vigente.

Sendo assim, concluiu o Impetrante que o comando normativo infraconstitucional em tela, por vir corporificado no bojo de uma legislação ordinária (Lei nº 8.625/93) seria hierarquicamente inferior, portanto, inepto a derogar o artigo 38 da Lei 4.595/64, hoje com foro de lei complementar.

Prestadas as informações pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro através da Coordenadoria das Centrais de Inquéritos, tratou o *Parquet* Fluminense de espancar esta teratológica interpretação ao colocar, com êxito, que a problemática do sigilo bancário, suas dimensões e limitações, nada tinha a ver com a organização do Sistema Financeiro, sendo, sim, matéria atinente à privacidade, à vida privada dos indivíduos, com a respectiva garantia constitucional dentre os direitos e garantias individuais fundamentais (como por nós salientado no início deste trabalho).

Sustentou por fim a Coordenadoria, com não rara acuidade que o artigo 38 da Lei 4.595/64, embora topograficamente inserido neste diploma legal, não constituía dispositivo atinente à organização do Sistema Financeiro e por esta razão poderia ser modificado por lei ordinária, visto não existir hierarquia formal entre lei complementar e ordinária, mas apenas campos materiais diversos, pelo que, não estando o sigilo bancário abrangido em dito campo material reservado à lei complementar, poderia ser, como efetivamente o foi, disciplinado em lei ordinária.

Em pioneiro acórdão acerca do tema, visto que tratou exclusivamente da aplicação do artigo 26 da Lei nº 8.625/93, os Exm^{os}. Srs. Desembargadores integrantes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁸ decidiram de forma unânime, ao apreciarem o mérito da mencionada ordem de *Habeas-Corpus*, não ser correta a alegação de que a Lei nº 4.595/64 teria se convertido em complementar com o advento da Constituição Federal.

Reconheceu ainda a Corte Superior Fluminense que o Ministério Público Estadual tem por si o artigo 26, inciso II, e § 2º, da Lei nº 8.625, de 12.2.93, que lhe permite a requisição de informações e documentos a entidades privadas para instruir procedimentos ou processos em que officie, inclusive nas hipóteses legais de sigilo, ficando responsável pelo uso indevido do material recebido, inexistindo, portanto, qualquer ofensa à Carta Magna.

Conforme destacado por Márcio Luis Chila Freyesleben⁹, em decisão semelhante do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, também ficou reconhecido ao Ministério Público dos Estados o poder de requisitar informações que antes não lhe eram acessíveis diante da barreira do sigilo bancário.

“A Constituição Federal alterou a Lei nº 4.595/64, ampliando as funções do Ministério Público, derogados os dispositivos que o impediam de agir com liberdade na defesa dos interesses sociais.

É defeso às instituições financeiras negar informações ao Ministério Público sob a alegação de sigilo bancário, respondendo o promotor em havendo uso indevido do material requisitado.”

Vale a reprodução de parte do voto do relator, Exm^o Juiz Francisco Brito:

“Estas atribuições - as do inciso VIII, artigo 129 CF - conferidas aos membros do MP devem ser entendidas de maneira ampla, sem o que estariam impedidos de exercer suas funções com toda a amplitude, a pretexto de que haveria o sigilo bancário (é o caso em apreço) a obstaculize que informações consideradas indispensáveis à instrução

⁸ *Habeas - Corpus* nº 324/93, 3ª Câmara Criminal/TJRJ - Rel. Des. Luciano Belém.

⁹ Acórdão prolatado no *Habeas-Corpus* nº 110.164-4, RJTAMG 44/306, *ob. cit.*, p. 101.

do processo criminal sejam fornecidas, e, assim nada poderia fazer.

É de se ressaltar que a Lei nº 4.595 é de 1964, e a carta Magna de 1988 ampliou as funções do MP, revogando tudo o que antes impedia o membro do *Parquet* de agir com liberdade na defesa dos interesses da sociedade que representa.”

Já estando assentado nos Tribunais este entendimento acerca da quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público dos Estados, nem se diga, caso alguém possa imaginar ao interpretar o inciso II do artigo 26 da LONMP, que tal poder de requisição de informações e documentos limitou-se às entidades privadas, isto porque, em relação às entidades públicas, semelhante previsão normativa restou consignada na alínea b, inciso I, do mesmo dispositivo legal.

Pela simples leitura do determinativo legal em destaque, poderá notar-se que o legislador, lançando mão dos mesmos princípios norteadores, adotou para o inciso I idêntico poder de requisição conferido ao *Parquet* no inciso II do artigo 26 da LONMP, quando tratou das entidades privadas, pelo que assim cuidou de preservar ao Ministério Público o poder de exigir legalmente informações, exames periciais e documentos, também às autoridades federais, estaduais ou municipais, bem como aos órgãos e entidades públicas, sejam elas da administração direta, indireta ou fundacional e até mesmo aos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ainda em referência ao artigo 26, I, da LONMP, cumpre ressaltar que, para se ter o referido dispositivo em sintonia com todo o artigo torna-se necessário ao intérprete buscar socorro em duas regras de hermenêutica a fim de possibilitar que a norma tenha a sua perfeita aplicação.

Quando o legislador usou a expressão “... e outras medidas” no inciso I da Lei 8.625/93, em verdade referiu-se a todas as demais providências relativas ao inquérito civil e, por assim agir, ofertou ao hermenêuta a oportunidade de recorrer ao uso da interpretação analógica, posto que a uma fórmula casuística fez com que se seguisse outra de caráter genérico.

Na singular doutrina de CARLOS MAXIMILIANO¹⁰ temos que aqui “... O legislador declara apenas um caso especial; porém a idéia básica deve ser aplicada na íntegra em todas as hipóteses que na mesma cabem. Para alcançar este objetivo, dilata-se o sentido ordinário dos termos adotados pelo legislador; também se induz de disposições particulares um princípio amplo.”

Sendo assim, a lei inicialmente se preocupou com o inquérito civil, tratando de afirmar logo em seguida as prerrogativas ministeriais para todas as “outras medidas” atinentes àquele.

Todavia, no mesmo inciso, houve referência por parte do legislador aos “**procedimentos administrativos pertinentes**”.

Ora, quando a lei se reportou aos *procedimentos administrativos pertinentes*, obviamente o fez em alusão a todos os outros que não se referissem ao inquérito civil, e, dentre estes outros, as peças de informação penal preparatória no âmbito do próprio Ministério Público, isto porque, em relação àquele, ou seja, o inquérito civil, já havia utilizado-se da fórmula genérica *outras medidas* para expressar os seus desdobramentos e aplicações múltiplas, uma vez que não poderia inserir na norma a totalidade dos casos que lhe fossem suscetíveis.

¹⁰ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Livraria Editora Freitas Bastos, 3ª edição, 1941, p. 242.

Neste particular, cabe destacar, que a referência feita a “outras medidas” diz respeito a qualquer procedimento administrativo inerente ao inquérito civil, já que toda providência ministerial neste sentido será sempre de natureza administrativa, à exceção de quando tiver que propor uma medida judicial.

Entendido isto, não se pode aceitar que a expressão procedimento administrativo toca direta e exclusivamente ao inquérito civil, sendo então de melhor doutrina admiti-la como alusão a toda e qualquer atividade administrativa afeta às funções ministeriais.

Desta maneira, para alcançar a intenção do legislador acerca da mencionada expressão “procedimentos administrativos pertinentes”, cumprirá ao hermenêuta se valer da interpretação estrita, com o que disporá de meios a adequá-la ao restante do texto.

Somente assim poderá ser compreendida a aludida “pertinência”, vale dizer, para que a mesma seja admitida, deverá corresponder, não ao inquérito civil, porém, como dito, às demais funções do Ministério Público, visto que delas tratou o *caput* do artigo 26 e o Capítulo IV, ambos da Lei nº 8.625/93.

Neste último caso, o legislador foi além do que seria necessário para exprimir a sua vontade, uma vez que poderia ter consignado naquela oportunidade tão-somente o termo “**procedimentos administrativos**” (como feito no Estatuto da Criança e do Adolescente), pelo que agora competirá ao intérprete se abster de aplicar o sentido literal da norma, com a finalidade de que a precisão reclamada venha com o emprego dos elementos lógicos considerando-se, assim, os fatores jurídico-sociais que influíram para elaborar a regra positiva, relacionada esta com as novas funções institucionais e prerrogativas do Ministério Público.

No dizer do preclaro CARLOS MAXIMILIANO ¹¹: “... Optava-se pela exegese restritiva, quando a fórmula era ampla em excesso, uma linguagem imprecisa fazia compreender no texto mais do que planejavam incluir no mesmo: *potius dixit quam voluit* - disse mais do que pretendeu exprimir”.

Acresce ainda o citado autor¹² que “... Nem tudo o que está escrito prevalece como Direito; nem o que não está escrito, deixa de constituir matéria jurídica. Anterior e superior à palavra é a idéia de quem preceitua”.

Outra não poderia ser a forma de interpretar-se a referida regra legal, pois, do contrário, teríamos a incongruência de ver as entidades privadas sob o poder de requisição do Ministério Público e deste poder desviarem-se justamente as entidades públicas, as quais, sublinhe-se, deveriam se interessar pela transparência de suas operações, jungidas que estão aos princípios básicos da administração pública como os da legalidade, moralidade e finalidade.

Conseqüência natural da adoção deste comportamento de exceção em relação às entidades públicas, seria o fato de que as mesmas iriam por terminar abrigando aqueles agentes empenhados em ocultar as suas atividades ilícitas.

Como derradeira argumentação a demonstrar a quebra do sigilo bancário por ato do Ministério Público dos Estados em relação as referidas entidades públicas, temos o fato de que se tornaria impossível a cisão do artigo 26 da LONMP para dele separar-se o parágrafo segundo, o qual trata da possibilidade do rompimento do sigilo pelo *Parquet*.

¹¹ *Ob. cit.*, p. 240.

¹² CARLOS MAXIMILIANO, *ob. cit.*, p. 243.

É inegável que o aludido parágrafo segundo se referiu a toda e qualquer hipótese de requisição de documentos ou informações previstas no artigo 26, inclusive aquela inserta na alínea *b* do inciso I.

Logo, se a responsabilização firmada no § 2º do artigo 26 da Lei nº 8.625/93 é aplicável ao inciso I, letra *b*, do mesmo dispositivo legal, é porque admitiu-se a possibilidade da quebra do sigilo também em relação às entidades públicas.

Finalmente, lapidar síntese de CARLOS MAXIMILIANO¹³ serve para demonstrar que o preceito aplicado às entidades privadas, relativo ao rompimento do sigilo, admite as interpretações acima apregoadas relacionadas às entidades públicas:

“... Quando a lei, ou ato, estatui sobre um assunto como princípio ou origem, suas disposições aplicam-se a tudo que do mesmo assunto deriva lógica e necessariamente.”

6. *Sigilo bancário e a Lei Orgânica do Ministério Público da União*¹⁴

Editado o novo estatuto do Ministério Público da União, não se teve mais como questionar a outorga ao *Parquet* do poder de vencer a redoma do sigilo bancário.

Consignou o texto:

“CAPÍTULO II DOS INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO

.....
Art. 8º - Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

.....
II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

.....
IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas.

.....
§ 2º - Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção do sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

.....
§ 5º - As requisições do Ministério Público serão feitas fixando-se prazo razoável de até dez dias úteis para atendimento, prorrogável mediante solicitação justificada.”

¹³ *Ob. cit.*, p. 247.

¹⁴ Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União - publicado no D.O. da União, Seção I, em 21.03.93).

Como registrado anteriormente, ao Ministério Público da União já era permitido imiscuir-se nas confidências bancárias (Lei nº 7.492/86 - artigo 29); o que deve estar destacado é que, com o advento desta nova lei orgânica, afastou-se por derradeiro qualquer discussão acerca da abrangência da norma, visto que a mesma buscou logo ditar que se faria incidir tanto em relação às entidades públicas quanto às privadas.

Consolidado este posicionamento, a tudo aquilo que antes defendemos por variadas razões, vale dizer, que ao *Parquet* estadual era cabível conhecer de informações bancárias nos procedimentos em que oficiasse, deve agora ser acrescido que, em sendo realizada a conjugação do texto legal que rege o Ministério Público da União, com a regra inserta no artigo 80 da Lei nº 8.625/93, sepultam-se de vez todas as controvérsias, para que se torne definitiva a autorização ao Ministério Público dos Estados o acesso àqueles dados bancários ou financeiros, o que até então lhe era proibido.

“Art. 80 - Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.”

Aliás, em sendo aplicável subsidiariamente o estatuto do Ministério Público da União, o membro do Ministério Público Estadual, ao requisitar documentos ou informações às entidades bancárias ou financeiras, deverá valer-se do disposto no § 5º do artigo 8º da Lei Complementar nº 75/93 e fixar o prazo para o respectivo atendimento, que poderá ser até dez dias, o qual admitirá ainda uma prorrogação desde que a solicitação seja feita justificadamente.

Constituindo-se a requisição numa ordem legal para o cumprimento de uma providência emanada de quem dispõe de autoridade para determinar a medida, neste caso, o órgão de execução do Ministério Público dos Estados, o não-atendimento à mesma pela entidade bancária (que deverá estar ciente inequivocamente através do destinatário encarregado de cumprir a determinação) irá caracterizar o delito de desobediência, posto que agora o ordenamento jurídico impõe àquele o dever de acatar o conteúdo da referida ordem ministerial.

7. A responsabilidade pelo membro do Ministério Público na quebra do sigilo bancário por ato próprio

Como dito em oportunidade anterior, o § 2º do artigo 26 da LONMP previu expressamente a responsabilização do membro do Ministério Público pelo uso indevido das informações e documentos que lhe chegassem ao conhecimento através de sua requisição, inclusive nos casos de sigilo.

Com a edição deste preceito legal, buscou o legislador repetir uma forma de controle ao poder de requisição ministerial, como feito no Estatuto da Criança e do Adolescente, sem que tenha se preocupado em traçar o alcance para a aludida responsabilização.

Ao nosso ver, dada a relevância deste poder ministerial, sempre que um membro do *Parquet* pretender efetuar uma requisição que importe na quebra de um sigilo, por tratar-se de interferência num direito subjetivo constitucional, deverá ter fundadas razões para a prática da mesma cuidando de verificar, pelo menos, da presença do *fumus boni iuris* num juízo prelibatório, para ao final instrumentalizar seu ato através de uma promoção fundamentada.

Por estes motivos, defendemos que cada membro do Ministério Público deve pautar a sua conduta no sentido de velar pela manutenção do caráter sigiloso do fato, tomando as providências necessárias para que tais informações ou documentos sejam utilizados exclusivamente nos limites de sua atribuição, e a eles somente tenham acesso as partes legítimas na causa, em típico exemplo de segredo de justiça, sendo que, assim agindo, afastará a possibilidade de sua responsabilização.

Aliás, em nada se inova, uma vez que dito procedimento tem semelhante previsão no § 1º do artigo 38 da Lei nº 4.595/64.

O que importa é que, em se tratando da obtenção de documentos ou informações consideradas pela lei como confidenciais, procure o Ministério Público na fase pré-processual preservar o sigilo acerca destes, zelando pelo seu segredo até que venha a deflagrar uma ação penal ou requerer o arquivamento do procedimento, quando então os referidos dados passarão à vigilância imediata do Poder Judiciário.

8. Conclusão

Sem dúvida, a Lei nº 8.625/93 veio consolidar uma posição institucional de há muito reclamada pelos membros do *Parquet* no que verse acerca da quebra do sigilo bancário, pois, apesar de ser o destinatário do inquérito policial, muita das vezes se via compelido a recorrer ao Poder Judiciário para conclusão deste, quando na verdade lhe cabia dirigir e zelar pelas investigações até o encerramento do procedimento.

Com a vigência da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, o sigilo bancário não se apresenta mais como um limite à atuação do órgão ministerial estadual em sua atividade persecutória relativa à prova, devendo hoje conjugar-se as exceções previstas nos §§ 1º, 3º e 5º do artigo 38 da Lei nº 4.595/64, p. único do artigo 29 da Lei nº 7.492/86, alíneas b e c do inciso VI do artigo 201 da Lei nº 8.069/90, e incisos II e IV e § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 75/93, com aquelas insertas nos incisos I e II, e § 2º do artigo 26, e artigo 80 ambos da Lei nº 8.625/93, sendo que o não-atendimento à requisição do *Parquet* importará na prática de crime de desobediência.

Por fim, resta a cada Promotor de Justiça, daqui para adiante, com a sobriedade e a responsabilidade que é peculiar ao cargo, fazer valer o texto legal, utilizando, se necessário, de todos instrumentos jurídicos para imperatividade deste preeminente poder ministerial, sem nunca perder de vista que a sua conduta deverá estar sempre voltada para um interesse único, qual seja, a defesa dos interesses da sociedade.

9. Conclusões submetidas à discussão e votação pela Comissão de Trabalho e pelo Plenário do XIV ENCONTRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

I - Na esfera estadual, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 201, inciso IV, alíneas b e c, da Lei nº 8.069/90, permitiu pioneiramente aos membros do Ministério Público dos Estados, com atribuição junto à Justiça da Infância e da Juventude, promoverem a quebra do sigilo bancário, autorizando-lhes a requisitar informações e documentos às entidades públicas e privadas nos casos relacionados especificamente a criança e ao adolescente;

II - O artigo 26, inciso II, da Lei nº 8.625/93 (LONMP), aparelhou legalmente o Ministério Público dos Estados a requisitar às entidades privadas, bancárias ou financeiras, documentos ou informações, em procedimentos ou processos em que oficie, inclusive nas hipóteses legais de sigilo;

III - Ao editar o artigo 26, inciso I, alínea b, da Lei nº 8.625/90, o legislador lançou mão dos mesmos princípios norteadores adotados em relação às entidades privadas, autorizando, de igual forma, aos membros do Ministério Público dos Estados a promoverem a quebra do sigilo bancário em relação às entidades públicas;

IV - A expressão “...**procedimentos administrativos pertinentes...**”, inserta no inciso I do artigo 26 da Lei nº 8.625/93, deve ser entendida como alusão a qualquer atividade administrativa afeta às funções ministeriais, posto que é destas funções que trata o Capítulo IV e o artigo 26, *caput*, do referido texto legal. Conseqüentemente, o poder de requisição do Ministério Público Estadual, inclusive nos casos de quebra de sigilo, não se limitou às hipóteses atinentes ao inquérito civil, estendendo-se, pois, a toda atividade de persecução que o *Parquet* instaure ou participe;

V - O § 2º do artigo 26 da Lei nº 8.625/93, a exemplo do disposto no § 4º do artigo 201 da Lei nº 8.069/90 - ECA -, estabeleceu a responsabilização do membro do Ministério Público Estadual pelo uso indevido, das informações recebidas e que eram sigilosas, razão pela qual, ao requisitá-las, deverá fazê-lo de forma fundamentada, zelando pelo seu segredo até que venha a deflagrar uma ação ou requerer o arquivamento do procedimento;

VI - O artigo 80 da Lei nº 8.625/93 ao estabelecer a aplicação subsidiária das normas da Lei Orgânica do Ministério Público Federal ao Ministério Público dos Estados, afastou qualquer questionamento acerca da possibilidade de quebra do sigilo bancário pelo *Parquet* Estadual, visto que o dito rompimento do segredo teve sua previsão no artigo 8º, incisos II e IV, e § 2º da referida lei complementar, tanto em relação às entidades privadas quanto às públicas;

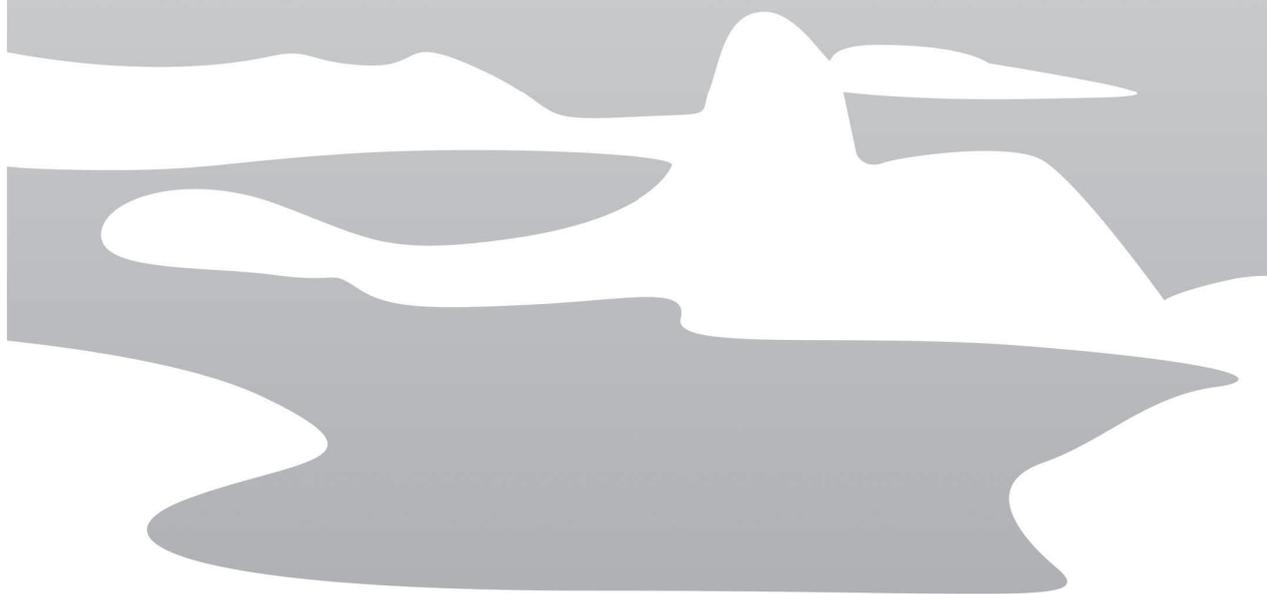
VII - Em sendo aplicável subsidiariamente o Estatuto do Ministério Público da União, deverá o Promotor de Justiça, com fundamento no § 5º do artigo 8º do mencionado texto legal, estabelecer o prazo, de até no máximo 10 (dez) dias, o qual poderá comportar uma prorrogação, para o cumprimento de sua requisição, sendo que, se esta não for atendida pelo requisitado no termo fixado, incidirá o mesmo na prática do crime de desobediência;

VIII - As exceções relativas à autorização da quebra do sigilo bancário, previstas nos §§ 1º, 3º e 5º do artigo 38 da Lei nº 4.595/64; parágrafo único do artigo 29 da Lei nº 7.492/86; alíneas b e c do inciso VI, do artigo 201 da Lei nº 8.069/90; e incisos II e IV, e § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 75/93, hoje devem ser conjugadas com os dispositivos legais previstos na Lei nº 8.625/93 - artigo 26, incisos I e II, § 2º, e artigo 80 - que trata da organização do Ministério Público dos Estados, e assim não pode ser oposta a exceção do sigilo bancário ao *Parquet* Estadual por entidades públicas ou privadas.¹⁵

**Publicado originalmente na Revista nº 1 jan./jun. 1995, p. 167.*

¹⁵ Conclusão aprovada, por unanimidade, como síntese de todas as outras insertas no item 09 deste trabalho.

Direito da Criança e do Adolescente



DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO PSICÓLOGO NA INQUIRÇÃO DE CRIANÇAS

BEATRICE MARINHO PAULO*

RESUMO

Diariamente, crianças são vítimas de vários tipos de abuso, entre eles, o sexual; crime que deve ser combatido, por gerar consequências nefastas para o resto de suas vidas, mas que, geralmente, tem como único indício de prova o relato da própria vítima, que é obrigada a passar por numerosos constrangimentos, a cada vez que depõe. Discute-se, atualmente, sobre a escuta dessas crianças para fins de prova judicial, os danos que isto acarreta e a contribuição que o profissional da Psicologia pode dar neste momento do processo. Tal discussão foi fomentada por um projeto – o chamado “Depoimento sem Dano” –, que visava a oferecer uma forma alternativa de crianças vítimas de violência serem ouvidas, na Justiça, evitando a revitimização que normalmente sofrem. Por este projeto, a criança seria ouvida em uma sala decorada com tema do universo infantil, onde estaria acompanhada apenas de um psicólogo ou assistente social, conectado, por meio de ponto eletrônico, ao Juiz, que permaneceria na sala de audiências, acompanhado de todos os interessados, assistindo ao vivo a entrevista, através de câmeras instaladas na sala, e podendo intervir quando desejasse, fazendo as perguntas que julgasse pertinentes para a defesa das teses das partes. O psicólogo conservaria a autonomia para fazer as perguntas do jeito e no momento que julgasse apropriado – e até mesmo para não fazê-las, caso as julgasse inadequadas. A entrevista seria toda gravada em DVD, evitando que a criança tivesse que passar por tudo novamente, caso houvesse recurso. Desta forma, ficaria diminuído o sofrimento e constrangimento da criança, sem prejuízo de sua oitiva, possibilitando a persecução penal, e também se respeitaria direitos do acusado, como os de ampla defesa e contraditório. O Projeto despertou o interesse e paixões das categorias profissionais que se viram envolvidos nele e que passaram a criticá-lo ferozmente, colocando-se em franca oposição ao mesmo. O presente trabalho vem defender a participação do psicólogo na inquirição das crianças, questionando posições contrárias, analisando prós e contras do Projeto e propondo uma nova atitude à classe, em que colaboração e parceria, com responsabilidade técnica e ética, substituiriam a firme oposição atualmente existente.

Palavras-chave: depoimento sem dano; inquirição; crianças; participação; psicólogos.

* Psicóloga-Perita do Grupo de Apoio Técnico Especializado do Ministério Público/RJ. Autora e Coordenadora do livro “Psicologia na Prática Jurídica: a Criança em Foco”. Doutora e Mestre em Psicologia pela PUC-Rio e Mestre em Direito pela UGF. Professora de Psicologia Aplicada ao Direito, na Universidade Estácio de Sá. Especialista em Psicologia Jurídica, pela Universidade Estácio de Sá e em Direito Especial da Criança e do Adolescente, pela UERJ. E-mail: beatricemp@uol.com.br

DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO PSICÓLOGO NA INQUIRÇÃO DE CRIANÇAS

Entre as demandas que atendo como psicóloga-perita do Ministério Público do Rio de Janeiro, é comum o requerimento, por parte de Promotores da Infância e Juventude, para que seja feita uma avaliação psicológica de crianças ou adolescentes vítimas de abuso sexual. Em geral, estas avaliações acontecem muito tempo depois da vivência abusiva, quando a criança/adolescente já passou por todo o processo decorrente da denúncia, tendo sido ouvida em várias instâncias da Rede de Proteção e Garantia de seus Direitos. Em alguns casos, o destino do abusador já fora até decidido, tendo sido ele condenado ou absolvido, e a criança/adolescente também já havia sido encaminhada para atendimento por profissional da área da saúde e iniciado o acompanhamento psicológico. A finalidade da avaliação, neste momento, é apenas verificar como a criança está, se é preciso que se tome mais alguma medida a seu favor ou se já se pode arquivar aquele procedimento.

Considerando os objetivos da avaliação, procuro, durante as entrevistas, focar minha atenção no momento de vida presente, deixando propositadamente de questionar a criança/adolescente sobre o evento abusivo, a fim de evitar sua revitimização, posto que por várias vezes já teve que passar por aquela situação. Entretanto, pelo simples fato de estar no Ministério Público e saber ser este um órgão envolvido na questão da Justiça, grande parte das crianças/adolescentes, espontaneamente, acaba me contando sua vivência abusiva e narrando-me tudo o que se passou posteriormente à denúncia. Nessas narrativas, torna-se evidente não apenas o trauma causado pelo abuso sexual em si, mas também o gerado pelas diversas situações pelas quais a criança/adolescente teve que passar, contando sua história, nos mais diferentes lugares – alguns dos quais percebidos por ele como sendo ameaçadores – para pessoas que nem sempre tinham sensibilidade ou habilidade para interrogá-las de forma adequada. É comum ouvir histórias absurdas, onde os interrogadores da criança/adolescente lhe pergunta, por exemplo, se ela gozou durante a prática abusiva ou por que ela, que estava acostumada a passar todos os dias na casa da avó, até então, tinha voltado ao local após ter sido vítima de abuso. Arrisco-me a afirmar que tais situações vividas, assim como o fato de sua denúncia ser comumente recebida com descrédito e ataques contra a sua própria moralidade, ao invés do apoio e acolhimento esperado, deixam tantos ou mais traumas que o abuso praticado contra elas, especialmente se o tal abuso foi um fato isolado, não muitas vezes repetido.

Por tudo isto, exultei de felicidade quando tive pela primeira vez notícia da proposta feita pelo Dr. José Antônio Daltoé Cezar, Juiz de Direito da Infância e Juventude do TJ/RS, que, em uma atitude a meu ver tão humilde quanto sábia, reconhecendo a falta de capacitação de juristas para realizar esses interrogatórios, criou o chamado “Depoimento sem Dano”, pelo qual solicitou ajuda e intervenção de psicólogos e assistentes sociais para a realização da inquirição da suposta vítima.

De acordo com a proposta inicial desta forma alternativa de ouvir crianças, seria feita uma única oitiva, em uma sala especial, decorada com temas infantis e monitorada por câmeras que transmitiriam a conversa desenvolvida entre a criança e o técnico – assistente social ou psicólogo – para o Juiz, que permaneceria em uma outra sala, com o Promotor, o Advogado e demais interessados, podendo se comunicar com o técnico através de ponto eletrônico, para fazer as perguntas necessárias, as quais o assistente social ou psicólogo teria autonomia para repassar à criança quando e como quisesse, e se não as julgasse prejudiciais a ela.

Considerarei tão maravilhosa e providencial a iniciativa, que me surpreendi quando soube que os Conselhos de Psicologia estavam se posicionando contrariamente a ela, e vi psicólogos inclusive destratando o Dr. Daltoé, durante seminários e congressos em que ele ia expor suas idéias, no Rio de Janeiro, como se fosse ele o responsável por criancinhas serem levadas ao Tribunal para serem ouvidas sobre episódio que tanto lhes constrange e causa dor.

Intrigada, pus-me a ler sobre tudo o que escreviam sobre o assunto, bem como fui a diversos eventos a fim de ouvir seus argumentos, buscando entender aquela resistência. Este trabalho visa a analisar as alegações encontradas, refletindo um pouco sobre cada uma delas. Em meu levantamento, encontrei onze argumentos principais utilizados pelos profissionais que negam a possibilidade de o psicólogo desempenhar aquela função, que passo agora a comentar:

1º argumento: “Esta não é uma prática psi, pois até os termos utilizados para nomeá-la – *depoimento* e *dano* não pertencem ao vocabulário psi, mas sim ao jurídico”.

Análise/Reflexão: Penso que, se um profissional, de qualquer área, se dispõe a trabalhar em interdisciplinaridade com outro, o mínimo que se pode esperar é que vá haver alguma aceitação do vocabulário da outra área de conhecimento, sem que isto signifique, de forma alguma, submissão de um saber ao outro. De todo modo, acredito ser este um problema facilmente superável: basta que se reivindique a mudança de nomenclatura, passando a chamar o projeto, por exemplo, de “entrevista menos traumática”, de forma a adequá-lo ao vocabulário da psicologia. Estou certa de que os juristas não farão nenhuma oposição a isto!

2º argumento: “Um psicólogo não trabalha com inquirição – onde se busca atender a demandas daquele que interroga -, mas sim com escuta – onde se busca atender a demandas daquele que fala”.

Análise/Reflexão: Todas as vezes que ouço isto, penso no tempo perdido que tive durante o curso de Psicologia, tanto em nível de graduação quanto de pós-graduação, assistindo a disciplinas em que eram ensinadas técnicas de entrevistas – abertas, dirigidas, semi-dirigidas,... Também me questiono sobre o trabalho desenvolvido pelos psicólogos em outras searas, que não a clínica: na psicologia organizacional, por exemplo, quando cuida do processo de seleção e recrutamento de candidatos a determinado emprego ou função; ou em qualquer situação onde precisa averiguar determinado aspecto da personalidade ou da conduta daquele sujeito, a fim de fazer um psicodiagnóstico,... Acabo sempre com a sensação de haver aí, na fala do que questiona a atuação do psicólogo no DSD, uma má disfarçada implicância com o meio jurídico...

3º argumento: “A criança não tem que ser ouvida por nenhum profissional sobre o evento traumático. E, se for, é preciso que haja autorização dos seus pais – ou de pelo menos um deles – para isto.”

Análise/Reflexão: Este argumento mostra um total desconhecimento da dinâmica do abuso sexual e uma total descontextualização prática por parte daquele que o utiliza. O abuso sexual é, de forma geral, um crime que não deixa marcas. Com exceção dos casos mais graves, em que há de fato penetração, ele não deixa sinais detectáveis em nenhum tipo de exame de corpo delicto. É também um crime discreto, que, em geral, ocorre sem

testemunhas, entre quatro paredes. Por isto, a única prova com que se pode contar é justamente a palavra da vítima. Se a criança não for ouvida por ninguém, em nenhum momento, isto será o mesmo que descriminalizar, na prática, o abuso sexual infantil. Será como se disséssemos: “Podem abusar das crianças, só não deixem marcas”, pois estaremos abrindo mão de qualquer possibilidade de punir a conduta criminosa. Neste caso, seria melhor até suprimi-la dos textos legais, já que é bastante desmoralizante, como sabemos, proibir uma conduta sem ter como dar uma resposta ao descumprimento da proibição.

Além disso, cumpre lembrar que a maior parte dos crimes sexuais praticados contra crianças são perpetrados por pais ou padrastos – pessoas que desempenham, de algum modo, a função paterna. A maior parte das mães que encontramos nada têm a ver com as mães descritas nas músicas e poesias, capazes de virarem leões para proteger sua cria. Ao contrário: elas geralmente defendem com unhas e dentes o abusador, colocando dúvidas sobre a moral da criança/adolescente e até mesmo a culpando pelo ocorrido. Há, nessas famílias, o chamado “complô do silêncio”, que, como um muro, tenta proteger sua integridade, isolando em seu interior tudo que diga respeito à prática abusiva. Pais abusadores e mães omissas ou coniventes. Esta é a realidade com que comumente nos deparamos nesses casos. Não seria justo com a criança condicionar sua oitiva à autorização desses pais. Isto significaria privá-la do direito de ser ouvida, retirar dela a possibilidade de se manifestar.

4º argumento: “O psicólogo não pode estar a serviço de juiz nenhum, nem de outro profissional qualquer”.

Análise/Reflexão: Acho interessante a preocupação que psicólogos têm de não estarem “a serviço” de outras especialidades... Isso ocorre nos hospitais, em relação aos médicos; nas empresas, em relação a administradores; nas escolas, em relação a educadores;... Em minha prática profissional, trabalhando no Ministério Público, jamais me senti estando “a serviço” de ninguém, apesar de exercer um cargo de assessoria ao Promotores de Justiça! Sinto-me sempre trabalhando “em parceria” com eles, “a serviço” de um ideal comum, meta de ambos: a realização da Justiça e o alcance do bem-estar da criança/adolescente, atendendo o seu Melhor Interesse. Penso que é necessário uma reavaliação de perspectiva, para possibilitar realmente o exercício de uma prática profissional interdisciplinar!

5º argumento: “Sem dano? Lógico que há danos!”

Análise/Reflexão: Este argumento demanda uma análise um pouco mais complexa. É certo que, a princípio, haverá danos, seja qual for a forma adotada para o interrogatório da criança/adolescente, posto que se trata de um assunto que lhe é muito constrangedor, e sobre o qual tem grande dificuldade de falar, até mesmo por causa do complô de silêncio existente em sua família. Entretanto, é preciso ter em mente que dano maior a criança/adolescente sofreu antes (ou continua sofrendo, dependendo do caso). Ele ocorreu quando houve o abuso e ela foi reduzida a um objeto, com a finalidade de saciar os desejos do abusador. Ocorreu também quando ela venceu o medo e revelou o que ocorria a alguém, e, ao invés do apoio e acolhimento esperado, encontrou descrença e acusações. Dano maior também ocorrerá caso a Justiça falhe, absolvendo o abusador, por falta de provas e, deste modo, permitindo que ele continue convivendo e abusando da criança, e agora com o seu aval, sentindo-se legitimado a fazer aquilo, com aquela e com outras crianças/adolescentes que

cruzarem seu caminho. Estima-se que um abusador pratica esse tipo de violência, em média, contra 100 pessoas, durante seu tempo de vida. A não punição ainda promove a naturalização do fenômeno e facilita a sua reprodução futura, na conduta da própria vítima, que então passa a abusador.

Um outro ponto a ser considerado é que nem sempre a oitiva da criança/adolescente tem as conseqüências negativas em que normalmente se pensa. Algumas precisam, ao contrário, falar do assunto, mergulhar nele, e não encontram ninguém disposto a escutá-las, pois todos lhe dizem que deve esquecer dele. Falando a respeito, ela pode ressignificar o que houve; perceber-se vítima da situação; ser encaminhada para tratamento, se for o caso. Além disso, perceber que há alguém que acredita nela; que lhe dá crédito a ponto de levar sua versão dos fatos a conhecimento do juiz, nas palavras de uma das adolescentes que atendi, “mantém minha estrutura psíquica, me dá forças para continuar vivendo”.

Um outro ponto a se considerar é que o contato direto ou indireto com a autoridade judicial e o fato de ela vir em seu auxílio, interrompendo a violência a que está submetida e desnaturalizando o abuso, pode ter efeito muito positivo em relação à imagem de autoridade, tão chamuscada quando o ato violento foi praticado por um pai ou um padastro.

6º argumento: “Seria contra a ética esta participação, pois temos dever de sigilo!”

Análise/reflexão: É impressionante o número de casos em que o art. 9º do Código de Ética, que prevê o dever de sigilo, é utilizado como justificativa para fundamentar absurdas convivências de profissionais da psicologia com atos criminosos! Várias vezes aparecem casos de maus-tratos ou abuso sexual infantil na Promotoria onde a criança tinha um terapeuta que acompanhava há anos a situação de violência a que a criança estava submetida, sem nada fazer, em razão do dever de sigilo. Penso que estes profissionais deveriam avançar um pouco mais na leitura do Código de Ética, passando ao artigo 10, que prevê exceções a este princípio todas as vezes que os princípios fundamentais do Código forem afrontados... Sugiro que retornem então a leitura e releiam os tais princípios fundamentais. Encontrarão ali que o psicólogo deve combater situações de opressão, violência, exploração, etc... onde quer que as encontre. Se o sigilo contrasta com este dever, manda o art. 10 que ele seja rompido. Mantê-lo, em situações assim, além de ser profundamente antiético é crime comissivo por omissão. Conduta, portanto, legalmente punível!

7º argumento: “Investigação não é coisa para psicólogo. É coisa para a polícia.”

Análise/reflexão: Pessoas que defendem isto estão muito impressionadas com filmes ou experiências de outros países, europeus, onde a realidade da Polícia é outra... O abuso sexual é um tema muito delicado e difícil. Dificilmente policiais do Brasil do início do século XXI teriam condições de fazer uma escuta que exige habilidades bastante específicas: para ouvir o dito e o não dito – silêncio, atos falhos, lapsos, pausas, contradições; perceber sinais emocionais, discursivos e comportamentais emitidos pela criança-sujeito; avaliar seus limites e impossibilidades, a fim de sinalizar ao juízo a necessidade de interromper a entrevista, de não prosseguir,... Por tudo isto, penso que os Conselhos de Psicologia cometem lamentável engano ao se negarem a reconhecer e legitimar esta prática profissional... Saliento ainda que a Psicologia Investigativa já existe e é reconhecida em várias partes do mundo, não sendo esta uma criação nossa!

8ª argumento: “O importante, o foco, deve ser o bem-estar da criança, não a punição/responsabilização do abusador”.

Análise/reflexão: Todas as vezes em que isto é dito, é colocado como se houvesse uma oposição entre as duas metas, quando na verdade, em geral, uma é pré-requisito para a outra! Como já dito, a responsabilização do abusador rompe com o ciclo de violência, não legitimando nem naturalizando o ato abusivo. Caso não haja punição, nada impedirá que o abusador continue a conviver e abusar da criança. O bem-estar dela, portanto, passa pela responsabilização dele! Uma é pré-condição para a outra!

Interessante também ressaltar que os mesmos que dizem que é necessário pensar no bem-estar da criança não me parecem fazê-lo quando se negam a entrar com ela na sala de depoimento... O psicólogo sair da cena de forma alguma é retirar a criança daquele cenário! Ela continuará lá, como sempre esteve, entregue a pessoas bem menos hábeis e capacitadas...

Os outros três argumentos encontrados, a meu ver, merecem maior atenção, apesar de nenhum deles obstacularizar, em minha opinião, a participação do psicólogo na inquirição de crianças. São eles:

9º argumento: “É um absurdo colocar crianças para depor sobre crimes por elas testemunhados ou para escolher entre os genitores aquele a quem caberá sua guarda”

Concordo plenamente! O Projeto de Lei ampliou a proposta inicial do Dr. Daltoé, que dizia respeito somente a crianças/adolescentes vítimas, que seriam as principais beneficiadas pelo próprio depoimento, para incluir também as testemunhas. A meu ver, esta ampliação é um equívoco, tanto por questões psicológicas quanto por razões jurídicas! Ouvir uma criança que testemunhou um crime é expô-la a riscos que não podem ser admitidos nem para garantir o interesse da sociedade em efetivar uma punição, pois isto não coaduna com um ordenamento jurídico que estabelece a prioridade às crianças em qualquer situação, e também afronta os princípios do Melhor Interesse e de Proteção Integral da Criança. Imaginem uma criança, no Rio de Janeiro, que testemunhou crime praticado pelo pessoal do Tráfico ou da Milícia... Ou mesmo uma que estava presente quando os próprios pais praticaram o ato ilícito... Poderia a fala dela ser usada como prova para incriminar seus pais, sendo assim contrária a seus interesses, quando a norma penal dispensa do compromisso de verdade qualquer pessoa que vá testemunhar sobre ato supostamente praticado por alguém de quem seja muito próximo? Também seria extremamente cruel colocar a criança no lugar de quem decide com que genitor deverá ficar, em caso de separação dos mesmos... Além de ser terrível que ela tenha que optar entre seus dois principais afetos, ainda há que se considerar que lhe faltam condições para avaliar todos os aspectos envolvidos nessa escolha, havendo casos por mim atendidos em que a criança dizia querer ficar com um dos genitores e, ao investigar seus motivos, descobri que aquele genitor não lhe obrigava a ir para a escola nem a comer legumes, e que o deixava ficar acordado, brincando na rua, até bem tarde da noite... Por tudo isto, acho que os depoimentos de crianças devem continuar restritos ao previsto no projeto inicial.

10º argumento: “Em muitos países, os psicólogos contam que ficaram sendo marionetes do juiz, não tendo liberdade para interromper a sessão de perguntas, nem para rejeitar ou reformular as questões feitas”.

Que maravilha podermos utilizar as experiências dos outros para aprimorar os nossos próprios projetos, prevenindo os erros por eles cometidos. Considerando

os relatos feitos, apesar de esta situação ainda não ter sido detectada no Brasil – os psicólogos que trabalham com DSD asseguram o contrário, que têm total liberdade para conduzirem as entrevistas como julgam mais adequado! -, penso que devíamos lutar para a inclusão no texto da lei de cláusula que garanta expressamente essa autonomia, conferindo-nos a possibilidade de desconsiderar perguntas, sinalizar a necessidade de interrupção da entrevista, etc..., como consta no projeto inicial.

11º argumento: “É temerário cristalizar de imediato uma primeira entrevista, dispensando outras oitavas e a usando eternamente, em todas as instâncias, como meio de prova”.

Concordo. Penso ser excelente a ideia de um depoimento único, substituindo todas as oitavas por que a criança passa, desde a delegacia / CT, passando por IML, Advogado/ Defensoria, Ministério Público, etc..., e culminando na audiência judicial, muitas vezes diante do pai abusador e da mãe omissa ou conivente! Mas acho que de forma alguma isto pode prescindir do trabalho de Revelação de Abuso ou, se preferirem, *Diagnóstico da Violência*, com profissionais especializados, tempo e estrutura apropriados. Sabemos que existem outras razões, além do abuso real, para que uma criança relate um episódio abusivo. Entre elas, está a programação feita por um genitor alienador, por exemplo. É necessário um tempo maior do que aquele de uma única entrevista para que se criem laços entre a criança e seu ouvinte, para que inverdades e fantasias sejam desmontadas. O trabalho de revelação (ou diagnóstico da violência) é, assim, a meu ver, essencial para diminuir a possibilidade de cristalização de uma prova falsa. Além disso, também pode ser feita uma preparação da criança para o momento do depoimento, durante esse trabalho, além de um melhor acolhimento de suas angústias, seus medos e ansiedades.

Penso que o CRP deveria reconhecer e legitimar o trabalho do profissional de psicologia que auxilia na investigação de denúncias de abuso sexual, até para que se pudesse investir na capacitação e qualificação desses profissionais. Deste modo, talvez pudéssemos chegar a uma situação, que reputo como ideal, em que a criança/adolescente fosse, em regra, ouvida apenas pelo psicólogo ou a equipe interdisciplinar que atuasse na Revelação ou Diagnóstico, sendo o laudo decorrente desses atendimentos utilizado como fundamento para a acusação. Assim, a criança/adolescente seria dispensada de dar seu depoimento, a menos que esta fosse a sua vontade. Entretanto, nos casos em que o magistrado entendesse necessário, por qualquer motivo, ouvir a criança, penso que a oitiva especial, através de psicólogos, nos termos aqui desenvolvidos, é ainda a que melhor atende o interesse da criança e garante seu bem estar.

Entendo que, se nós, psicólogos, queremos colocar as crianças a salvo dos constrangimentos e revitimizações a que hoje estão expostas, sem transformar em letra morta a lei que criminaliza o abuso sexual infantil, é preciso que coloquemos nossa especialidade a serviço! Não de um juiz ou de um promotor de justiça... mas dos ideais a que todos perseguimos, que estão expressos em nosso Código de Ética e nos Princípios Fundamentais da Constituição Federal, e que jamais serão alcançados se nos limitarmos a criticar as soluções propostas, sem sugerir formas alternativas para lidar com as questões levantadas. Conclamo a todos, portanto, para que colaboremos, na medida de nossas possibilidades, como tradutores dessas crianças, descortinando para o juiz aspectos da realidade alcançável, para que possa ser feita a Justiça por que tanto clamamos!

**Publicado originalmente na Revista nº 46 out./dez. 2012, p. 3.*

EM DEFESA DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E SUA INTERPRETAÇÃO PELAS CORTES SUPERIORES NO BRASIL NAS DEMANDAS DE RELAÇÕES PARENTO-FILIAIS.

KÁTIA REGINA FERREIRA LOBO ANDRADE MACIEL*

O presente estudo tem por escopo investigar a natureza jurídica do *superior interesse da criança*, em especial quanto à sua *applicatio* nas demandas que envolvam relações parento-filiais, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Para tanto, busca-se a sua origem no *parens patriae* e traça-se um conciso histórico de sua inserção nos principais tratados de direitos humanos, como elemento fundante da Doutrina da Proteção Integral, analisando-se, ainda, o seu *status* a partir da ratificação da Convenção dos Direitos da Criança pelo Brasil. Examina-se, a seguir, a inclusão do superior interesse no Estatuto da Criança e do Adolescente, através da alteração dada pela Lei nº 12.010/09. De posse desses substratos histórico-sociais e legais, adentra-se na concepção de norma, examinando algumas das características dos princípios, de modo a classificar o referido *standard* como tal. Por derradeiro, é realizada uma breve pesquisa empírica do princípio do superior interesse da criança em recentes julgados de Cortes Superiores no Brasil acerca dos vínculos familiares de crianças e adolescentes.

Palavras-chave: Superior interesse. Criança e adolescente. Natureza jurídica. Relações familiares.

SUMÁRIO: 1. A criança como membro privilegiado da família e seus interesses sob a ótica da Constituição Federal de 1988; 2. Percurso histórico do superior interesse no direito internacional e brasileiro; 3. A previsão do princípio do superior interesse no Estatuto da Criança e do Adolescente; 4. Breve incursão nas características dos princípios; 4.1. O reconhecimento do superior interesse da criança como princípio constitucional; 4.2. A aplicação do superior interesse da criança nas demandas familiares pelas Cortes superiores brasileiras; 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

*Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestranda pela UNESA. Professora do Curso de Pós-graduação de Direito Especial da Criança e do Adolescente da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família e do Fórum Permanente de Direito de Família da EMERJ.

1. A criança como membro privilegiado da família e seus interesses sob a ótica da Constituição Federal de 1988.

A sociedade brasileira, a partir da segunda metade do século XX, assiste a uma transformação sem igual na estrutura das famílias, mudança esta que afeta a sua concepção tradicional de forma inexorável, especialmente pela inclusão de novos sujeitos de direitos na seara doméstica. Com o advento de diplomas legais revolucionários (Estatuto da Mulher Casada, Lei do Divórcio e o Estatuto da Criança e do Adolescente), a família, centrada no matrimônio indissolúvel, de natureza patriarcal e hierarquizada, democratizou-se¹, pluralizou-se² e solidarizou-se³, com fundamento na igualdade e na dignidade de todos os seus membros, princípios consagrados na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III c/c art. 5º c/ 227, § 6º). A novel família de feição eudemonista importa-se, na contemporaneidade, com os direitos e os **interesses**⁴ individuais de seus componentes.

O pluralismo da família significa a ampliação e a diversidade de sua formatação inclusiva que abrange a monoparentalidade, a união estável hetero e homoafetiva, as relações recompostas, as entidades substitutas, a simultânea, a anaparental, dentre tantas outras. A prole advinda dessas novas configurações não mais, obrigatoriamente, possui pais biológicos. A sua identidade e historicidade familiar podem ser decorrentes de reprodução assistida heteróloga ou de maternidade por substituição (barriga de aluguel); decorrente de adoção póstuma anaparental ou da socioafetividade do padrasto/madrasta, sem vínculo registral. O liame de pertencimento é variável e pode abarcar uma infinidade de modelos de famílias, *locus* onde a criança formará a sua personalidade e o seu caráter.

1 A democratização da família foi objeto de estudos por Giddens. Diz o autor que “numa democracia, todos são iguais em princípio, e com a igualdade de direitos e de responsabilidades vem - pelo menos em princípio - o respeito mútuo. O diálogo aberto é uma propriedade essencial da democracia. [...] Quando aplicamos esses princípios - como ideais - a relacionamentos, estamos falando de algo muito importante: a possível emergência do que chamarei de uma democracia das emoções na vida cotidiana. Uma democracia das emoções, ao que me parece, é exatamente tão importante quanto a democracia pública para o aperfeiçoamento da qualidade de nossas vidas. Isto se aplica aos relacionamentos entre pais e filhos tanto quanto a outras áreas. [...] Numa democracia das emoções, as crianças podem e devem ser capazes de responder”. GIDDENS, Anthony. Família. In: _____. *O mundo em descontrolado: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 61-75.

2 BRAUMER reconhece que a família nuclear permanece dominante, mas já não há um único modelo ocidental de família, e a pluralidade enseja, paradoxalmente, o exercício de igualar e diferenciar os homens e as mulheres, levando em consideração as peculiaridades dos conflitos de família judicializados. Enfatiza que é necessário evitar a hierarquização dos modelos de família e que respeitar a diferença entre as formas de constituição de família é um desafio. BRAUMER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (Coord.) *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, 438p. p. 258-260.

3 Conforme Lôbo, quando o comando constitucional se refere a “sociedade solidária” inclui a base da sociedade que é a família (art. 3º, I da CF/88). Compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros e a solidariedade em relação aos filhos no tocante à exigência da pessoa de ser cuidada, mantida, instruída e educada até atingir a sua plena formação social. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. In: VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, 6, 2008, Belo Horizonte. *Anais... Rio de Janeiro: IBDFAM, Lumen Juris, 2008, 490 p. p. 7.*

4 **INTERESSE**: Derivado do verbo latino *interesse* (importar, ser do interesse de, pertencer), substantivado é tido, na acepção jurídica, em conceito bem amplo. Quer, precipuamente, mostrar a *intimidade de relações* entre a pessoa e as coisas, de modo que aquela tem sobre estas *poderes, direitos, vantagens, faculdades ou prerrogativas* [...]. INTERESSE. In: DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 28. ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 906. [itálico no original]

Nesse momento ímpar de impactos (bons e ruins) sobre a família, a procura pela realização dos interesses de todos os seus membros, por vezes, enseja conflitos que precisam ser equacionados, sob risco de enfraquecimento e deteriorização da base da sociedade – a família. Reconhecida como o lugar privilegiado do afeto e do respeito, indispensável para o desenvolvimento físico, psíquico e moral do ser humano, a família deve ser orientada, preservada e ter proteção especial em seu grau máximo. O direito de família e o direito infanto-juvenil nunca estiveram tão próximos e entrelaçados para fornecerem respostas aos múltiplos dilemas factuais inerentes ao processo de mutação que a família vem experimentando. Sobre estes direitos pairam as normas inscritas na Lei Maior que devem adubar e orientar a sua interpretação.

Com efeito, a proteção da entidade familiar passou a ter especial atenção pelo Poder Público (art. 226, *caput* da CF/88) e, **a cada um dos que a integra** foi assegurada a assistência estatal através de mecanismos que coíbam a violência doméstica e garantam a segurança de seus direitos (art. 226, § 8º) e principalmente, a dignidade esculpida no art. 1º, III.

Seguindo os ares de proteção estatal dos núcleos familiares e diante do princípio da dignidade e isonomia dos direitos dos filhos (art. 227, §6º), **todas as crianças e os adolescentes** receberam, a partir da Constituição Federal de 1988, o **status de sujeitos de direitos** (art. 227, *caput*). A eles foram destinados direitos da personalidade, fundamentais e pessoais indispensáveis para a sua formação. O poder familiar exercido pelos genitores, por evidente, passou a ser exercido para o bem dos filhos e não mais cingido aos interesses daqueles.

O legislador constitucional, então, ciente da incapacidade de crianças e adolescentes de autoconcretização de seus direitos (desaguando em desigualdades se não houver a cooperação de todos), concedeu tratamento privilegiado aos seus interesses. Não sem razão, o art. 227 da Carta Magna pronuncia a Doutrina da Prioridade Absoluta dos direitos infantojuvenis, de modo que os interesses destes cidadãos sejam considerados prevalentes aos demais. O direito infantojuvenil, portanto, possui natureza dual (social e individual), preferente e indisponível, respeitado e efetivado pela família, mas, igualmente, pela sociedade e pelo Poder Público. O “menor”, antes tratado como objeto ou bem pela sociedade, Estado e família, transformou-se em criança-cidadã, cujos direitos interessam a todos.

Depreende-se daí a corresponsabilidade da sociedade como um todo, da família, qualquer que seja a sua estruturação e origem, e, ainda, do Poder Público, em todos os seus níveis, objetivando assegurar os direitos fundamentais da criança, do adolescente e do jovem. De igual forma, as entidades não governamentais se ombreiam nesse intento mediante programas de assistência integral aos direitos infantojuvenis, em auxílio ao Poder Público, conforme permissão constitucional expressa constante do § 1.º do art. 227 da CF.

A lei não deve privilegiar ou prejudicar ninguém, mas sim regular a vida social tratando equitativamente todos os cidadãos, conforme reza o conteúdo político-ideológico do princípio da isonomia⁵. O tratamento diferenciado concedido

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 21ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2012, p.10. Aponta o autor como critérios para o reconhecimento das diferenciações: Investigar aquilo que é adotado como critério discriminatório; verificar se há justificativa racional e lógica para atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade e analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. *Op. cit.*, p.21-22.

ao direito da criança e do adolescente encontra seu fundamento no reconhecimento de que, inequivocamente, aquelas pessoas humanas estão em peculiar condição de processo de desenvolvimento. No entender de Kelsen⁶, a igualdade dos sujeitos não significa que devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e nas leis baseadas na Constituição, pois seria inconcebível impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou conferir os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como no caso das crianças e adolescentes.

A peculiaridade dessa parcela da população, pois, deve ser levada em consideração, na medida em que constitui, consoante retratado por Monaco⁷, um “grupo socialmente diferenciado e que se encontra em uma posição de menos valia” para o qual devem ser desenvolvidas garantias para uma progressiva concretização de “uma correta equalização quando em comparação com os adultos, grupo social do qual as crianças tendem a fazer parte integrante, num futuro mais ou menos próximo”. Com relação à equação entre a igualdade e os interesses de toda criança e adolescente, a posição de Scaff⁸ é assaz pertinente:

Tais dispositivos estão afinados com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, de modo a evitar tratamentos discriminatórios em situações de igualdade substancial, caracterizadas em relação a todos os que possuem menos de 18 anos, na hipótese em que o *discriminem* estiver fundado exclusivamente na idade. A extensão do princípio do melhor interesse a toda criança e adolescente, outrossim, resulta de uma mudança da própria concepção de família como ambiente voltado ao desenvolvimento de seus membros, que privilegia a criança como sujeito, com repercussões inclusive sobre o poder familiar. Tal poder, dentro da nova família, orienta-se pelos interesses fundamentais dos filhos, vislumbrando-se uma mudança quanto ao foco: dos interesses dos agentes do poder, para os interesses de seus destinatários.

Destarte, no mesmo passo em que todas as crianças e adolescentes passaram a titularizar direitos fundamentais da pessoa humana, obtiveram, também, o privilégio de gozar de direitos prioritariamente protegidos, por serem detentores de interesses diferenciados que precisam ser necessariamente observados no caso concreto, para que a igualdade seja respeitada em favor da parte mais vulnerável (a criança e o adolescente). O regime especial de proteção erguido em prol dos interesses desta população foi observado por Machado⁹ nos seguintes termos:

6 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed., 2ª tiragem, Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.99.

7 MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 148.

8 SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. In: *Direito de Família no novo milênio*. Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. SIMÃO, José Fernando, FUJITA, Jorge Shiguemitsu, CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu, ZUCCHI, Maria Cristina (Org.) São Paulo: Atlas, 2010. p. 575 [itálico no original]

9 MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais*. Baueri: Manole, 2003, p. 119.

É esta vulnerabilidade que é a noção distintiva fundamental, sob a ótica do estabelecimento de um sistema especial de proteção, eis que distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção de *homo médio*. É ela, outrossim, que autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade: porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal.

Como membros da célula *mater* da sociedade, as crianças e os adolescentes, devem receber garantias especiais e prioritárias por parte do Estado que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas, mentais, morais, espirituais e sociais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades, garantindo respeito aos seus interesses.

Oportuno ressaltar que a incapacidade decorrente da idade não implica em restrição à autonomia, à liberdade e à participação da criança, como ser humano dotado de dignidade. O interesse da criança, no entanto, não corresponde necessariamente àquilo que a criança deseja (mas é inegável que tal opinião deve ser devidamente considerada), pois dependerá do grau de maturidade em que crianças e adolescentes se encontrem. Como adverte Gonçalves¹⁰, há “nítida distinção entre a liberdade e a autonomia, de um lado, e a prevalência da voluntariedade infantil, de outro”, [...] “as garantias de liberdade e de autonomia devem ser entendidas como instrumentos para permitir a participação da criança nos processos de decisão, que envolvam sua própria vida, no pressuposto de que dar voz à criança é condição para sua visibilidade e sua afirmação singular no mundo plural”. E conclui:

Nesse contexto, em que se reconhece a liberdade e a autonomia como valores relevantes para a formação infantojuvenil, de rigor incluir a participação da criança e do adolescente no processo de definição de seu melhor interesse, a fim de definitivamente ultrapassar a concepção da criança como objeto de proteção e dar efetividade à sua posição de pessoa, com *status* de valor central do ordenamento.

2. Percurso histórico do superior interesse no direito internacional e no direito brasileiro.

A origem do melhor interesse é encontrada no instituto do *parens patriae*¹¹, utilizado na Inglaterra, como uma prerrogativa do Rei e da Coroa, com intuito protetivo em prol do incapaz, notadamente relacionada à guarda de sua pessoa e administração de seus bens. Para Griffith¹², o *parens patriae* é conceituado como

10 GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: *Revistas Jurídicas LEX*. n. 56 - Mar/Abr 2012, p. 22 e 24.

11 *Parens Patriae*: “A doctrine that grants the inherent power and authority of the state to protect persons who are legally unable to act on their own behalf. Legal term that defines the State’s legal role as the guardian to protect the interests of children who cannot take care of themselves. For example, in an abuse or neglect case, this concept is used to explain the State’s duty to protect minor children who lack proper care and custody from their parents”. Disponível em: <<http://glossary.adoption.com/parens-patriae.html>> Acesso em: 15 nov. 2012.

12 GRIFFITH, Daniel B. *The best interests standards: a comparison of the state’s parens patriae authority*

“a autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica”. As Cortes de Chancelaria, atuando como “guardiães supremos”, no dizer do autor, assumiam o dever de “proteger todas as crianças, assim como os loucos e débeis, ou seja, todas as pessoas que não tivessem discernimento suficiente para administrar os próprios interesses”.

O *parens patriae*, conforme ensinado por Griffith, foi inicialmente utilizado no caso *Finlay v. Finlay*, no qual ficou ressalvado que o bem estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de cada um dos pais. Os casos *Rex v. Delaval* e *Blissetts*, de 1763, no direito costumeiro Inglês, são apontados como os precedentes que consideraram a prioridade do interesse da criança. Como princípio, entretanto, tornou-se efetivo na Inglaterra em 1836.

A introdução do princípio do *best interest* ocorreu nos Estados Unidos, no ano de 1813, no julgamento do caso *Commonwealth v. Addicks*, da Corte da Pensilvânia, em disputa de guarda de filho em ação de divórcio na qual o cônjuge-virago era apontado como culpada por adultério. A Corte considerou que a conduta da mulher em relação ao marido não estabelecia ligação com os cuidados que ela dispensava à criança. Nos Estados Unidos o princípio do *best interest* está relacionado à competência judicial quanto ao *parens patriae*¹³, uma vez que o Estado possui a função de guardião dos legalmente incapazes, antes conferida ao rei. O princípio do *parens patriae* é particularmente relacionado ao exercício da guarda e possui a supervisão da Suprema Corte para exercer o múnus no melhor interesse dos pupilos.

A partir do século XX, descortina-se uma nova era para os direitos das crianças, com as precursoras convenções acerca da idade mínima para o trabalho (1919) e de supressão do tráfico de crianças de 1921.¹⁴ A Declaração de Genebra de 1924, conhecida como Carta da Liga sobre a Criança, é indicada como o documento pioneiro neste alvorecer dos direitos infantis.¹⁵ Apesar de sua tímida redação, a Declaração estabeleceu à criança

and judicial oversight in best interests determinations for children and incompetent patients. In: *Issues in Law & Medicine*, v. 7, n. 3, 1991. Indica o autor, ainda, as principais hipóteses de aplicação do *standard* do melhor interesse da criança: “**The “best interests of the child” standard is the guiding legal standard for child custody disputes and decisions on termination of parental rights.** The typical situation in which it is used is in child custody decisions where a judge is called upon to decide in which parent’s custody the child’s welfare and interests are best served. It is also the leading standard used for a judge’s decision whether to terminate parents’ rights to the care and custody of their children upon clear and convincing evidence of abuse or neglect. (1) Further, some form of the best interests standard is seen in such diverse areas as guardianship of children, (2) guardian ad litem for estate planning, (3) durable power of attorney for health care decisions and living wills, (4) sterilization, (5) surnames, (6) abortion, (7) and medical treatment of newborns with disabilities. (8).” *Op. cit.* p.283-284 [g.n.]

13 Liberati afirma que o princípio do melhor interesse nasceu na ideia de que o Estado pode exercer sua autoridade sobre a criança que pratica ou mantém comportamento contra a lei, na ausência ou incapacidade dos pais de proverem sua assistência. E mais, que a filosofia do *parens patriae* adotada no sistema judicial juvenil nos EUA consiste na exclusão do poder familiar dos pais quando a criança apresenta conduta contrária à lei. LIBERATI, Wilson Donizeti. Princípio do *best interest of child* na justiça juvenil dos Estados Unidos: uma breve análise entre sistemas judiciais juvenis. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança*. Um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 411.

14 BUEREN, Geraldine Van. *International documents on children*. 2. ed. USA,MA: Kluwer Law International, 1998, p. XV.

15 Sua precursoriedade se justifica pela menção de “direitos da criança”. STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *Internacional human rights in context: law, politics, morals*. Oxford-New York: Oxford University Press, 2000, p. 512, apud PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o Direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.281. Destacando a importância deste documento, Pereira afirma que: “Já em 1924 a Declaração de Genebra determinava “a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial” (PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente - uma proposta interdisciplinar*.

(notadamente às órfãs de guerra) os meios para seu desenvolvimento material, moral e espiritual; ajuda especial em situações de fome, doença, incapacitação ou orfandade; prioridade no atendimento em situações difíceis; imunidade contra exploração econômica; e educação em um ambiente que inspire um sentido de responsabilidade social. Em 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos Humanos¹⁶ e, em seu artigo 25, fez menção direta à criança como “detentora do direito a cuidados e assistência especiais.”

A proteção integral e o superior interesse da criança passaram a ser preconizados expressamente, todavia, na Declaração dos Direitos da Criança, em 1959. Estruturada através de vários **princípios**, o referido documento estabelece o direito da criança à especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social, no Princípio II. Eis a redação, conforme tradução dada pela UNICEF:

A criança gozará de **proteção especial** e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, **a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.**

O princípio VII da referida Declaração Universal, ainda, estabelece que: “O **interesse superior da criança** deverá ser o interesse diretor daqueles que têm a responsabilidade por sua educação e orientação; tal responsabilidade incumbe, em primeira instância, a seus pais.”

Observa-se, por conseguinte, que enquanto a Declaração de Genebra tinha por eixo norteador a proteção pelos Estados da criança-objeto, a Declaração dos Direitos da Criança alçou a criança à qualidade de sujeito de direitos e passou a aplicar o **princípio do superior interesse**.

Apesar da acentuada influência destes pactos sobre o direito interno brasileiro, deve-se advertir que as Declarações internacionais não vinculam ou obrigam os Estados à inclusão na legislação de seus respectivos diplomas específicos. Impende ressaltar, por oportuno, que, inspirado naqueles textos internacionais, o Código de Menores Brasileiro, de 1979, preceituou em seu art. 5º a então denominada “regra de ouro” que afirmava: “Na aplicação desta Lei, a proteção aos **interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado**”. Na vigência deste Código de Menores, entretanto, a aplicação do superior interesse limitava-se aos denominados “menores em situação irregular”, doutrina esta que então vigorava.¹⁷

2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.87). Por sua vez, Dolinger rememora que a redação desta Declaração foi promulgada pela entidade não governamental *Save the Children International Union* e aprovada em 1924 pela Assembleia das Nações Unidas. O documento denota a preocupação de serem atendidas as necessidades das crianças no pós-1ª guerra mundial. (DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.82). O preâmbulo desta Declaração proclama: “By the present Declaration of the Rights of the Child, commonly known as “Declaration of Geneva,” men and women of all nations, **recognizing that mankind owes to the Child the best that it has to give**, declare and accept it as their duty that, beyond and above all considerations of race, nationality or creed”. [g.n.]

16 Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

17 Vigoraram no Brasil, antes da Constituição Federal de 1988, duas leis menoristas: Decreto nº 17.943-

Com a incorporação da **Doutrina da Proteção Integral** pelo art. 227¹⁸ da Constituição Federal de 1988, os interesses infantojuvenis ganharam amplitude, aplicando-se a **todo público infantojuvenil**, inclusive e principalmente nos litígios de natureza familiar, palco onde os interesses da criança são constantemente desvalorizados.

Com relação à referida Doutrina, Vercelone¹⁹ preconiza que:

[...] crianças e adolescentes não são mais pessoas *capitis deminutae*, mas sujeitos de direitos plenos; eles têm, inclusive, mais direitos que os outros cidadãos, isto é, eles têm direitos específicos depois indicados nos títulos sucessivos da primeira parte; e estes direitos específicos são exatamente aqueles que têm que lhes assegurar o desenvolvimento, o crescimento, o cumprimento de suas potencialidades, tornar-se cidadãos adultos livres e dignos.

O superior interesse da criança, no entanto, não está previsto de modo expreso no texto constitucional, mas é pilar da doutrina consagrada no referido art. 227. Com a ratificação pelo Brasil da Convenção Internacional dos Direitos da Criança²⁰, enfim, a superioridade dos direitos infantojuvenis foi incorporada expressamente no ordenamento brasileiro. O art. 3.1 da referida Convenção, conforme tradução que consta do Decreto Executivo nº 99.710, estabelece que:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, **devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.**

E mais, o interesse da criança deve incidir em todas as áreas de seus direitos, na seara familiar notadamente. O art. 9º da referida Convenção Internacional, ao versar sobre a guarda de filhos menores, assegura que:

1- Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis,

A, de 12 de outubro de 1927 (Código de Mello Mattos) e a Lei nº 6.697/1997 (Código de Menores), esta última abraçando a Doutrina da situação irregular. Antes, entretanto, no Brasil, a Doutrina Penal do menor era a resposta à delinquência juvenil através de leis de adultos (Códigos Penais de 1830 e 1890). Por evidente, o interesse dos então denominados “menores” era totalmente desconsiderado.

18 Art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado** assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [g.n.]

19 VERCELONE, Paolo. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. Comentários jurídicos e sociais. Munir Cury (Coord.). 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

20 A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Resolução nº 44 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 20.11.1989, subscrita pelo governo brasileiro em 26 de janeiro de 1990, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto nº 28/90 e promulgada pelo Decreto Executivo nº 99.710 de 21.11.1990.

que tal separação é necessária ao **interesse maior da criança**. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, se a criança sofre maus tratos ou descuido por parte dos pais, ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança. [...]. 3- Os Estados Partes respeitarão o direito da criança separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato com ambos, a menos que isso seja contrário ao **interesse maior da criança**. [...] [g.n.]

A tradução brasileira adotada para a Convenção qualifica o interesse da criança quantitativamente – **maior** – enquanto que o texto original utiliza o caráter qualitativo do interesse – **melhor/superior**²¹. A doutrina brasileira se divide, expressando em sua maioria a preferência pelo **melhor interesse da criança** ou utilizando o seu sinônimo: **superior**.²²

A opção de Lauria²³ pela expressão “melhor interesse” está posta na própria essência da criança e no fato de que a qualidade rejeita a discussão do problema sob uma ótica utilitarista:

A infância e adolescência merecem prioridade por seu caráter único (situação especial como pessoa em desenvolvimento) e pela natureza transitória, com possibilidade de sequelas irreparáveis (o que é irreparável deve ser evitado). Essas as razões pelas quais se prefere a expressão “melhor interesse da criança.”

Destarte, a Convenção em apreço, considerada o mais amplo tratado de direitos humanos, de modo explícito, afirma que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, antes e depois do nascimento e que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços. Impõe aos pais, a cada indivíduo, às organizações voluntárias, às autoridades locais e aos governos que reconheçam os direitos e liberdades lá enunciados, empenhando-se pela sua observância.

Esta Convenção, assim sendo, transformou o modo como a criança era vista e tratada em todas as partes do mundo, exercendo influência ampla e profunda em legislações nacionais e internacionais, em políticas e programas, em instituições públicas e privadas, nas famílias, nas comunidades e nos indivíduos. Quatro são os princípios básicos que decorrem deste texto universal: 1) Não discriminação ou universalidade (artigo 2); 2) Prioridade para o melhor interesse da criança (artigo

21 As versões nas três línguas oficiais da Convenção - espanhol, francês e inglês - enfatizam o caráter qualitativo do interesse da criança – *el interés superior; l'intérêt supérieur; the best interests*. O conceito de superior interesse aponta com mais precisão a orientação interpretativa para o texto mencionado. Cabe transcrever a tradução livre elaborada por Flávia Piovesan: “Artigo 3º - 1. Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 578.

22 “**MELHOR**: Derivado do latim *melior*, superlativo de *bonus* (bom), no sentido jurídico é o adjetivo tomado na mesma significação vulgar: é o que vale mais, tem maior força, que se mostra mais evidente ou tem qualidade mais próxima do ideal. Indica, pois, o grau de superioridade de uma coisa em comparação a outra”. MELHOR. In: DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 28. ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 906. [itálico no original]

23 LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.32.

3); 3) Direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (artigo 6) e 4) Respeito pelas opiniões da criança (artigo 12).²⁴

O superior interesse, então, constitui-se **princípio** que tem por objetivo a solução de conflitos de interesses entre uma criança e outras pessoas, de maneira especial entre os pais e outros familiares: Segundo O'Donnell²⁵

O artigo 3º da Convenção consagra o princípio de que “o interesse superior da criança” será “uma consideração primordial” em todas as medidas que lhe afetem. [...] Essencialmente, o conceito significa que, quando surgem conflitos desta ordem, como no caso da dissolução de um casamento, por exemplo, os interesses da criança prevalecem sobre os de outras pessoas ou instituições. Interpretado dessa forma, este princípio favorece a proteção dos direitos da criança, e o lugar central que deve ocupar na Convenção constitui, em nossa opinião, uma valiosa contribuição à ideologia dos direitos da criança.

Sendo assim, restou manifesta “a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras”²⁶.

A assistência da criança pelo Estado foi sedimentada, igualmente, através da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁷, notadamente estampada no art. 19 que prevê que toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado. E mais, a ratificação destes tratados pressupõe a assunção pelos signatários daqueles compromissos, o de garantirem os direitos referidos naqueles, podendo ser autoexequíveis ou, darem ocasião à sua materialização por meio de medidas e criação de instrumentos.²⁸

Observa-se, então, que o interesse da criança passou a nortear não somente as leis, mas todas as ações realizadas pelas instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos. Sofrem estes órgãos, inclusive, fiscalização e controle pelo Comitê sobre os Direitos da Criança que monitora o respeito aos ditames daqueles tratados, mediante o exame de relatórios periódicos encaminhados pelos Estados-partes.

24 Conforme texto da UNICEF divulgado por ocasião das comemorações dos 20 anos da Convenção: “O princípio de “melhor interesse” exige que governos ou outros interessados reconsiderem o impacto causado sobre a criança por qualquer de suas ações. Esse princípio mostrou ter influência vital sobre legislações, estratégias, políticas e programas elaborados em apoio aos direitos da criança. Foi utilizado de maneira específica em julgamentos legais e por instituições civis de assistência social em situações que exigiam equilíbrio entre demandas concorrentes – por exemplo, em casos de divórcio ou quando a custódia da criança estava em jogo.” Disponível em: <http://www.unicef.pt/18/sowc_20anoscdc.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

25 O'DONNELL, Daniel. *A Convenção sobre os Direitos da Criança: Estrutura e Conteúdo*, Infância: Boletim del IIN, nº 230. Tomo 63, Julio. Montevideo. 1990, p. 9.

26 AMIM, Andrea Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 1217p. p. 11-19.

27 Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 678 de 25.09.1992.

28 SAIAS, Marco Alexandre. A Convenção sobre os direitos da criança. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. vol. XLIII, n.1. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 797. Conforme o autor o princípio do melhor interesse da criança orienta todos os demais princípios da Convenção e que estes representam os maiores valores da humanidade. *Op. cit.* p. 845.

As convenções, diferentemente das declarações, possuem força vinculativa e obrigatória e demandam seu acolhimento legislativo. Esses documentos contêm as diretrizes, valores e paradigmas internacionais que albergam o poder de nortear corretamente, no direito de cada país, as ações da sociedade, do governo e do Estado. Através da Convenção dos Direitos da Criança buscou-se equacionar o problema jurídico da necessidade de obrigar os Estados aderentes a criarem, no plano interno, com respaldo em suas diretrizes, a legislação protetiva dos direitos da criança e do adolescente.

E mais. No descrever de Piovesan²⁹, o conteúdo dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, completa o rol de direitos fundamentais.

Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional. [...] Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade” densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.

Destarte, ratificados os tratados e as convenções internacionais³⁰, os Estados partes assumem obrigações a eles relativas, respeitando-os através da abstenção da prática de ações que avancem em sentido contrário a estes direitos; a obrigação de agir mediante a implementação de todas as medidas cabíveis para a proteção dos mesmos e, ainda, garantir o exercício a toda pessoa sujeita a sua jurisdição. O princípio do melhor interesse, portanto, consta expresso na Convenção antes mencionada, sendo forçoso concluir que está inserido e integrado ao direito positivo brasileiro, originário de norma internacional, com *status* interno de lei federal, vinculando os operadores do direito à sua observância.³¹

No tocante à aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, assegurada pelo art. 5º, § 1º da Constituição, Piovesan doutrina que, por terem os tratados internacionais de direitos humanos como objeto justamente a definição de direitos e garantias, tais normas merecem aplicação imediata. Em resumo, é possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais.³² Portanto, mesmo sem estar explicitamente previsto na Lei maior, o dispositivo do melhor interesse da criança, expresso na respectiva Convenção, tem força de norma fundamental interna.

29 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.111.

30 O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal reza que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

31 Na jurisprudência, cabe transcrever a seguinte Ementa: “O BRASIL, AO RATIFICAR A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, ATRAVÉS DO DECRETO 99.710/90, IMPÔS, ENTRE NÓS, O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, RESPALDADO POR PRINCÍPIOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS. O que faz com que se respeite no caso concreto a guarda de uma criança de 03 anos de idade, que desde o nascimento sempre esteve na companhia do pai e da avó paterna. Não é conveniente, enquanto não definida a guarda na ação principal que haja o deslocamento da criança para a companhia da mãe que, inclusive, é portadora de transtorno bipolar. Agravo provido. (TJRS – Agravo de Instrumento nº 70000640888 – Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira – j. 06/04/00)”.

32 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional ...*, p.145. Comungando deste mesmo entendimento: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v.46, n.182, jul./dez., 1993, p. 30-31 e BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1988-1989, v.2, p.396.

3. A previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente

Vigora no Brasil, desde 1990, a Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - microsistema garantidor dos direitos especiais de proteção infanto-juvenis, gerados na Constituição Federal de 1988. Trata-se de um sistema aberto de regras e princípios que consubstanciam a Doutrina da Proteção Integral (art. 1º). O novo direito especial erigiu o seu destinatário final - crianças e adolescentes - a sujeitos de direitos, considerando-os como pessoas em processo de desenvolvimento físico, emocional, psicológico e moral e preocupando-se com a prevenção da violação de seus direitos. Sai de cena o direito tutelar cujo objeto era o "menor" e passa-se ao direito protetor responsabilizador³³ de crianças e adolescentes, sujeitos de direitos, cuja definição consta do art. 2º do ECA. Sobre a nova doutrina adotada pelo legislador constituinte no art. 227 da CF/88 e no art. 4º do ECA, preleciona Cury³⁴ que:

Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas aos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Por força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles.

Ressalva-se, por oportuno, que o melhor/superior interesse da criança, entretanto, não foi expresso na redação inicial do ECA, como princípio. Todavia, Tepedino³⁵ distingue a consagração do mesmo no art. 6º daquele diploma legal quando privilegia a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, na atividade interpretativa. Nas palavras do doutrinador:

Justifica-se assim, os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, da parentalidade responsável e da doutrina da proteção integral, com o escopo de garantir os interesses das pessoas menores de idade, com vistas ao seu crescimento biopsicamente saudável e à paulatina aquisição de autonomia para agir, por si mesmo, com responsabilidade.

33 As expressões direito tutelar e direito protetor responsabilizador são de Josiane Veronese. VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas. Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). São Paulo: Saraiva, 2003, 353 p.p. 33-34.

34 CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. Comentários jurídicos e sociais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33.

35 TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: Projeções civis e estatutárias. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 866.

Barbosa³⁶ reforça que o critério hermenêutico sintetizado na fórmula do melhor interesse da criança adquiriu, no Brasil, conteúdo normativo específico, na cláusula geral de tutela da pessoa humana introduzida pelo art. 1º, III, da CF/88 e determinada no art. 6º da Lei nº 8.069/90.

Não obstante o silêncio inicial do ECA, com o advento da Lei nº 12.010/09, primeira grande modificação desta lei, o **interesse infantojuvenil passou a ser qualificado como superior e expressamente reconhecido como princípio em uma lei infraconstitucional**. Eis a redação deste princípio no rol constante no parágrafo único do art. 100:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. **São também princípios que regem a aplicação das medidas:** (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) [...] IV - **interesse superior da criança e do adolescente:** a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) [...]

A enumeração principiológica do referido dispositivo, por força de sua localização no bojo estatutário, está, em tese, vinculado à aplicação das medidas de proteção. Tal assertiva, no entanto, não se sustenta, vez que a inclusão expressa do **interesse superior** da criança e do adolescente como princípio para o fim protetivo decorre da Doutrina da Proteção Integral que, por seu turno, está consubstanciada na norma constitucional do art. 227. Ademais, este princípio passou a ser critério interpretativo em situações específicas da lei estatutária: na reavaliação da medida de acolhimento institucional e nas adoções internacionais. Vale conferir os dispositivos:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. § 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. [Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009] § 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, **salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária**. [Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009] [g.n.]

36 BARBOSA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2, 2000, Belo Horizonte. *Anais... Belo Horizonte*: IBDFAM, OAB-MG: Del Rey 2000, 578 p. p. 205-206.

Art. 52-C. Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida, a decisão da autoridade competente do país de origem da criança ou do adolescente será conhecida pela Autoridade Central Estadual que tiver processado o pedido de habilitação dos pais adotivos, que comunicará o fato à Autoridade Central Federal e determinará as providências necessárias à expedição do Certificado de Naturalização Provisório. [Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009] § 1º A Autoridade Central Estadual, ouvido o Ministério Público, somente deixará de reconhecer os efeitos daquela decisão se restar demonstrado que a adoção é manifestamente contrária à ordem pública **ou não atende ao interesse superior da criança ou do adolescente**. [Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009] [g.n]

Por sua abrangência e importância, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi elevado a arcabouço legal de vários direitos infantis e, neste sentido, passou a constar como principal norma de regência dos direitos filiais nas relações de família.³⁷ Não que o Código Civil de 2002 tenha sido omissivo acerca das normas de interpretação em prol da infância, mas inegavelmente permanece conservador ao não imprimir expressamente a diretriz do superior interesse. As normas constantes do livro de Direito de família mencionam o interesse do filho genericamente e sempre relacionado ao interesse dos pais ou do casal.³⁸

A doutrina especializada, de igual forma, se debruçou acerca do paradigma do superior interesse da criança e é unânime em classificá-la como **princípio**³⁹. Gama⁴⁰, inclusive, o compreende como sendo um importante modificador das relações intrafamiliares:

37 Mister consignar no rol de leis especiais familiaristas: Lei de Alimentos (Lei n. 5478/68), Lei de Investigação de Paternidade (Lei nº 8.560/92); União Estável (Leis nº 8.971/94 e 9.278/96); Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006); Separação e Divórcio administrativos (Lei nº 11.441/2007); Guarda Compartilhada (Lei nº 11.698/2008); Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804/2008); Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/10); Direito de visita pelos avós (Lei nº 12.398/2012); Alimentos provisionais contra agressor (Lei nº 12.451/2011). Em nenhuma delas há menção expressa ao superior interesse da criança.

38 Como exemplo, citam-se alguns dispositivos: “Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção. Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente **os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges**”. [g.n]

39 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 126-140. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso*. 1 ed. São Paulo: Atlas. 2008. Tânia Pereira identifica o melhor interesse da criança como uma norma cogente não somente por força da ratificação da Convenção, mas porque se trata de um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária de aplicação da norma. PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: _____. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 25. Barboza, por sua, afirma que a doutrina da proteção integral não somente “ratificou o princípio do melhor interesse como critério hermenêutico, como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da Constituição Federal.” BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 115.

40 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família...*, p. 80.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.

Diante desse panorama, cumpre distinguir o papel e as peculiaridades dos princípios, notadamente do superior interesse, para a efetivação das regras que orientam as relações paterno-filiais.

4. Breve incursão nas características dos princípios.

Segundo Bobbio⁴¹, os princípios “são normas como todas as outras”; “as normas mais gerais” do sistema e contêm o espírito que paira sobre todas as leis. A doutrina acerca da natureza normativa dos princípios tem em Dworkin um de seus principais nomes. Este doutrinador assevera que o “princípio é norma e tem um alvo certo: combater a *discricionariedade* [...] Quando não existe regra a disciplinar o caso, há, invariavelmente, princípio e, calha ressaltar mais uma vez, princípio é norma daí porque vincula, conforme, obriga.”⁴² A partir de Alexy, em sua teoria distintiva entre princípios e regras, foram demarcados os conceitos dos princípios como normas, assim como enfrentada a questão da colisão de princípios e do conflito de regras. Portanto, princípios e regras desfrutam do mesmo *status*: são normas jurídicas. Diante da limitação do presente estudo, a breve análise sobre as características dos princípios será detida na potencialidade que os mesmos oferecem para a atuação do intérprete.

O ponto central da distinção entre princípios e regras, no estudo de Alexy⁴³, reside no critério gradualista-qualitativo pelo qual os princípios são considerados normas de um grau de generalidade relativamente mais alto e as regras são normas de generalidade relativamente baixa. Princípios, em Alexy, sob o critério estrutural são “normas de otimização”, cuja principal característica consiste em poderem ser cumpridos em distinto grau e onde a medida imposta de execução depende das possibilidades jurídicas e fáticas. Já as regras são “mandados de definição”. Para Alexy, os princípios, como mandados de otimização, funcionam como cláusulas de abertura para o julgador.

No estudo de Ávila⁴⁴ foram analisados quatro critérios distintivos entre regras e princípios: a) caráter hipotético-condicional (princípios apenas indicam os fundamentos a ser utilizados pelo aplicador para depois encontrar a regra para o caso concreto); b) modo final de aplicação (os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos); c) relacionamento normativo (o relacionamento entre os princípios

41 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999 (reimpressão 2006), p. 158.

42 OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio. In: *JurisPoesis: Revista do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, ano 13, n. 13, jan - dez. 2010, p. 203. [itálico no original]

43 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87-91.

44 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p.42-43.

consiste num imbricamento a ser solucionado pela ponderação, que atribua dimensão de peso a cada um deles) e, por fim, d) o critério do fundamento axiológico (princípios são fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada).

Canotilho⁴⁵, considerando particularmente complexa a distinção entre princípios e regras, diz que: “Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma “otimização”, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos “fáticos” e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem “exigência de otimização”, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do “tudo ou nada”), consoante seu “peso” e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes”. E enumera vários critérios quanto aos graus de distinção entre as normas:

Grau de abstração: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida. b) *Grau de determinabilidade* na aplicação no caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação direta. c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito). d) *Proximidade da ideia de Direito:* os *princípios* são ‘*standards*’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de Direito’ (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. e) *Natureza normogénica dos princípios:* os *princípios* são fundamentos de *regras*, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

As regras descrevem condutas, enquanto que os princípios são valorativos ou finalísticos, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados, mas conteúdo amplo, como explica Pereira R.⁴⁶:

A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação deve ser “*prima facie*”. Os princípios, por serem *standards* de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto.

45 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1060-1061 e 1144-1145.

46 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.129. [itálico no original]

A apresentação ou forma indefinida dos princípios, entretanto, não o afasta de seu caráter normogenético⁴⁷. A vaguidade da qual são dotados os princípios, de acordo com Rothenburg⁴⁸, significaria uma enunciação larga e aberta capaz de hospedar as grandes linhas que devem orientar todo o ordenamento jurídico, tendo, portanto, grau satisfatório de concretização através das aplicações às situações de fato. Textualmente afirma o autor que:

Desconsiderar que os princípios já carregam um certo e suficiente significado, e sustentar sua insuperável indeterminação, representa desprestigiar sua funcionalidade em termos de vinculação (obrigatoriedade), continuando-se a emprestar-lhe uma feição [meramente diretiva, de sugestão - o que não se compadece, absolutamente, com a franca natureza normativa que se lhes deve reconhecer [...]. Portanto, inclusive quando os princípios não estejam retomados e desenvolvidos por preceitos mais precisos e específicos, é possível - embora de difícil operacionalidade - deduzir e atender diretamente pretensões com fundamento exclusivo nesses princípios jurídicos.

São os princípios, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem os fins a serem promovidos e, por esta razão, não há a enumeração exaustiva dos fatos que produzirão a consequência jurídica ou demandarão a concretude de outra norma. O elemento essencial dos princípios, portanto, para Ávila⁴⁹ é a indeterminação estrutural: elevado grau de generalidade material sem consequências específicas previamente determinadas.

Streck⁵⁰, por sua vez, assevera que a norma “representa o produto da interpretação de um texto, ou seja, de regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na *applicatio*.” Ensina o referido doutrinador que “é possível discutir os limites semânticos de uma regra ou de um preceito; mas não de um princípio. E por que não? Porque o princípio tem uma formatação diferida. Podemos discutir a sua aplicação, mas não o seu “domínio” sintático-semântico.”

A diferença entre as normas - regras (preceitos) e princípios -, segundo Streck⁵¹, é que o princípio está contido na regra, atravessando-a, resgatando o mundo prático, pois este não pode ser dito no todo. O princípio, então, “desnuda a capa de sentido imposta pela regra”. É a “enunciação do que está enunciado”. Ensina, ainda, Streck⁵² que “a identificação da regra estaria relacionada a uma dimensão “imediatamente comportamental”, enquanto que a dimensão “finalística” permitiria a identificação de princípios. A metodológica, por sua vez, identificaria um ‘postulado’”.

47 Fábio de Oliveira afirma não ser acertado afirmar genericamente que o princípio é norma mais abstrata, fluida, vaga, indeterminada do que a regra, pois não leva em consideração à hipótese particular, a situação empírica, a contingência fática. OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. *Op. cit.* p.215/216.

48 ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. In: *Revista da faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, ano 29, n.29, 1996, p. 205-206. 199-238.

49 ÁVILA, Humberto. *Op.cit.* p. 136.

50 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 549 e 567. [italico no original]

51 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 145-149. [italico no original]

52 STRECK, Lenio Luiz. Do panprincipiolismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. In: *Revista de Informação Legislativa*. n. 194, a. 49, Brasília, p. 7-21, abril/junho-2012, p. 12.

No que tange à finalidade prospectiva desempenhada pelos princípios, Miranda⁵³ afirma que esses exercem uma função dinamizadora e transformadora, em virtude da força expansiva de que são providos, diferentemente dos preceitos “por causa de suas amarras verbais.”

Os princípios, na verdade, não se apresentam sempre indeterminados e genéricos, pois possuem em sua essência, certo e suficiente significado passível de concretização mediante a operação de aplicação de seu preceito nuclear às situações fáticas, dentro do respectivo contexto político e social. Em Canotilho⁵⁴, os princípios são determináveis em concreto:

Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios, isso não significa que eles sejam imprevisíveis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (*imprevisibilidade dos princípios*); permitem, sim, projeções ou irradiações normativas com um certo grau de discricionariedade (*indeterminabilidade*), mas sempre limitadas pela juridicidade objectiva dos princípios.

Por outro lado, impende referir Díez-Picazo⁵⁵ acerca do risco do subjetivismo e da proliferação de decisões de acordo com as preferências pessoais do intérprete. Para afastar tal perigo a técnica de ponderação deve ajustar-se a três exigências. Em primeiro lugar, é sempre necessário levar a cabo uma cuidadosa análise das características do caso concreto, tanto em seus aspectos fáticos como em seus aspectos jurídicos. Em segundo lugar, uma vez verificado que não existe solução possível à margem da colisão, é necessário determinar qual dos valores é mais digno de proteção. Mais uma vez, para se evitar a tentação do subjetivismo, é necessário lembrar que não se trata de decidir qual dos valores em presença é mais digno de proteção em abstrato, mas sim no caso concreto. Em terceiro e último lugar, deve-se recordar que a técnica de ponderação não oferece respostas em termos de “sim” ou “não”, mas de “mais” ou “menos”.

Questão da mais alta relevância, que envolve a determinação do conceito de princípio, é estudada profundamente por Streck⁵⁶ no que tange ao denominado “panprincipiologismo”, denominação do autor para o fenômeno que avalia perigoso, pelo qual “na “ausência” de “leis apropriadas”, o intérprete acabaria por lançar mão de ampla principiologia. Destarte, o sentido dos limites do aplicador deve estar assentado na Constituição Federal e, portanto, os princípios não podem ser incompatíveis com o “programa-normativo-vinculante”. Não há como discordar da posição abalizada de Streck⁵⁷ de que existe uma deontologia dos princípios, “visto que são os princípios que instituem as bases para a normatividade do direito” e de que os princípios não devem mais ser tratados como cláusulas de abertura.

53 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988, t.2, p. 200.

54 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1183. [itálico no original]

55 DíEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p.47-48. Ana Paula de Barcellos divide a técnica da ponderação em três etapas: identificação dos enunciados normativos em tensão; identificação dos fatos relevantes e decisão. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 92-146.

56 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...*, p. 538-539.

57 STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. In: OTTO, Écio; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 198. No mesmo sentido Alexy afirma que, como mandamentos, os princípios pertencem ao âmbito deontológico e os valores, por sua vez, ao nível axiológico: “Aquilo que, no modelo dos valores, é *prima facie* melhor é no modelo de princípios, *prima facie* devido.” *Op. cit.* p.146.

4.1. O reconhecimento do superior interesse da criança como princípio constitucional

Como antes referido, pressuposto norteador da doutrina da proteção integral, ao lado da prioridade absoluta, o interesse superior da criança foi recepcionado expressamente no texto constitucional como princípio, através de ratificação de Convenção Internacional dos Direitos da Criança pelo Brasil, em 1990.

O superior interesse da criança constitui, inegavelmente, a base e o pressuposto imperativo do sistema de garantias infantojuvenis. Sem este princípio, as regras constitucionais estabelecidas em prol dos direitos da criança e do adolescente não adentram o mundo prático.

Com relação à sua classificação, utilizando-se do critério formulado por Barroso⁵⁸ acerca dos princípios constitucionais materiais, entende-se o princípio do superior interesse como um princípio setorial ou especial, ou seja, aquele que preside um específico conjunto de normas afetadas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. *In casu*, o princípio decorre do art. 227, inserto no capítulo VII, que trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso e, a esta temática, está vinculado.

No entanto, Streck⁵⁹ faz aguda crítica aos princípios por ele denominados “oportunistas”, dentre os quais o autor aponta o da absoluta prioridade dos interesses da criança e do adolescente, por entender que a primazia decorre dos preceitos constitucionais do art. 226, 227, 228, 229 e 230.

Entretanto, ousa-se divergir do ilustre doutrinador, concluindo-se que o superior interesse da criança possui efetivamente o DNA de princípio. A sua natureza principiológica encaixa-se adequadamente ao ensinamento de Reale⁶⁰ para quem princípios são “verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade”. E ainda, diz o mestre que se denominam princípios também, “certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus *pressupostos* necessários.”

Exemplifica-se. Dentre os direitos fundamentais previstos no art. 227 da CF, a convivência familiar é aquele direito cujo conteúdo é alvo de interpretações mais acirradas em sede jurisprudencial. Se esta regra constitucional – convivência com os pais e familiares -, estivesse atrelada somente aos preceitos concernentes ao poder familiar, teria sua *applicatio* limitada à guarda, companhia, visitas.

A convivência familiar, no entanto, irradiada pelo princípio do superior interesse não se satisfaz com essas interpretações restritivas. Desnudada por aquele princípio, **a convivência com a família** significa, na realidade, para um ser humano em desenvolvimento, **a dimensão construtora da sua identidade**. Esse é o pressuposto necessário a ser perseguido no mundo prático: **a formação de convivência deve se adequar aos interesses superiores de determinada criança (e não de seus pais) e possibilitar o pleno desenvolvimento moral, afetivo e psicológico como pessoa humana em processo de formação**.

58 BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377.

59 STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 583.

60 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p.60.

Não fosse o superior interesse das crianças um princípio, a exegese da regra do texto constitucional (art. 227) levaria o aplicador à solução injusta de considerar prioritariamente e, quiçá, exclusivamente, o interesse dos titulares do poder familiar (pais). Essa norma constitucional, de tal modo, produziria sempre sentido único e objetivo, válido para todas as situações que se apresentassem. A concretude dos direitos fundamentais dos filhos dependeria, em última instância, da forma como o poder familiar dos pais é exercido, o que invalidaria a eficácia do princípio constitucional do superior interesse.

Como os princípios relacionados às relações parentais encontram substrato constitucional, eles formam cláusulas gerais deixadas pelo legislador para o preenchimento do aplicador do direito, conforme cada caso concreto. Explicando essa complementação das cláusulas gerais pelos princípios, Tartuce⁶¹ aponta para a denominada *eficácia horizontal mediata*, pois haveria uma *ponte infraconstitucional*. Exemplificando com o sistema solar, diz o autor que: “as cláusulas gerais funcionam como *placas solares no planeta Código Civil*, para a entrada dos *raios solares* – os princípios constitucionais -, nas relações privadas.”

Como ensina Barroso⁶², a eficácia dos princípios constitucionais, na acepção interpretativa, “consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente”.

Destarte, deverão ser observadas as características do caso concreto, os princípios aplicáveis e os fins a serem produzidos, surgindo, então, o sentido da norma jurídica, de modo que a solução dada seja constitucionalmente adequada para o problema a ser solucionado.

Deve-se atentar, pois, para que a incidência do princípio ao mundo real dê-se de acordo com a Lei Maior, evitando-se o excesso de fluidez que enseja decisões voluntaristas do julgador. O superior interesse, assim, deve ser percebido, como todos os demais princípios, como cláusula de “fechamento hermenêutico”. “Eles condicionam o intérprete no sentido de obrigá-lo a decidir de modo a não comprometer o todo conjuntural da comum-idade dos princípios constitucionais”, no dizer de Streck⁶³.

O provimento jurisdicional, portanto, que tenha por objetivo examinar os interesses infantojuvenis deve sempre respeitar e obter, de modo eficaz e efetivo, a proteção integral e prioritária dos direitos da criança ou do adolescente (art. 227 da CF c/c 1º e 100, parágrafo único, inciso II do ECA).⁶⁴

Conforme expõe Amin⁶⁵:

61 TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In: *Direito de Família no novo milênio*. Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. SIMÃO, José Fernando, FUJITA, Jorge Shiguemitsu, CHINELAITO, Silmara Juny de Abreu, ZUCCHI, Maria Cristina (Org.) São Paulo: Atlas, 2010, p. 40.

62 BARROSO, Luis Roberto; Barcellos, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 368.

63 STRECK, Lenio Luiz. Posfácio... p.187.

64 Art. 100, parágrafo único, inciso II: “proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares”.

65 AMIN, Andrea Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 1217p p. 34-35 [g.n].

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o princípio do melhor interesse toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. **Melhor interesse não é o que o Julgador entende que é melhor para a criança, mas sim, o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível. [...] Importante frisar que não se está diante de um salvo-conduto para, com fundamento no *best interest* ignorar a lei. O julgador não está autorizado, por exemplo, a afastar princípios como o do contraditório ou do devido processo legal, justificando seu agir no melhor interesse.**

Em suma, na aplicação do superior interesse da criança deve o julgador obediência irrestrita à Constituição Federal, de modo a não ser levado a se inebriar pela discricionariedade excessiva.

Para Amaral e Silva⁶⁶ a orientação zetética balizada pelo art. 6º do ECA⁶⁷ deixa claro o cuidado em jungir a aplicação da lei estatutária às normas, aos princípios do direito ciência, no caso, da hermenêutica jurídica. Explica o doutrinador e redator do ECA acerca do superior interesse.

O dispositivo interpretado sistematicamente deixa claro que o melhor interesse constitui diretriz hermenêutica do novo modelo. É o que se extrai do contexto do Estatuto, principalmente de suas disposições preliminares. Bem por isso, o artigo 1º explicitou dispor a lei sobre proteção integral. Portanto, suas normas não podem ser interpretadas em prejuízo dos destinatários dessa proteção, que é total, completa. Acrescenta o artigo 3º que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral.” O art. 4º, que todos devem garantir os direitos de crianças jovens com absoluta prioridade. O 5º, que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, crueldade ou opressão”. Ao se referir aos fins sociais, o Estatuto explicitou a opção pela exegese teleológica, ou seja, a da proteção integral, com prevalência do melhor interesse. Não mais um “melhor interesse subjetivamente estabelecido, o que poderia conduzir ao arbítrio, mas um superior interesse baseado em normas objetivas, finalísticas, voltadas à proteção integral.

O princípio do superior interesse possui, assim, a função limitante da interpretação, restringindo a discricionariedade judicial e possíveis arbitrariedades, de acordo com Farias⁶⁸: “A referência obrigatória aos mesmos nos casos difíceis e duvidosos tornam o processo de interpretação-aplicação do direito mais controlável e racional, porquanto evita que o operador jurídico invoque valores subjetivos não amparados de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico.”

66 AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. O Judiciário e os novos paradigmas conceituais e normativos da infância e da juventude. In: ALTOE, Sônia (Org.). *Sujeito do direito, Sujeito do desejo*. Direito e psicanálise. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Revinter, 2010, 157p. p. 54-55. Sob a ótica zetética o questionamento está em posição fundamental, representando isto que qualquer premissa tida como certa pela dogmática pode ser reavaliada, alterada e até desconstituída.

67 “Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

68 FARIAS, Edilson Pereira. Apud ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 44.

Nesse igual sentido, Pereira T.⁶⁹ alerta que a falta de clara definição dos princípios relacionados a direitos infantojuvenis, aliada a um eventual poder discricionário de amplas dimensões do Juiz (valores pessoais do julgador), pode gerar resultados injustos para as crianças.

É importante registrar, por oportuno, o aspecto psicológico que decorre da utilização do princípio do superior interesse da criança para conferir o balizamento sob a ótica do titular do direito infantojuvenil e não a partir da vontade e do ativismo judicial. Groeninga⁷⁰ adverte que a criança tem sido alvo de uma “adultomorfização”, sendo vista a partir do conhecimento e interesses dos adultos e menos a partir de seu referencial, o que a violenta em sua condição:

De um lado, todo o movimento de valorização da criança, da busca de seu melhor interesse, levou ao que seria o privilégio do que se acredita ser a sua ótica. Como procura-se lidar com os aspectos objetivos do conflito no Judiciário, o que este tem de subjetivo acaba tendo representação, sendo colocado, projetado, nas crianças. A elas dirige-se, com mais facilidade, a empatia, o afeto, as preocupações. Mesmo o medo que naturalmente se tem das mudanças, muitas vezes, leva a usar a criança como escudo frente a estas. Facilmente a vulnerabilidade dos adultos é transferida para elas; esses acabam por invocar os direitos das crianças, escudando as próprias dificuldades, quando se veem impelidos a usar a lógica da força. Como os afetos não têm lugar na moldura legal, acabam por aparecer na preocupação com as crianças. Assim, por vezes, fala-se em nome da criança devido à dificuldade em falar em nome próprio.

Em outras palavras, sem a aplicação do princípio ora em análise, os dos adultos sobre as crianças⁷¹. Nesta mesma nota de prudente interpretação do princípio do melhor interesse da criança, ressalta Digiácomo⁷² que:

[...] não mais pode ser invocado de forma vazia, como quando da vigência das razões de sua proposital omissão da redação original do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo sido a este expressamente incorporado apenas com o advento da Lei nº 12.010/2009, que também relacionou uma série de outros princípios, que precisam ser com aquele interpretados e aplicados, na perspectiva de evitar as distorções de outrora. Pela sistemática atual, portanto, não basta ao magistrado invocar o princípio do melhor *individualmente analisado*, a partir de elementos idôneos trazidos aos autos [...].

69 PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2, 2000, Belo Horizonte. *Anais... Belo Horizonte*: IBDFAM, OAB-MG; Del Rey 2000, 578 p. p. 222-227.

70 GROENINGA, Giselle. *Do interesse à criança ao melhor interesse da criança* - contribuições da mediação interdisciplinar. In: Associação dos Advogados de São Paulo: Revista do Advogado. n. 62, março/2001, p. 79.

71 COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 150.

72 DIGIÁCOMO, Murilo José. *Quando o conhecimento jurídico não basta - a imprescindibilidade da intervenção técnica interdisciplinar nas causas que envolvem interesses de crianças e adolescentes*. Disponível em: http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/download/quando_conhecimento_juridico_n_basta_II.pdf Acesso em: 15 nov.2012. [itálico no original e negrito nosso]

Neste sentido, afirma Meirelles⁷³ que, o princípio do melhor interesse da criança não possui caráter subsidiário, devendo ocupar o núcleo das decisões relacionadas ao infante, até porque se trata de princípio constitucional, portador de imperatividade, sendo descabido considerá-lo somente um limite ou mero princípio geral interpretativo.

4.2. A aplicação do superior interesse da criança nas demandas familiares pelas Cortes superiores brasileiras

A *applicatio* do princípio do superior interesse ocorre primordialmente quando ocorrem conflitos de ordem familiar, como nas demandas relacionadas à ruptura dos relacionamentos dos pais e ao exercício do poder familiar, notadamente a guarda e a companhia em momentos de tensão pós-traumática do rompimento. Mas não somente. Qualquer que seja o interesse em conflito com os interesses infantojuvenis, estes terão que ser observados de forma diferenciada. Em suma, por ter ingressado como princípio no ordenamento constitucional através da ratificação pelo Brasil da Declaração dos Direitos da Criança (aplicável a todas as crianças) e estar expressamente previsto em lei infraconstitucional específica - ECA - (lei aplicável a todas as crianças), **o princípio do melhor interesse estende-se, no direito brasileiro, a todas as relações jurídicas envolvendo os direitos das crianças e adolescentes, e não somente a aquelas que estejam em situação de risco familiar.**

Em pesquisa na qual foram analisados julgados do Supremo Tribunal Federal em cotejo com os direitos internacionais infantojuvenis, Monaco⁷⁴ constatou a parca aplicação expressa da Convenção dos Direitos da Criança e do adolescente pela excelsa Corte.

Nos dias atuais, é possível notar, ainda, que as Decisões, enunciadas pós-constituição e reforma do ECA, em recursos oriundos de ações relativas aos direitos infanto-juvenis fazem menção em suas fundamentações de forma indiscriminada à terminologia **maior e melhor** interesse da criança, como vetor interpretativo.

Propõe Ávila⁷⁵ diretrizes para a análise dos princípios, tendo em vista serem eles normas finalísticas. Ensina o doutrinador o seguinte caminho: a) a especificação dos fins ao máximo; b) pesquisa de casos paradigmáticos - especialmente nos Tribunais Superiores - que possam iniciar o processo de esclarecimento das condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado pelos comportamentos necessários à sua realização; c) exame das similaridades para a constituição de grupos de casos sobre o mesmo problema central; d) verificação de critérios capazes de possibilitar a delimitação de quais são os bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas e quais são os comportamentos necessários à sua realização; e) verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base no princípio em análise.

Esclarece Ávila que, por vezes, o princípio em exame não foi mencionado expressamente, nem como fundamento. Mas, desveladas as hipóteses de aplicação típica do princípio, a pesquisa dar-se-á pelo estado de coisas e comportamentos havidos como necessários para a sua realização.

73 MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O princípio do melhor interesse da criança. In: MORAES, Maria Celina Bodin. (Coord.) *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 480.

74 MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito internacional dos direitos humanos da criança e do adolescente e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL Jr., Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.) *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.446.

75 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 98-101.

A partir das notas de Ávila acima apontadas, observa-se dos julgados coletados que, na maior parte, a tese central é o estabelecimento, proteção, desconstituição e manutenção de laços familiares entre pais e filhos. Nesta esteira, os Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: 1) Enunciado nº 101: “Art. 1.583: sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança” e 2) Enunciado nº 102: “Art. 1.584: a expressão “melhores condições” no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”.

Para ilustrar a assertiva, exemplifica-se com as seguintes teses extraídas de pesquisa realizada a partir de julgados do Superior Tribunal de Justiça relativos às demandas parento-filiais: a ampliação da incidência da guarda peculiar⁷⁶; a prioridade dos vínculos socioafetivos do padrasto em adoção unilateral⁷⁷; o interesse processual do assistente em ação de busca e apreensão de criança⁷⁸; a manutenção do vínculo de paternidade em ação negatória⁷⁹; a preferência na adoção para a socioafetividade⁸⁰;

76 RECURSO ESPECIAL - DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PEDIDO DE GUARDA FORMULADO POR AVÔ - CONSENTIMENTO MATERNO - PAI FALECIDO - DEFERIMENTO DA MEDIDA - POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADO O MAIOR INTERESSE DO MENOR - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...]3. **Como sói acontecer em processos desta natureza, vale dizer, onde se controvertem direitos da criança e do adolescente, o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do magistrado.** [...] (RECURSO ESPECIAL Nº 1.186.086 - RO (2010/0049255-6) RELATOR: MINISTRO MASSAMI UYEDA - TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça 03 de fevereiro de 2011). [g.n.] Observa-se que o princípio do superior interesse teve por missão inspirar a aplicação da regra excepcional do §2º do art. 33 de maneira a incluir a situação fática da criança do caso concreto como hipótese de aplicação daquela espécie peculiar de guarda.

77 ADOÇÃO. RECURSO ESPECIAL. MENOR QUE MORA, DESDE O CASAMENTO DE SUA GENITORA COM SEU PADRASTO, EM DEZEMBRO DE 2000, COM ESTE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. MOLDURA FÁTICA APURADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DEMONSTRANDO QUE O MENOR FOI ABANDONADO POR SEU PAI BIOLÓGICO, CUJO PARADEIRO É DESCONHECIDO. **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.** (RECURSO ESPECIAL Nº 1.207.185 - MG (2010/0149110-0) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 11 de outubro de 2011).

78 DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENOR AO PAÍS DE ORIGEM. IRMÃ DO MENOR QUE BUSCA INTERVIR NO PROCESSO COMO ASSISTENTE SIMPLES DO PAI. POSSIBILIDADE. INTERESSE JURÍDICO RECONHECIDO. **PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.** 1. Constata-se o interesse jurídico que viabiliza o deferimento do pedido de assistência quando os resultados do processo sejam capazes de afetar a existência ou inexistência de algum direito ou obrigação daquele que pretende intervir como assistente. 2. O deferimento do pedido de assistência prescinde da existência de efetiva relação jurídica entre o assistente e o assistido, sendo suficiente a possibilidade de que alguns direitos daquele sejam atingidos pela decisão judicial a ser proferida no curso do processo. 3. Em determinadas situações, o interesse jurídico poderá vir acompanhado de alguma repercussão em outra esfera, como a afetiva, a moral ou a econômica e, nem por isso, essa circunstância terá necessariamente o condão de desnaturá-lo. **Exemplo disso é o que ocorre na hipótese específica, em que o atendimento ao princípio do melhor interesse da criança é o que está a conferir carga eminentemente jurídica ao pedido de assistência deduzido pela menor, com vistas a lhe garantir um desenvolvimento emocional e afetivo sadio e completo.** 4. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.940 - RJ (2010/0117974-5) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI - Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 1º de março de 2011).

79 DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - **INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA** - VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO COMPROVADO [...]. REsp 1098036/GO - RECURSO ESPECIAL 2008/0239670-2 Ministro SIDNEI BENETI - TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011.

80 RECURSO ESPECIAL - ADOÇÃO - CADASTRO DE ADOTANTES - RELATIVIDADE - **PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR** - **VÍNCULO AFETIVO** DA MENOR COM CASAL DE ADOTANTES DEVIDAMENTE CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA POR APROXIMADAMENTE DOIS ANOS, NA SOMATÓRIA DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO - ALBERGAMENTO PROVISÓRIO A SER EVITADO - ARTIGO 197-E, § 1º, DO ECA -

a legitimidade do padrasto para destituir o pai biológico do poder familiar relativo ao enteado⁸¹; o estabelecimento de guarda compartilhada com alternância de residência⁸²; a disputa pela guarda de filhos entre genitores⁸³, dentre tantos outros.

O Tribunal Federal de Recursos, na linha de proteção aos interesses da criança, por sua vez, admitiu a **licença maternidade remunerada ao pai viúvo** com o fim de cuidar do filho recém-nascido⁸⁴. Semelhante licença foi deferida ao pai, em caso de abandono do filho pela mãe.⁸⁵ De igual modo, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho garantiu a licença paternidade remunerada ao pai solteiro para cuidar do filho adotivo⁸⁶. Da análise dos referidos julgados, apesar da não referência expressa ao princípio do superior interesse, verifica-se que o bem jurídico tutelado é a segurança e bem estar da criança recém-nascida e não a orientação sexual dos pais que, nos casos em tela, eram heterossexuais.

Por fim, cabe colacionar Decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na qual foi deferida a servidor público federal de Mato Grosso do Sul que mantém união homoafetiva a licença-maternidade integral (120 dias, prorrogáveis por mais 60 dias) em razão da obtenção da guarda judicial, conjunta com o companheiro, de uma criança de menos de um ano. A licença foi concedida com base no artigo 2º, parágrafo 1º, do Decreto nº 6.690/2008. A negativa, segundo o *Decisum* importaria em violação à garantia de tratamento isonômico impedir a criança do necessário convívio e cuidado nos primeiros meses de vida, sob o fundamento de falta de previsão constitucional ou legal para a concessão de licença no caso de adoção ou de guarda concedidas a casal homoafetivo⁸⁷.

5. Conclusão.

A família contemporânea, qualquer que seja a sua origem e formação, deve ser alvo de especial proteção do Estado e ter seus interesses respeitados. Apesar da independência e da autonomia de seus membros, a família brasileira sofre com o intenso ciclo de transformações de sua estrutura e tais mazelas são trazidas ao Poder Judiciário para solução.

PRECEDENTES DESTA CORTE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] (REsp 1347228/SC - RECURSO ESPECIAL 2012/0096557-1 - Relator Ministro SIDNEI BENETI (1137) - Órgão julgador - T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 06/11/2012. Data da Publicação/ Fonte: DJe 20/11/2012).

81 REsp 1106637/SP - RECURSO ESPECIAL 2008/0260892-8. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 01/06/2010. Data da Publicação/ Fonte: DJe 01/07/2010. REFOR vol. 409 p. 444. RIOBDF vol. 63 p. 43. RT vol. 902 p. 210.

82 REsp 1251000 / MG RECURSO ESPECIAL 2011/0084897-5 Ministra NANCY ANDRIGHI TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011.

83 REsp 964836/BA, Recurso Especial 2007/0151058-1, Relatora Ministra Nancy Andrighi - 3ª Turma do STJ, julgamento em 02/04/2009.

84 Agravo de Instrumento nº 5009432-86.2012.404.0000, TRF, Terceira Turma, Relator: Fernando Quadros da Silva, julgado em 15/06/2012.

85 Processo nº 0006090-88.2012.4.03.6303, Juizado Especial Federal da 3ª Região, 5ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, Decisão liminar de 15/08/2012, prolator Juiz Federal: Rafael Andrade de Margalho, Autor: M.A.M.M.; Réu: INSS.

86 Conselho Superior da Justiça do Trabalho de nº CSJT-150/2008-895-15-0.0, em que é Remetente o TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO, Recorrente PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª. PROCESSO Nº CSJT-150/2008-895-15- Relator: Ministro Carlos Alberto Reis de Paula.

87 TRF da 3ª Região, MS n. 2002.03.026327-3, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 24.11.05. Na oportunidade, restou consignado que a licença é direito também do filho, pois sua finalidade é 'propiciar o sustento e o indispensável e insubstituível convívio, condição para o desenvolvimento saudável da criança', razão pela qual a adotante faria jus ao prazo de 120 (cento e vinte dias) de licença remunerada.

No momento de crise fica evidente o choque entre o direito da entidade familiar à privacidade doméstica e o direito à proteção aos filhos que a Constituição Federal garante com prioridade absoluta mediante a consagração da Doutrina da Proteção Integral (art. 227). Quanto maior a vulnerabilidade da família, mais ampla será a exposição ao apoio estatal. No entanto, por força da legislação brasileira, a intervenção do Estado sobre as famílias com prole menor de idade se faz indispensável para resolver as lides a ela inerentes, diante da indisponibilidade destes direitos. O princípio do superior interesse da criança tem o condão de proteger os direitos prioritários dos filhos nestes tempos de fragilidade dos laços familiares.

Com base em apreciação histórico-legislativa desse princípio, as características do referido *standard* e a sua aplicação pelo intérprete constitucional foram apresentadas, através de uma pequena amostra empírica de julgados, nos últimos três anos, ou seja, após a promulgação da Lei nº 12.010/2009.

Foram avaliadas as hipóteses mais recorrentes de utilização do princípio do superior interesse nos Tribunais Superiores e pela observação das similaridades dos bens jurídicos e dos comportamentos necessários à sua realização detectou-se que, em sua maioria, este importante princípio incide com toda a sua força normativa nas regras que versam sobre os direitos dos filhos de conviverem e serem cuidados pelos pais. Examinando as decisões coletadas pode-se assinalar, com segurança, que o princípio em tela não possui eficácia meramente simbólica. Pelo contrário, é norma imprescindível para a concretização da proteção integral esculpida em sede constitucional.

Conclui-se, então, ser imperativo o movimento de releitura das regras que compõem o sistema de direito de família e de infância e juventude, colocando o superior interesse das crianças e adolescentes como o princípio-pilar interpretativo nos julgamentos de demandas que envolvam vínculos parento-filiais.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. O judiciário e os novos paradigmas conceituais e normativos da infância e da juventude. In: ALTOE, Sônia (Org.). *Sujeito do direito, Sujeito do desejo*. Direito e psicanálise. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Revinter, 2010, 157p. p. 45-57.

AMIM, Andrea Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 1217p. p. 11-19.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.) *O melhor interesse da criança*. Um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2, 2000, Belo Horizonte. *Anais... Belo Horizonte*: IBDFAM, OAB-MG: Del Rey 2000, 578 p. p. 201-213.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; Barcellos, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1988-1989, v. 2.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999 (reimpressão 2006).

BRAUMER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (Coord.) *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, 438p. p. 255-278.

BRASIL. *Código de Menores*: Lei nº 6.697/97, comparações, anotações, histórico. Brasília: Senado Federal, 1982.

BRASIL. *Constituições do Brasil*. v.1. DIAS, Floriano Aguiar (Org.). [S.l.]: Liber Juris, 1975, 610p. (Coleção de Códigos Liber Juris)

BRASIL, República Federativa do. *Estatuto da criança e do adolescente*: Lei 8069/90.

BRASIL, República Federativa do. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BUEREN, Geraldine Van. *International documents on children*. 2. ed. USA,MA: Kluwer Law International, 1998, p. XV.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v.46, n.182, jul./dez 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMBES, Danièle; DEVREUX, Anne-Marie. *Construire sa parente Reconnaissance, légitimation, dénomination des enfants*. Paris: CSU - Centre de Sociologie Urbaine, Institut de Recherche sur les Sociétés Contemporaines. Iresco/ CNRS, 1991.

COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 906.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson

Civitas, 2003, p.47-48.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Edilson Pereira. Apud ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GIDDENS, Anthony. Família. In: _____. *O mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: *Revistas Jurídicas LEX*. n. 56 - Mar/Abr 2012.

GRIFFITH, Daniel B. *The best interests standards: a comparison of the state's parens patriae authority and judicial oversight in best interests determinations for children and incompetent patients*. In: *Issues in Law and Medicine*, v. 7 n. 3, Dezembro 1991.

GROENINGA, Giselle. *Do interesse à criança ao melhor interesse da criança - contribuições da mediação interdisciplinar*. In: Associação dos Advogados de São Paulo: Revista do Advogado. n. 62, março/2001, p. 72-83.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed., 2ª tiragem, Tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Princípio do *best interest of child* na justiça juvenil dos Estados Unidos: uma breve análise entre sistemas judiciais juvenis. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança*. Um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. In: VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, 6, 2008, Belo Horizonte. *Anais... Rio de Janeiro: IBDFAM, Lumen Juris, 2008, 477 p. p. 1-17.*

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais*. Baueri: Manole, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes pelo promotor de justiça da infância e da juventude, pós-constituição federal de 1988. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Moreira et al. (coord). *Temas atuais do ministério público: Atuação do parquet nos 20 anos de constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 839p. p. 321-360.

MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O princípio do melhor interesse da criança. In: MORAES, Maria Celina Bodin. (Coord.) *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 480.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. 21ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1988, t.2.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. O direito internacional dos direitos humanos da criança e do adolescente e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL Jr., Alberto do. JUBILUT, Líliliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 443-467.

O'DONNELL, Daniel. *A Convenção sobre os direitos da criança: Estrutura e Conteúdo, Infância: Boletim del IIN, nº 230. Tomo 63, Julio. Montevideo.*

OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. Voltando à problemática da tipologia regras e princípios; primeiro ensaio. In: *JurisPoesis: Revista do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, ano 13, n. 13, jan-dez. 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente - uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2, 2000, Belo Horizonte. *Anais... Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG: Del Rey 2000, 578 p. p. 201-234.*

_____. O melhor interesse da criança. In: _____. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. In: Revista da faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, a.29, n.29, 1996, p. 199-238.

SAIAS, Marco Alexandre. A Convenção sobre os direitos da criança. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. vol. XLIII, n.1. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. In: *Direito de Família no novo milênio*. Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. SIMÃO, José Fernando, FUJITA, Jorge Shiguemitsu, CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu, ZUCCHI, Maria Cristina (Org.) São Paulo: Atlas, 2010.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *Internacional human rights in context: law, politics, morals*. Oxford-New York: Oxford University Press, 2000, p. 512, apud.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Do panprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. In: *Revista de Informação Legislativa*. n.194, a. 49, Brasília, p. 7-21, abril/junho-2012.

_____. Posfácio. In: OTTO, Écio; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In: *Direito de Família no novo milênio*. Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. SIMÃO, José Fernando, FUJITA, Jorge Shiguemitsu, CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu, ZUCCHI, Maria Cristina (Org.) São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: Projeções civis e estatutárias. In: SARMENTO, Daniel. IKAWA, Daniela. PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VERCELONE, Paolo. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. Comentários jurídicos e sociais. Munir Cury (Coord.). 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). São Paulo: Saraiva, 2003, 353p. p. 33-34.

**Publicado originalmente na Revista nº 47 jan./mar. 2013, p. 105.*

A IMPORTÂNCIA DE UM OLHAR DIFERENCIADO PARA A QUESTÃO DO ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR

PATRÍCIA PIMENTEL DE OLIVEIRA CHAMBERS RAMOS*

A acusação de abuso sexual, notadamente quando o acusado é pai, traz uma mancha indelével para a sua imagem. Dentro de uma sociedade sadia, a violência sexual praticada contra crianças é considerada algo ignóbil, que merece repúdio e mecanismos sérios de proteção da vítima.

O tema é complexo uma vez que identificar a autoria e a materialidade do abuso sexual não é simples. *A criança vítima de abuso sexual pode não apresentar sintomas físicos, mas apenas psicológicos.* Além disso, a violência sexual nem sempre é realizada de forma agressiva, pelo contrário. As carícias, os beijos, o toque suave, promessas de presentes, atenção, trazem para a criança um sentimento dúbio, no qual ela própria imagina ter consentido com o ato.

Não raro, essa violência sexual é praticada pelo pai ou padrasto, com a conivência da mãe, que prefere não enxergar a realidade ou simplesmente naturalizar a situação. O pai ou padrasto é muitas vezes o provedor do lar, responsável pelo sustento da família, e a companheira, seja por interesses financeiros ou emocionais, prefere ignorar a situação, imaginar que o filho ou filha está mentindo, ou até mesmo considerar o fato como natural, que a vítima provocou a situação, etc. Estabelece-se um pacto de silêncio dentro da família.

Quanto mais próximo o convívio da criança com o autor do abuso sexual, mais difícil a revelação. Assim, conquanto sejam identificados indícios de ter sido aquela criança vítima de abuso sexual (sexualidade exacerbada, medo de freqüentar determinado lugar, tristeza, retração), é possível que a criança não queira revelar o autor do abuso sexual ou até indique pessoa diversa por ter recebido ameaças e orientações do abusador.

Por outro lado, não podemos deixar de mencionar, toda vez que falamos em abuso sexual, da questão da alienação parental. Trata-se de uma prática instalada no rearranjo familiar após uma separação conjugal, na qual os transtornos conjugais são projetados na parentalidade e um dos genitores “programa” o filho para que odeie o outro.

A atuação do Ministério Público na proteção de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual traz conseqüências muito graves em relação ao acusado, pois além do processo criminal que pode resultar na sua condenação e privação de sua liberdade, também é facultado ao Ministério Público ingressar com a ação de afastamento do agressor do lar, prevista no art. 130 do ECA, representação administrativa prevista no art. 249, suspensão ou destituição do poder familiar, prevista no art. 155 do ECA, além de ter opinião decisiva nas Varas de Família contra ou a favor da suspensão de visitação de um pai ou uma mãe.

Quase tão ruim quanto o abuso sexual real, é a falsa acusação de abuso sexual com a programação da criança para mentir em Juízo. Nada mais nefasto a um genitor inocente ver maculada a sua honra e imagem, ser privado do convívio com o filho e ficar impotente perante o sistema de justiça.

* Promotora de Justiça.

O princípio da proteção integral da criança exige a cooperação das áreas do saber no resguardar da criança vítima a fim de que haja o seu tratamento digno, no respeito a sua integridade físico-psíquica, na sua proteção social e familiar, no oferecimento de tratamento psicológico, na cooperação para a interrupção da violência, etc. A condenação criminal do autor do abuso sexual é consequência de um sistema de proteção articulado e bem feito, no qual a sociedade demonstra a desaprovação com a conduta praticada.

O sistema de garantia de direitos na proteção da criança vítima de violência sexual, assim, exige uma atuação conjunta, articulada entre as diversas áreas do saber. Os professores e profissionais de saúde são os primeiros a participar do sistema de garantias, pois aos mesmos incumbe a tarefa de notificar as situações de abuso sexual ao Conselho Tutelar (art. 13, art. 56, inciso I, e art. 245 do ECA). Ao Conselho Tutelar incumbe a tarefa de requisitar tratamento psicológico para a criança vítima (art. 136, I e art. 101, inciso V), serviços públicos nas áreas de saúde e serviço social (art. 136, III, a do ECA) e ainda encaminhar ao Ministério Público notícia do abuso sexual, fato que constitui infração administrativa e penal contra os direitos da criança ou adolescente (art. 136, IV do ECA). Ao Ministério Público, por sua vez, incumbe deflagrar o processo judicial relativo à infração administrativa, bem como o relativo à infração penal (art. 201, X do ECA), e eventual afastamento do agressor do lar (art. 130 do ECA), respaldado, dentre outros, no relatório apresentado pelos serviços públicos solicitados pelo Conselho Tutelar. Seria temerário por parte do Ministério Público deflagrar qualquer ação judicial sem suporte probatório mínimo. Num sistema de garantia de direitos que resguarda a integridade psíquica da criança, esta não deve ser revitimizada narrando para mais de um profissional as experiências sexuais pelas quais passou (é constrangedor para qualquer adulto, imagine para uma criança).

Note-se que qualquer processo judicial é desgastante, exige garantias de contraditório e ampla defesa para o acusado e convencimento do juiz quanto ao abuso sexual narrado. As provas são essenciais dentro de um Estado Democrático de Direito onde se respeitam os direitos fundamentais. Não se pode condenar uma pessoa à privação de liberdade, à restrição do convívio com o filho, à mancha indelével à sua imagem e honra sem suporte probatório. Quando se tratam de crimes sexuais, praticados sem a presença de qualquer testemunha, sem deixar vestígios físicos, o relato da vítima é fundamental e o aspecto psicológico na abordagem de uma criança é uma prova extremamente relevante do processo. Não se pode exigir de um Magistrado a condenação de uma pessoa sem que ele tenha se convencido da ocorrência do abuso sexual.

A oitiva da criança em uma sala de audiências tradicional, com a presença do juiz, promotor de justiça, autor do abuso e/ou de seu advogado, além dos funcionários (digitador, oficial de justiça, policial militar), certamente não atende ao princípio do melhor interesse da criança.

O trabalho da rede de proteção deve estar em sintonia com o sistema de justiça e punição do agressor, pois um depende do outro para a garantia da proteção integral. A vítima, a sociedade, os conselheiros tutelares, os profissionais das áreas de saúde, serviço social e psicologia querem, na sua maioria, uma resposta do Ministério Público e do Poder Judiciário, pois reconhecem suas limitações numa atuação isolada. A rede se alimenta mutuamente, um cobrando o retorno do outro. Essa integração é importante e as falhas do sistema repercutem negativamente na atuação de todos.

O diagnóstico de abuso sexual ou alienação parental fica extremamente difícil nas situações de litígios familiares. **A oitiva da criança pelo juiz acaba se impondo em razão da dúvida suscitada e nada melhor do que ouvi-la com respeito a sua condição peculiar de criança em desenvolvimento, em ambiente resguardado da sala de audiências, por profissional especializado no atendimento de crianças, e gravado para que não mais precise ser repetido**, conforme preconiza o sistema denominado depoimento especial, já uma realidade em diversos Estados do Brasil, mas ainda não implementado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conquanto haja RECOMENDAÇÃO DO CNJ no sentido de que o sistema seja adotado pelos Tribunais (Recomendação do CNJ nº 33 do ano de 2010). Necessário se faz que o Ministério Público esteja atento para que o Depoimento Especial se torne uma realidade no Estado do Rio de Janeiro.

Além do depoimento especial, também se verifica importante que pais e mães não sejam privados completamente do convívio do filho quando uma alegação de abuso sexual é feita, considerando que as situações de alienação parental são cada vez mais recorrentes. Ao invés de suspensão de visitação, muito comum nas Varas de Família, a visitação vigiada nos parece a mais adequada até que haja a condenação criminal do agressor. O Ministério Público deve estar atento aos laudos psicológicos apresentados, verificando se o profissional que o elaborou tenha dado oportunidade para que todos os membros da família tenham sido ouvidos, inclusive o autor do abuso sexual. E, concluindo pela inexistência do abuso sexual e ocorrência de alienação parental, não se pode, por sua vez, privar a criança de ter contato com o genitor alienador, devendo-se dar prioridade à guarda compartilhada, encaminhamento para mediação e tratamento psicológico para toda a família, principalmente o alienador.

Assim, conquanto o tema abuso sexual seja antigo, novas e diversificadas visões da questão apresentam-se atualmente, impondo-se uma atuação criteriosa e proativa por parte do Ministério Público.

Bibliografia

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *A inquirição da vítima de violência sexual intrafamiliar à luz do melhor interesse da criança em "Falando Sério sobre a escuta de crianças e adolescentes envolvidos em situação de violência e a rede de proteção. Propostas do Conselho Federal de Psicologia"*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2009.

AZEVEDO, Maria Amélia. GUERRA, Viviane N. de A. *Infância e Violência Doméstica: fronteiras do conhecimento*. São Paulo: Cortez, 2000, 3ª edição.

CÉZAR, José Antonio Daltoé. *Depoimento sem Dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

COHEN, Claudio. *Incesto em Infância e Violência Doméstica: fronteiras do conhecimento*. São Paulo: Cortez, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Prefácio da obra Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007.

EICH, Doracy Anacleto. *A experiência e o Papel do Conselho Tutelar em Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes: desafios na qualificação profissional*. Rio de Janeiro: Nova Pesquisa, 2004, 2ª edição.

OLIVEIRA, Antonio Carlos de. *Questões Candentes em Abuso Sexual de Crianças e Adolescente: desafios na qualificação profissional*. Rio de Janeiro: Nova Pesquisa, 2004, 2ª edição.

SCHICKLER, Catarina Maria. *O Protocolo de Atenção às Vítimas de Violência do Município de Florianópolis em Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes: desafios na qualificação profissional*. Rio de Janeiro: Nova Pesquisa, 2004, 2ª edição.

SILVA, Ilda Lopes Rodrigues da. *Desafios na Formação Acadêmica em Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes: desafios na qualificação profissional*. Rio de Janeiro: Nova Pesquisa, 2004, 2ª edição.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. *Soluções judiciais concretas contra a pernicioso prática da alienação parental em Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007.

SHINE, Sidney. *Abuso Sexual de Crianças em Direito de Família e Psicanálise*, organizado por Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

**Publicado originalmente na Revista nº 46 out./dez. 2012, p. 101.*

AS PORTARIAS EXPEDIDAS PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA COM BASE NO ART. 149 DO ECA E OS NOVOS PARADIGMAS QUE REGEM O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

ROSA CARNEIRO*

O art. 149 da Lei nº 8.069/90 (ECA) confere à autoridade judiciária o poder de disciplinar, através de portaria, a entrada e permanência de criança ou adolescente desacompanhado dos pais ou responsável nos locais de diversão indicados em seu inciso primeiro, ou sua participação em espetáculos públicos e seus ensaios, na forma do inciso segundo.¹

A expedição de portarias pelo Juiz do Estatuto é matéria que suscita dúvidas até nos mais experientes profissionais que atuam na Justiça da Infância e da Juventude, sendo um dos dispositivos legais mais controvertidos do diploma protetivo vigente, acerca do qual, possivelmente, muito ainda se debaterá.

O presente estudo não tem a pretensão de esgotar o tema, mas busca chamar a atenção dos operadores do Direito sobre a necessidade de se interpretar a referida norma sob o pálio dos princípios e normas contidos na Constituição Federal de 1988 e em consonância com os novos paradigmas introduzidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em nosso ordenamento jurídico.

O primeiro passo para a compreensão dos aspectos teóricos que envolvem a questão das portarias pode ser dado com a identificação da **natureza jurídica** da citada medida judicial.

* ROSA CARNEIRO é Procuradora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

1 **Art. 149** - Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhada dos pais ou responsável em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão;

II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

Par. 1º - Para os fins previstos neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de freqüência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou freqüência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

Par. 2º - As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

Portarias, na clássica definição de HELY LOPES MEIRELES², são atos administrativos internos, pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários. Por portaria também se iniciam sindicâncias e processos administrativos. Na lição do saudoso mestre, tais atos, como os demais atos administrativos internos, não atingem nem obrigam aos particulares, pela manifesta razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração Pública.

Este é o conceito que impregna os operadores do direito quando se deparam com atos denominados de “portarias”, sendo certo que, na Justiça da Infância e da Juventude, nem sempre esta definição será adequada à espécie enfrentada, senão vejamos.

No exercício da relevante função de que são investidos, o Juiz da Infância e da Juventude pode expedir portarias nas seguintes situações:

1ª) em sua **atuação tipicamente administrativa**, na qualidade de responsável máximo pela serventia do Juízo, disciplinando o funcionamento do cartório, a atuação dos servidores, os serviços da Vara, ou ainda, iniciando sindicâncias internas, não atingindo tais atos aos particulares, mas, apenas, a seus subordinados;

2ª) **na hipótese prevista no art. 191 do ECA**, provocando a instauração de procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento;

3ª) **nas hipóteses previstas no art. 149 do ECA**, caso a caso, devendo os citados atos ser fundamentados, vedadas as determinações de caráter geral.

A despeito da denominação comum, as portarias elencadas nas hipóteses acima apresentam *naturezas jurídicas distintas*, a saber:

1ª) A portaria expedida pela autoridade judiciária na **primeira hipótese** configura o *ato administrativo interno*, na forma da definição do Direito Administrativo, que não alcançará ou obrigará os particulares, restringindo-se aos limites dos serventuários subordinados ao Juízo.

Todos os Juizes de Direito, e não somente os das Varas da Infância e da Juventude, podem editar tais atos de administração, visando regular o trabalho interno dos órgãos do Judiciário, como preconiza, no Estado do Rio de Janeiro, o parágrafo único, do art. 2º da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça. Tais atos podem receber outros nomes, tais como *ordens internas, ordens de serviço, circulares, etc.*, sendo mesmo recomendado, principalmente nos Juízos da Infância e da Juventude, que se atribua outra denominação aos mesmos, diante da confusão envolvendo o termo *portaria*.

2 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 161.

2ª) Já a portaria citada na **segunda hipótese** consiste na **peça inicial de procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento, procedimento de jurisdição contenciosa**, como se deduz da conjugação dos arts. 97, 148, V e 191 do ECA.

O art. 191 prevê que o procedimento de apuração de irregularidade em entidade governamental e não-governamental terá início mediante **portaria** da autoridade judiciária ou representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, onde conste, necessariamente, o resumo dos fatos. Tal procedimento possui natureza judicialiforme, a exemplo do que ocorria com o revogado art. 1º da Lei nº 1.508/51 (que regulava o processo das contravenções penais).

O referido procedimento de jurisdição contenciosa observará o rito especial previsto nos arts. 191 a 194 do ECA, aplicando-se, subsidiariamente, as normas gerais previstas na legislação processual pertinente, por força do disposto no art. 152 do citado diploma legal.

3ª) Finalmente, chegamos à portaria indicada na **terceira hipótese**, prevista no art. 149 do ECA. Ela é o objeto da presente análise, em razão das muitas dúvidas e controvérsias que suscita entre os operadores do Direito. Sobre ela nos debruçaremos a seguir buscando o aprofundamento de seu estudo.

Qual a natureza jurídica deste ato da autoridade judiciária? Configura mero ato administrativo ou possui natureza jurisdicional? Quais os seus limites e requisitos de validade?

É cediço que a competência para expedir portarias, prevista desde a lei anterior, sofreu profundas modificações com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, que introduziu novos paradigmas no Direito Infante-Juvenil.

Foram várias as inovações trazidas pelo novo diploma, não sendo esta a oportunidade para discorrermos sobre as mesmas, cumprindo, entretanto, destacar, para a perfeita compreensão da questão, que, dentre os muitos avanços implementados, o Estatuto teve o mérito de *devolver ao Poder Judiciário a plenitude da função jurisdicional*, retirando dos Juízes de Direito funções de natureza administrativa, tutelar e, até mesmo, legislativa, executadas na vigência do Código de Menores.

Sobre o tema, vale transcrever trecho do relatório elaborado pela Deputada Rita Camata referente ao Projeto de Lei nº 5.172/90, que dispôs sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente³:

“Inova também o Projeto no que se refere à atuação do Poder Judiciário, eximindo-o de atividades alheias à função judicante, tais como o atendimento às crianças e adolescentes em situação de desamparo e carência. Ficam, portanto, os órgãos da justiça livres para prestar serviços de forma mais rápida e eficiente naqueles casos em que sua atuação é indispensável.”
(grifo nosso)

3 Publicado no *Diário do Congresso Nacional* (Seção I), de 29/06/90, p.8.196.

Na mesma linha, as observações do Senador Ronan Tito, relator do projeto no Senado:

“Cabe destacar também, no perfil geral deste Projeto de Estatuto, o esforço de desjurisdicionalização da grande maioria dos casos hoje objeto de decisão dos magistrados. Alegarão alguns que o novo Estatuto “retira atribuições” dos senhores Juízes de Menores, hoje sobrecarregados de trabalho e desviados das verdadeiras finalidades da função judicante, uma vez que forçados a controlar e administrar a pobreza e as mazelas sociais dela resultantes. Contraditando frontalmente essa alegação, o Estatuto ao contrário sobreleva, dignifica e resgata a função precípua do magistrado, que passará a ater-se nesta área ao exercício de uma das mais nobres e elevadas funções sociais, qual seja, sem dúvida alguma, a distribuição de Justiça.”

(grifos nossos)

EMÍLIO GARCIA MENDEZ, jurista e Oficial de Projetos do Unicef no Brasil, que muito contribuiu para a implementação do ECA em nosso País, ao descrever o movimento que culminou com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, resume o quadro anterior da seguinte forma⁴:

“Os juízes, forçados pela competência tutelar, transformam-se em ilusionistas assistenciais estreitando, com isso, uma identificação com as políticas públicas em crise.”

O Estatuto retira do Judiciário, portanto, as atividades tutelares de caráter meramente administrativo e social, não jurídicas, deixando a autoridade judiciária, a partir da vigência da nova lei, de atuar “como um pai de família”, retomando o Juiz da Infância e da Juventude a plenitude da **função jurisdicional**, inclusive no tocante à *tecnicidade* e à *inércia*, à **semelhança de seus pares**.

O ECA, ao retirar do Judiciário funções atípicas anteriormente a ele cometidas, entregando-as a órgãos do Poder Executivo (Conselho Tutelar, Ministério Público, Conselho de Direitos, Ministério da Justiça, etc.) o fez, não para restringir o poder dos Juízes, mas para que estes se ocupassem com as matérias acerca das quais **seus membros são os únicos e exclusivos agentes públicos com competência para exercê-las**. *As funções conferidas pelo legislador aos Juízes da Infância e da Juventude destacam-se como das mais relevantes na proteção e garantia dos direitos infanto-juvenis*. Destarte, mostra-se necessário que os Juízes da Infância e da Juventude possam se dedicar à função jurisdicional, deixando de lado, para os verdadeiros legitimados, funções outras, sob pena de: a) descuidarem-se de sua verdadeira missão, qual seja, a de *dizer o direito, distribuindo justiça*; e b) invadirem, de forma indevida e ilegal, a esfera de atuação de outros Poderes e órgãos.

O principal ponto de confusão na compreensão do instituto “portarias” parece girar em torno da denominada “atuação administrativa” dos Juízes da Infância e da Juventude. Muitos consideram, ainda, que esta atuação não demanda maiores formalidades.

4 MENDEZ, Emílio Garcia. *Liberdade, Respeito, Dignidade*. CBIA, p. 52.

Ocorre que as atividades que a lei manteve sob a esfera do Judiciário são, em sua maioria, tipicamente jurisdicionais, e o *resquício de natureza administrativa que subsiste* (salvo na ocorrência da remota hipótese do art. 262 do ECA) *foi, em sua maior parte, jurisdicionalizado pelo legislador do Estatuto, na forma estatuída nos arts. 152 e 153 do ECA.*

Esta é a essência da jurisdição voluntária, como se depreende do ensinamento do eminente processualista, Professor LEONARDO GRECO⁵:

“A atividade administrativa do Estado, quando interfere na vida e nos interesses dos cidadãos, foi processualizada pelo Estado de Direito Contemporâneo, como consequência dos novos princípios da Administração, da transparência e da democracia participativa.”

ZANOBINI, citado por LEONARDO GRECO⁶, lecionava que *“a administração pública do direito privado se concretiza em um conjunto de funções estatais que limitam a autonomia e a liberdade da vida jurídica privada, e que essa intervenção na vida privada encontrava fundamento no perigo de eventuais contrastes entre o interesse privado e o interesse público.”*

Conclui o renomado Professor⁷ que a jurisdição voluntária é jurisdicional quando exercida pelos juízes com as garantias de independência, impessoalidade e imparcialidade.

Esta é exatamente a hipótese do art. 149 do ECA. O legislador estatutário autorizou à autoridade judiciária interferir na liberdade dos responsáveis pelos locais de diversão indicados no inciso I de permitirem o acesso de pessoas menores de dezoito anos desacompanhadas, bem como no poder dos pais em relação a seus filhos nos casos de participação nos espetáculos públicos elencados no inciso II, diante do *perigo de contraste entre o interesse privado e o interesse público* (relacionado ao sadio desenvolvimento de infantes e jovens e sua proteção integral).

Utilizando-nos da classificação proposta por LEONARDO GRECO⁸, podemos inserir o procedimento de expedição de portarias entre os de jurisdição voluntária **tutelar** que, na lição do emérito processualista, são aqueles em que a proteção de interesses de determinadas pessoas que se encontram em situação de desamparo, como incapazes, é confiada diretamente à vigilância do juiz, que pode instaurá-los *ex officio* para assegurar a sua efetividade. Cita o renomado jurista como exemplos de jurisdição voluntária tutelar: a nomeação ou remoção de tutores ou curadores (CPC, arts. 1.187 a 1.198), a exibição de testamento (art. 1.129) e procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), como a colocação em família substituta (arts. 165/170).

A expedição de portarias disciplinadoras, na forma do art. 149 do ECA, configura, portanto, providência de jurisdição voluntária.

Neste sentido, já apontava o eminente Desembargador do Estado de Santa Catarina, Antônio Fernando do Amaral e Silva, membro do Grupo de Redatores do Estatuto da Criança e do Adolescente e Professor de Direito da Criança e do Adolescente, ao desvendar a *ratio* do art. 149⁹:

5 GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. Dialética, São Paulo, 2003, p. 07.

6 *Op. cit.*, p. 12.

7 *Op. cit.*, p. 20.

8 *Op. cit.*, p. 29.

9 SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Malheiros, 6ª ed., São Paulo, 2003, p. 491.

*“O artigo comentado trata da **jurisdição voluntária**. Não mais se cogita do antigo poder normativo. Houve coerência e juridicidade ao se extinguir o poder normativo do art. 8º do Código de Menores.*

Não é do Judiciário ditar normas de caráter geral, mas decidir, no caso concreto, a aplicação do Direito objetivo.

Juiz não é legislador, não elabora normas de comportamento social. Julga os comportamentos frente às regras de conduta da vida social. Essas geralmente decorrem do processo legislativo, reservado pela Constituição a outra órbita.

No que tange aos locais referidos no artigo sob comentário, o juiz decide caso a caso, concedendo ou negando a autorização.

A regra geral é a desnecessidade de alvará, mas o juiz poderá, atento aos princípios estatutários, às peculiaridades locais, ao tipo de frequência habitual, proibir a entrada de crianças ou adolescentes em certos e determinados locais de diversões públicas.

A decisão será obrigatoriamente fundamentada. Trata-se de requisito de validade.”

(grifos nossos)

Exerce, portanto, a autoridade judiciária, nos citados feitos, a administração pública de interesses privados, disciplinando a proteção a infantes e jovens nos casos concretos que lhe são apresentados.

Confirma este entendimento, o renomado processualista ALEXANDRE FREITAS CÂMARA que, em consulta formulada pelo Ministério Público¹⁰ sobre o tema, esclarece:

“A outra hipótese de portaria a ser expedida por juiz é a prevista no art. 149 do ECA. Esta não tem caráter normativo, como poderia parecer à primeira vista (e decorria do antigo Código de Menores, que foi revogado pelo ECA). Trata-se de providência de jurisdição voluntária, como tem entendido a mais autorizada doutrina especializada.” (grifo nosso)

Curioso que diversos outros juízes também exercem funções de natureza administrativa, acobertadas pelo manto da jurisdição voluntária, nas diversas Varas do Poder Judiciário, como nos casos de separação consensual, conversão de separação em divórcio, interdição, inventário, falência, alvará para venda de bem de incapaz, etc.; sendo que, em nenhuma destas hipóteses, apresentam dúvidas de que se trate de provimento jurisdicional regido pelas normas processuais em vigor com rigorosa observância das normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis.

Mesmo que, apenas por amor ao debate, considerássemos que a portaria em comento possui natureza exclusivamente administrativa, não jurisdicional, não haveria como a autoridade judiciária fugir da necessidade de observância aos princípios da legalidade e do contraditório, diante dos preceitos contidos no art. 5º, II e LV, da Constituição Federal (C.F.).

¹⁰ A íntegra do parecer pode ser acessada no endereço http://www.mp.rj.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/INTRANETMP/ASSESSORIAS/ASSESSORIA_DE_DIREITO_PUBLICO/ARTIGOS/PARECER_MP_ECA2.DOC.

Mas, assentados que estamos diante de providência jurisdicional, como nos ensinam os renomados mestres acima citados, e sendo certo que a **jurisdição** se opera dentro do **processo**, que configura *forma de controle democrático do exercício do poder*, uma vez que limitado pela legalidade, não se pode mais conceber que a autoridade judiciária expeça portarias a seu bel-prazer, sem a observância de formalidades mínimas, indicadas na lei, uma vez que, fora do processo, temos abuso, arbítrio, prepotência.

Ao Juiz da Infância e da Juventude cabe *dizer o direito* quando provocado nas hipóteses elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente – as quais se encontram, em sua maioria, previstas nos arts. 148 e 149 do ECA – em procedimentos próprios, previstos expressamente no referido diploma legal protetivo ou na forma preconizada no art. 153 da citada lei, aplicando-se subsidiariamente as normas previstas na legislação processual pertinente (art. 152).

Já mencionamos que alguns resquícios das atividades atípicas cometidas aos Juízes da Infância e da Juventude ainda subsistem, mas devem ser *interpretados e aplicados de forma sistemática com o novo sistema jurídico em vigor*, em especial com a Carta Magna de 1988 e com a Lei nº 8.069/90.

Não se pode perder de vista, seja qual for a atividade exercida pelo Juiz da Infância e da Juventude, que a **República Federativa do Brasil** constitui-se em **Estado Democrático de Direito** (art. 1º da C.F.) e que a atuação do Magistrado deve se pautar com base no respeito aos limites consagrados na Carta Magna e nas normas infraconstitucionais.

O art. 149 do ECA não pode ser considerado, portanto, de forma isolada, pois integra um sistema jurídico complexo, devendo ser interpretado de acordo com as demais normas em vigor, em especial com as constantes no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente e, sobretudo, com as insertas na Constituição Federal.

O emérito constitucionalista LUIS ROBERTO BARROSO¹¹ nos ensina que “A Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.”

Assim, toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

Segundo o renomado jurista, à luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional e qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior¹².

Isto posto, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, como é o caso do art. 149 do ECA, o intérprete, antes de aplicar a norma, deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não o for, não deverá fazê-la incidir. Ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Diante disto, o art. 149 somente se mostra compatível com a Carta Magna se interpretado e aplicado sistematicamente com os princípios e normas constitucionais.

11 BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil.” In *Revista da Emerj*, v. 9, n. 33, p. 69.

12 *Op. cit.*, p. 69.

Desta forma, é fácil concluir que a norma prevista no art. 149 do ECA também se subordina aos princípios e normas previstos na Constituição da República, em especial aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da reserva legal, da independência e harmonia dos Poderes, da fundamentação das decisões judiciais, entre outros.

Não se pode, portanto, pensar em expedir-se portarias sem a observância destes pilares constitucionais, nem mesmo em nome da proteção integral a infantes e jovens.

Isto porque não se pode compreender a doutrina da proteção integral como instrumento para violação de direitos e garantias expressos na Constituição e nas leis.

PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA¹³, emérito Professor de Processo Civil e de Direito da Criança e do Adolescente, co-autor do projeto de lei que deu origem ao Estatuto, nos ensina que:

“Se o Direito do Menor, baseado na concepção de que o juiz deveria se comportar como um bom pai de família, sempre buscando a melhor solução para seus filhos, arrimado na citada e revogada regra de que ‘a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado’, acabou por disseminar a falsa idéia de que tudo era possível no processo, ainda que arrostassem garantias fundamentais do cidadão, como o contraditório e a ampla defesa, o Direito da Criança e do Adolescente, positivado no Brasil através da Lei 8.069/90, não contempla nenhuma norma da qual se possa retirar tão absurda ilação.”

(grifo nosso)

Com o advento da nova Constituição, não mais se admite possa a autoridade judiciária, agindo apenas com base em seu “prudente arbítrio”, restringir, tolher ou suprimir direitos de cidadãos, sobretudo quando estes forem crianças e/ou adolescentes, como ocorria sob a égide do revogado Código de Menores.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que substituiu o Código de Menores, ao optar pela manutenção em seu texto do instituto da portaria judicial regulamentadora (ou disciplinadora, segundo seu enunciado), teve de conciliá-lo com a nova orientação constitucional, acabando por dar-lhe uma “roupagem” totalmente diversa da que até então se conhecia, de modo a torná-la verdadeiro produto do Poder Jurisdicional (e não “legiferante”) da autoridade judiciária competente. É o que nos ensina MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO, em excelente estudo sobre o tema.¹⁴

Cumprе mencionar, ainda, que ao contrário do que vigorava no regime da CF/67, quando era possível a delegação da atividade legislativa a determinados órgãos do Poder Executivo, a Constituição atual concentrou no Poder Legislativo a atividade de legislar, em nome do princípio democrático e da representatividade legislativa, nos termos do art. 25, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que revogou as delegações de atividade legislativa então vigentes, em consonância com o parágrafo único, do art. 1º da Carta Magna.

13 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 104.

14 DIGIÁCOMO, Murillo José. *O ECA e as Portarias Judiciais*. Artigo publicado na página do Centro de Apoio às Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude do Estado do Paraná na Internet, no endereço www.mp.pr.gov.br

Ou seja, a indelegabilidade é ínsita da atividade legislativa, de forma que, em nosso regime constitucional, nem mesmo a lei pode delegar esta atividade a outro Poder, sob pena de afronta à Constituição.

Neste cenário, é fato que ainda compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará, o ingresso e a permanência de crianças e adolescentes nos locais indicados no art. 149, I do ECA, bem como a participação nos espetáculos descritos no inciso II do citado dispositivo.

Ocorre que muitos Juízes da Infância e da Juventude ainda não conseguiram se livrar da *ultrapassada concepção, resquício da legislação anterior, de que, através de portarias, podem regular todos os aspectos da vida em sociedade que envolvam a prevenção a direitos de crianças e adolescentes, sua proteção ou assistência, poder este facultado pelo artigo 131 do Código Mello Matos e pelo artigo 8º do Código de Menores.*

O simples confronto entre os citados dispositivos¹⁵ com o art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶ revela a monumental mudança estabelecida pelo legislador estatutário no chamado poder normativo da autoridade judiciária.

Assiste, na verdade, inteira razão ao renomado Desembargador Amaral, quando afirma que **foi extinto o poder normativo dos juízes**.¹⁷

Visando desconstruir a equivocada concepção e prática dos Juízes da Infância e da Juventude de editar portarias **genéricas**, disciplinando, muitas vezes, matéria e/ou situações que extrapolam as limitações previstas no mencionado art. 149, em completa afronta aos princípios constitucionais retro mencionados, com destaque para o **princípio da legalidade**, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (art. 5º, II da C.F.), faz-se necessário prosseguirmos no aprofundamento do tema, passando à análise dos **requisitos de validade** dos citados atos judiciais.

A análise atenta do art. 149 do ECA revela que a validade das portarias subordina-se à observância de diversos requisitos, os quais, se desatendidos, podem importar em nulidade dos referidos atos.

Sem medo de errar, é possível afirmar que a esmagadora maioria das portarias expedidas pelo juízes da infância e da juventude no Estado do Rio de Janeiro se mostram eivadas de vícios insanáveis, pela inobservância ao sistema legal vigente.

Lamentavelmente, dezesseis anos já decorridos desde a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, *a cultura do Código de Menores ainda subsiste*, persistindo muitos Magistrados a exercer função legislativa, expedindo portarias genéricas, e, posteriormente, autuando supostos infratores, aplicando-lhes multas pelo descumprimento dos referidos atos, os quais se apresentam em total desconformidade com o atual sistema jurídico pátrio.

Apenas a título de exemplificação de tal prática, recorrente entre os Juízes da Infância e da Juventude de nosso Estado, podemos mencionar (entre muitas outras):

15 Decreto nº 17.943-A, de 12/10/27 (Código Mello Matos): “Art. 131 – A autoridade protetora dos menores pode emitir para a proteção e assistência destes qualquer provimento, que ao seu prudente arbítrio parecer conveniente, ficando sujeita à responsabilidade pelos abusos de poder.”; Lei nº 6.697, de 10/10/79 (Código de Menores): “Art. 8º - A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder”.

16 Ver nota de rodapé nº 1.

17 Ver nota de rodapé nº 9.

a **Portaria n° 05/95**, da então 1ª Vara da Infância e da Juventude da Capital, que criou novo tipo penal¹⁸; a **Portaria n° 02/04**, também da 1ª VIJ, que disciplinou o consumo de alimentos nas escolas do Município do Rio, proibindo a venda de determinados produtos¹⁹; e a Portaria n° 14/04, da Vara da Infância e da Juventude de Teresópolis, que disciplinava o uso de skate, patins e o uso da Praça de Esportes Radicais Alpinista Alexandre Oliveira, e que, entre outras ilegalidades, **proibia a utilização de tais brinquedos em via pública – os quais deviam ser apreendidos – e determinava a condução dos infratores (crianças e adolescentes) para autuação pela prática de desobediência**²⁰.

Além das portarias acima mencionadas, muitas outras, igualmente nulas e/ou ilegais, foram expedidas pelos diversos Juízes da Infância e da Juventude deste Estado, sem que fossem observados os requisitos de validade previstos na lei, regulando matéria não autorizada pelo legislador estatutário e invadindo a esfera dos Poderes Legislativo e Executivo²¹, em flagrante ofensa ao regime democrático.

Portarias expedidas sem a observância dos princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes podem levar a **situações de autoritarismo e de abuso de poder**, devendo todos os operadores do direito e a sociedade em geral se penitenciar pela situação instalada.

Em nome da doutrina da **proteção integral** e do princípio do **melhor interesse da criança**, muitos magistrados editavam, editam e pretendem continuar editando verdadeiras leis, esquecendo-se de que o ECA: i) retirou-lhes tal função atípica; ii) busca garantir direitos a infantes e jovens, além de colocá-los a salvo de eventuais arbitrariedades praticadas a título de sua salvaguarda.

Vale transcrever a lição de PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA²²:

“99. Tutelar os direitos da criança e do adolescente não importa desprezar direitos fundamentais do mundo adulto, o que somente ocorre quando o aplicador do direito envereda-se pela vesnice de enxergar a

18 A Portaria n° 05/95, publicada no Diário Oficial, Parte III, do dia 06/04/95, a fls. 104, foi revogada pela Portaria n° 10/95, após provocação do Ministério Público.

19 Portaria revogada por decisão do Conselho da Magistratura, nos autos do processo n° 2004.004.00959.

20 Portaria declarada revogada pelo Conselho da Magistratura nos autos do pedido de reexame interposto pelo Ministério Público (Processo n° 2006.004.00430).

21 Podemos citar como exemplos: a Portaria n° 10/01, do JIJ de Teresópolis, proibia o transporte de adolescentes desacompanhados em vans – invadia função do Poder Legislativo – declarada revogada pelo Conselho da Magistratura nos autos do proc. 2006.004.00423; as Portarias n° 14/01, 15/01 e 20/01, do JIJ de Teresópolis, criavam obrigações não previstas em lei, invadindo a esfera do Poder Legislativo e do Conselho Tutelar – declaradas revogadas pelo Conselho da Magistratura nos autos dos procs. 2006.004.00427, 2006.004.00424 e 2006.004.00425; a Portaria n° 27/01, do JIJ de Teresópolis – invadia função do Poder Legislativo – declarada revogada pelo Conselho da Magistratura nos autos do proc. 2006.004.00426; a Portaria n° 13/02, do JIJ de Teresópolis – invadia função do Poder Legislativo, do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente e do Conselho Tutelar – declarada revogada pelo Conselho da Magistratura nos autos do proc. 2006.004.00428; a Portaria n° 13/04, do JIJ de Teresópolis – criava obrigação não prevista em lei, invadindo a esfera do Poder Legislativo – declarada revogada pelo Conselho da Magistratura nos autos do proc. 2006.004.00429; a Portaria n° 12/98, da então 2ª VIJ da Capital – determina que adolescentes de 12 a 18 anos que pratiquem artes marciais sejam cadastrados no citado Juízo, responsável pela apuração e julgamento de atos infracionais atribuídos a adolescentes, criando obrigação não prevista em lei, invadindo a esfera do Legislativo; a Portaria n° 02/91, da 1ª VIJ da Capital, que também invadia a esfera do Legislativo, criando obrigação não prevista em lei, ao proibir a realização de eventos de qualquer gênero musical na Cidade do Rio de Janeiro, sem autorização judicial por intermédio de alvará – declarada revogada pelo Conselho da Magistratura nos autos do proc. 2006.004.00514.

22 *Op. cit.*, p. 134.

criança ou adolescente dissociado da sua família e do contexto social em que se encontra inserido, fazendo da interpretação motivadora da decisão estuário de ideologia diversa daquela que orientou o Estatuto da Criança e do Adolescente, qual seja a que vislumbra o Brasil como um Estado Democrático de Direito, onde os direitos de todos sejam efetivamente observados."

(grifo nosso)

Merece menção, igualmente, o comentário de ANDRÉA RODRIGUES AMIM sobre o princípio do melhor interesse:

*"Importante frisar que não se está diante de um salvo-conduto para, com fundamento no **best interest** ignorar a lei. O julgador não está autorizado, por exemplo, a afastar princípios como o do contraditório ou do devido processo legal, justificando seu agir no melhor interesse. Segundo CANOTILHO, os princípios, ao constituírem "exigências de otimização", permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à "lógica do tudo ou nada"), consoante seu "peso" e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes (...) em caso de "conflito entre princípios", estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas "exigências" ou "standards" que, em primeira linha (**prima facie**), devem ser realizados."*²³

(grifos nossos)

É cediço que o revogado Código de Menores (Lei nº 6.697/79) autorizava ao juiz editar portarias para determinar medidas de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrassem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor (art. 8º). Pela lei anterior, a edição de portarias dispensava maiores formalidades, não demandando critérios objetivos ou justificativas, praticamente inexistindo qualquer controle sobre esta atuação.

Como nos ensina o renomado EDSON SÊDA²⁴, Advogado, educador, membro da Comissão redatora do Estatuto:

"... quando da vigência do Código de Menores, o juiz praticamente legislava para a sociedade em geral, interferindo no exercício do pátrio poder e praticando livremente vários tipos de censura, através da emissão de simples portaria."

Do confronto entre o revogado diploma e o atual resulta claramente que o Estatuto da Criança e do Adolescente restringiu expressamente o poder da autoridade judiciária de editar portarias às hipóteses exaustivamente previstas no art. 149.

²³ AMIN, Andréa Rodrigues. "Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente". In: Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos*. 1ª edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, pp. 31/32.

²⁴ SÊDA, Edson. *Construir o Passado*, Malheiros, 1993, p. 104.

Ultrapassado o limite da autorização legislativa contida no dispositivo em comento, disciplinando o Juiz hipóteses não contempladas no artigo 149, I e II do ECA, como acontecia na vigência da lei anterior, violado se encontra o princípio constitucional da legalidade.

WILSON DONIZETI LIBERATI sintetiza o acima exposto²⁵ :

“A portaria expedida pelo juiz da infância e da juventude não poderá regulamentar medidas de caráter geral não previstas em lei, como previa o art. 8º do Código de Menores revogado. Elas deverão ser claras e precisas, com determinação singular dos casos que pretendem regular, não autorizando o juiz a suprir eventuais lacunas existentes na lei. Tem-se, pois, que a relação apresentada pelo art. 149 é exaustiva, não sendo possível a interpretação ampliativa de outros casos.”

(grifos nossos)

Verifica-se, assim, na legislação atual, que a competência atribuída ao Magistrado pelo legislador estatutário para expedir portaria disciplinadora apresenta paradigmas totalmente diversos daqueles existentes à época do Código de Menores, uma vez que, hoje, deve haver observância estrita aos ditames constitucionais vigentes e aos limites e requisitos estabelecidos no ECA, não havendo mais lugar para o subjetivismo.

Sobre o tema, vale citar a posição de LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIREDO²⁶:

“Outros tantos editavam e, lamentavelmente, editam Portarias que apenas repetem preceitos contidos em algumas Leis, como por exemplo proibição de venda de bebidas alcoólicas ou armas de fogo, ou de conceder a direção de veículo a menores de 18 anos, etc... A sabedoria popular chama isso de “chover no molhado”, e a proibição e o conseqüente poder do Estado de sancionar o infrator decorre de Lei e nunca de portaria. Exatamente por essas razões, o legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente cuidou de escoimar do ordenamento jurídico tão desarrazoada situação. As Portarias dos juízes da infância e da juventude, desde 13.10.90, são exclusivamente aquelas previstas e reguladas no artigo 149 e parágrafos do estatuto, o que implica em dizer: a listagem legal é exaustiva, as portarias são sempre caso a caso; o Ministério Público será sempre ouvido previamente (arts. 153, 201, III, e 202 da L.E.C.A); a indispensável fundamentação da medida”. (grifos nossos)

Some-se a isto que, ao contrário da lei anterior, o legislador estatutário vedou as determinações de caráter geral, que abrangiam um número indeterminado de locais e estabelecimentos, na forma do disposto no parágrafo 2º do artigo em análise, devendo as decisões ser fundamentadas, caso a caso, em perfeita consonância com o disposto no art. 93, IX da C.F., o que significa dizer que os destinatários da portaria devem ser **identificados**, sob pena do ato se caracterizar como genérico.

25 LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 8ª ed., Malheiros, 2004, p. 151.

26 FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. *Temas de Direito da Criança e do Adolescente*. Nossa Livraria, Recife, 1997, p. 140.

Assim, mesmo dentro das estritas hipóteses previstas no art. 149 do ECA, as portarias devem regular situação individual, o que significa a extinção daquele poder normativo genérico, como reconhece doutrina respeitável e majoritária.

Sem a observância da normatização **caso a caso**, na forma prevista no parágrafo 2º do art. 149 – o que ocorre quando se pretende regular diversas situações sem se ater a caso concreto e sem se levar em conta os fatores indicados no parágrafo 1º do mencionado dispositivo – o que pressupõe a identificação e verificação de cada local ou evento, mais um requisito de validade resta prejudicado.

A Lei nº 8.069/90 impõe que tal ato judicial leve em conta a existência de instalações adequadas, o tipo de frequência habitual ao local, a adequação do ambiente à eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes, observando-se os *fatores elencados no parágrafo 1º, do dispositivo em comento*, o que demanda a realização de *sindicância* no local alvo da regulamentação.

Ademais, no caso do inciso I do citado dispositivo, à autoridade judiciária compete apenas disciplinar as situações em que crianças e adolescentes estiverem *desacompanhados* dos pais ou responsável. Quando *acompanhados*, falece autorização ao Judiciário para qualquer regulamentação através de portaria ou alvará, só podendo o Juiz se imiscuir em semelhante hipótese se diante de ação própria fundamentada em ameaça ou violação a direito de infante ou jovem.

É forçoso relembrar que o *Estatuto da Criança e do Adolescente devolveu aos pais a plenitude do poder familiar*, caracterizado como um conjunto de direitos e deveres, cabendo a estes assistir, criar e educar seus filhos (art. 229 da CF).

Como nos ensina o renomado EDSON SÊDA²⁷, quando trata do poder familiar:

“É um poder porque a lei faculta ao pai e à mãe escolherem como farão a assistência, a criação e a educação dos filhos.

Formas diferentes serão escolhidas para assistir, criar e educar os filhos, segundo os pais sejam conservadores ou liberais, sofisticados ou simples e, evidentemente, nos limites de suas posses, segundo sejam pobres ou ricos. E assim por diante.

O princípio básico é o de que cabe aos pais se autodeterminarem quanto a essa assistência, criação e educação dos filhos. Assistir é promover as condições materiais para a proteção dos filhos: dar segurança, alimentação, vestuário, higiene, convivência, etc. Criar é promover as adequadas condições biológicas, psicológicas e sociais que garantam o peculiar desenvolvimento que caracteriza a criança e o adolescente. Educar é desenvolver hábitos, usos, costumes tais que integrem os filhos na cultura de sua comunidade, através de padrões éticos aptos para o exercício da cidadania.”

Prossegue o aclamado estudioso²⁸:

“O que ocorre com o Estatuto é que o exercício do pátrio poder foi reforçado: Exemplo: antes pai e mãe só podiam frequentar certos lugares com

27 *Op. cit.*, p. 30.

28 *Op. cit.*, pp. 47/48.

os filhos se o Juiz de sua Comarca assim o julgasse adequado. A legislação anterior autorizava o juiz a agir como se fosse o legislador local para esses assuntos, expedindo portarias que fixavam normas sobre o que os pais podiam ou não fazer nesse terreno. Ou seja, o Juiz era autorizado, por lei, a interferir no exercício da cidadania dos pais em relação aos filhos. O Juiz era quem se autodeterminava no lugar dos pais!

Agora, cabe aos pais disciplinarem a entrada e permanência dos filhos, desde que os acompanhe (ECA, 75; 149, I), em: estádio, ginásio e campo desportivo; bailes e promoções dançantes; boate e congêneres; casa que explore comercialmente diversões eletrônicas; estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão. Desacompanhados os filhos, cabe ao Juiz local disciplinar essa frequência, obedecidas certas exigências do Estatuto.

Vê-se assim que nesses casos, cabe aos pais se autodeterminarem, desde que estejam junto com os filhos. Desacompanhados os filhos dos pais, o Estatuto vê a questão como de ordem pública, cabendo ao Juiz julgar o pedido das partes (proprietário dos locais de frequência ou responsáveis pelos espetáculos ou eventos), vedadas as determinações de caráter geral: o Juiz não pode agir como se fosse legislador emitindo normas gerais. E os responsáveis por diversões e espetáculos devem pedir à autoridade judiciária a classificação para regular a frequência de adolescentes desacompanhados, já que crianças só podem frequentá-los acompanhados de pais ou responsável (ECA, 74, 75). Mas isto é apenas um exemplo para dar idéia do reforço das opções parentais.

Reforçado o pátrio poder, temos então que, quando os pais deixam de assistir, criar e educar os filhos, seja por agirem neste sentido (ao abusarem de sua autodeterminação), ou por deixarem de agir quando deviam (omissão), eles ameaçam ou violam direitos dos filhos."

(os grifos são nossos)

Nestas hipóteses, os pais podem ser responsabilizados, de acordo com o caso concreto, uma vez que a sistemática do Estatuto assegura o *direito de crianças e adolescentes à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento* (art. 71), mas prevê que é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (art. 70) e que a *inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica* (art. 73).

Como já exposto, a **jurisdição** (contenciosa ou voluntária) **demandar ser exercida dentro de um processo**. Somente dentro dele é possível ao Juiz do Estatuto analisar, diante de uma situação concreta, a necessidade da expedição de uma portaria, fundamentando sua decisão, levando em conta, caso a caso, os fatores indicados no parágrafo primeiro do art. 149 do ECA, contando com a intervenção do Ministério Público (na forma preceituada pelos arts. 153, parte final, 201, III e 202 do citado diploma), possibilitando a interposição do recurso cabível que, no caso, é a apelação, na forma expressa no art. 199 da Lei nº 8.069/90.

MÁRCIO TADEU SILVA, ao tratar do tema, esclarece²⁹:

*“A limitação por portaria judicial somente pode se dar após o **devido processo legal**, tendo em vista o caso concreto, com garantia do contraditório e da ampla defesa, eis que não é de se ter norma genérica, mas aplicável ao fato material singular, em que se verifique qualquer das hipóteses do art. 98 da Lei especial em referência”.*

(grifos nossos)

Temos, assim, também como requisito de validade das medidas previstas no art. 149 do ECA (seja o alvará, seja a portaria) a existência de **procedimento**.

O ato judicial deve ser precedido, portanto, de procedimento instaurado para tal finalidade. À falta de procedimento próprio previsto no ECA ou em outra lei, deve ser observado o rito estabelecido no art. 153 do diploma protetivo³⁰, aplicando-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual civil referentes aos procedimentos de jurisdição voluntária, por força do disposto no art. 152 do Estatuto.

Para que a autoridade judiciária exerça a jurisdição, no procedimento em comento, mostra-se, ainda, necessária a existência de **interesse de agir**.

O art. 75 do ECA prevê que *toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária*, estatuinto o parágrafo único do citado dispositivo que *as crianças menores de dez anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável*.

Quando, então, será necessário que a autoridade judiciária discipline, através de portaria, a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhada dos pais ou responsável, em estádio, ginásio, campo desportivo, bailes ou promoções dançantes, boate ou congêneres, casa que explore comercialmente diversões eletrônicas, ou em estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão?

Diante de diversão ou espetáculo classificado pelo órgão público competente como recomendado a crianças ou adolescentes, desnecessária se mostra a edição de portaria pela autoridade judiciária, aplicando-se o disposto no art. 75 do ECA.

Outrossim, se o estabelecimento ou espetáculo já possui alvará específico, desnecessária a edição de portaria disciplinadora.

Ainda nos valendo da lição do emérito Desembargador ANTONIO FERNANDO DO AMARAL E SILVA³¹, temos que a regra geral é a desnecessidade de ato regulamentador.

A limitação do acesso de crianças e adolescentes desacompanhados dos pais ou responsável legal a determinados locais (elencados taxativamente no art. 149 do ECA e identificados quando da expedição da portaria) é exceção, pois a regra é o **direito à liberdade**. Verificada, através do devido processo legal, a *inadequação* de determinado local à frequência de crianças e adolescentes desacompanhados dos pais ou responsável legal, pode a autoridade judiciária limitar o acesso dos infantes e jovens ou mesmo proibir sua frequência.

29 MARQUES, Márcio Tadeu Silva. “O melhor interesse da criança: do subjetivismo ao garantismo”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. pp. 467/496.

30 “Art. 153. Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público”.

31 *Op. cit.*, p. 491.

O procedimento para expedição de portaria pode ser iniciado por **provocação** do Ministério Público, do Conselho Tutelar ou por outro legitimado, podendo, ainda, ser instaurado **de ofício**, pela própria autoridade judiciária, *diante do caso concreto* que se lhe apresenta, sendo esta uma das exceções ao princípio da inércia da jurisdição, princípio mitigado no Estatuto em pontos excepcionais, sendo a expedição de portarias um dos poucos exemplos ainda remanescentes.

Como já mencionado, o princípio da inércia não é absoluto, havendo exceções à regra, aplicáveis também a outros juízes, e não somente aos da infância e da juventude, como é o caso, por exemplo, do procedimento previsto no art. 989 do CPC, e dos procedimentos de jurisdição voluntária previstos nos arts. 1113, 1129, 1142, 1160, 1171, 1190 do citado diploma. Esta peculiaridade não importa, no entanto, a que os referidos procedimentos deixem de ser considerados jurisdicionais e/ou que os juízes se descuidem das normas e princípios que regem o processo.

E não é só. Aplicando-se subsidiariamente aos procedimentos regulados pelo ECA as normas gerais previstas na legislação processual pertinente, na forma preconizada pelo art. 152 do diploma protetivo, mostra-se indispensável, a coadunar a decisão judicial com os princípios constitucionais em vigor (especialmente os relativos ao *devido processo legal*, ao *direito ao contraditório* e à *ampla defesa*), a observância, neste procedimento de jurisdição voluntária, à regra inserta no art. 1.105 do CPC, de modo a que o terceiro atingido pela decisão possa valer-se do recurso cabível (art. 199 do ECA).

A *necessidade da intervenção do Ministério Público* nos procedimentos afetos à justiça da infância e da juventude é outra condição para a validade das portarias.

Sobre o assunto, vale atentar para o ensinamento do mestre PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA³²:

“Outro traço característico dessa tutela jurisdicional sócio-individual consiste na intervenção do Ministério Público em todo e em qualquer processo que se vislumbre interesse da criança ou adolescente. No juízo especial conta com regras específicas, constantes dos arts. 201, inc. III, última figura, e 202 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, no juízo comum com a regra geral do art. 82, inc. I, do Código de Processo Civil que determina sua intervenção nas causas em que há interesses de incapazes. A falta da sua intervenção gera nulidade absoluta, devendo ser declarada de ofício ou mediante provocação, porquanto presumido que o interesse social relevado pelo legislador não restou defendido adequadamente.”

Também WILSON DONIZETI LIBERATI³³, ao tratar das portarias, acrescenta:

“Os atos administrativos com efeitos jurídicos expedidos pela autoridade judiciária deverão receber o parecer prévio do representante do Ministério Público, nos termos dos arts. 201, III e 202, sob pena de serem considerados nulos.”

(grifo nosso)

³² *Op. cit.*, p. 97.

³³ *Op. cit.*, p. 152.

Chega a ser óbvio, diante dos termos dos arts. 153, 201, III e 202 do ECA, e dos arts. 82, I, 83 e 84 do CPC, aplicados por força do art. 152 do primeiro diploma, que a intervenção do Ministério Público há de se dar antes da edição da portaria, mostrando-se absurda a sustentação de alguns magistrados no sentido de que a intimação do *Parquet* pode se dar ao final, quando da ciência do ato.

É o que se defluiu, também, do relatório da Deputada Rita Camata, quando de seu parecer sobre o Projeto de Lei nº 5.172/90³⁴, retro mencionado:

“O Ministério Público, coerente com suas novas atribuições constitucionais da defesa dos interesses maiores da sociedade, passa a ter, nos termos do Projeto, atuação mais ampla, participando de todas as instâncias decisórias, em todos os feitos que envolvem direitos da criança e do adolescente.”

(grifo nosso)

Somente neste contexto, com a observância das normas e princípios acima mencionados, pôde o legislador prever o recurso de **apelação** contra as decisões proferidas com base no citado dispositivo, na forma estatuída no art. 199 do ECA.

Dispõe o citado dispositivo que *“contra as decisões proferidas com base no art. 149 caberá recurso de apelação”*, o que consagra a idéia de que a expedição de portarias e alvarás judiciais *somente pode ocorrer como resultado de um procedimento especificamente instaurado para tal finalidade*, direcionado a um ou mais locais ou estabelecimentos previamente determinados e perfeitamente identificados, no qual será **obrigatória a intervenção do Ministério Público**, como apontado por MURILLO JOSÉ DIGÍACOMO no texto retro citado³⁵.

Ao comentar a **tutela jurisdicional diferenciada** na Justiça da Infância e da Juventude, PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA³⁶ nos ensina:

“Além de disciplinar vários procedimentos especiais, o que, por si só, indica uma tutela concorde com as particularidades do Direito material, o Estatuto da Criança e do Adolescente alterou em aspectos substanciais o sistema recursal do Código de Processo Civil, aplicável às lides de competência da Justiça Especial. Ao possibilitar, exemplificando, a reforma da decisão pelo juiz de primeiro grau, impor a regra do efeito meramente devolutivo às apelações, diminuir prazos, dispensar revisor e prever recurso contra portarias da autoridade judiciária, meio especial de insurgência em face de abuso na utilização do poder normativo residual do juiz de direito, prescreveu inovações que igualmente conduzem à concepção da existência de um diverso sistema de distribuição de justiça.”

Tratando-se de medida de natureza jurisdicional, o recurso contra portaria da autoridade judiciária expedida com base no art. 149 do ECA é a apelação, como corretamente apontado pelo artigo 199 do mesmo diploma. Mas, se a medida inobserva os requisitos de validade previstos na legislação em vigor, caracterizando-se como ato meramente administrativo, a revisão pode se dar através do próprio órgão ou de órgão superior da administração, ou ainda, mediante mandado de segurança, remédio jurídico cabível contra atos ilegais e abusivos que ameacem ou violem direitos líquidos e certos.

34 Nota de rodapé n. 3.

35 Nota de rodapé n. 14.

36 *Op. cit.*, p. 82.

MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO, em esclarecedor estudo sobre o tema³⁷, conclui:

*“Neste contexto, não é difícil perceber que a **portaria** propriamente dita não passará de **um** dos elementos da decisão, o **ponto culminante** de todo um procedimento judicial de natureza pública, deflagrado e/ou fiscalizado pelo Ministério Público, sujeito a regras e princípios próprios, onde não mais há lugar para o **arbitrio** da autoridade judiciária.”*

Ocorre que, apesar das mudanças, a cultura das portarias da época do famigerado Código de Menores permanece permeando o inconsciente dos operadores do direito, continuando os Juízes da Infância e da Juventude a expedir portarias genéricas e/ou invasivas da esfera do Legislativo, em franco desrespeito à Constituição Federal e à Lei nº 8.069/90, extrapolando os estreitos limites previstos no art. 149 do referido diploma, sem a observância ao devido processo legal e sem possibilitar a intervenção do MP, o que eiva os citados atos de nulidade.

A elucidativa sistematização elaborada por MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO, no artigo supra mencionado, resume o procedimento que envolve a expedição de portaria calcada no art. 149 do ECA:

*“Vale repetir que uma portaria disciplinadora não é um ato de mera liberalidade da autoridade judicial, mas sim deve ter sua expedição justificada e fundamentada em elementos suficientes a permitir o **controle de sua legalidade** pelas instâncias superiores.*

*Tais elementos devem ser colhidos dentro de um **procedimento judicial específico**, instaurado de ofício ou a requerimento do Ministério Público, Conselho Tutelar ou outro órgão ou mesmo pessoa interessada, onde apesar de a autoridade judiciária ter maiores poderes de investigação, será **imprescindível** a tomada de algumas providências e cautelas básicas:*

1 – a autuação formal do ato ou requerimento que deflagra o procedimento, de modo a torná-lo **oficial**;

2 – a perfeita identificação, qualificação e individualização de cada um dos locais e estabelecimentos que serão atingidos pela norma (inclusive com a indicação de seus responsáveis legais);

3 – a realização de vistorias e sindicâncias nos locais e estabelecimentos que serão atingidos pela norma (devendo para tanto contar com o concurso dos “comissários de vigilância” ou “agentes de proteção da infância e juventude”, representantes da vigilância sanitária, corpo de bombeiros, polícias civil e militar etc.), sem embargo da coleta de outras provas que entender necessárias;

4 – a intimação do órgão do Ministério Público para acompanhar e fiscalizar **todo o trâmite procedimental**, culminando com a emissão de **parecer de mérito a seu término**;

5 – a obrigatoriedade que a **decisão final** tenha a **forma de sentença**, contendo **relatório, fundamentação adequada** (em que serão levados em conta, dentre outros fatores, os itens relacionados no art. 149, § 1º, alíneas “a” a “f” da Lei nº 8.069/90) e **dispositivo**;

³⁷ Ver nota de rodapé nº 14.

6 – a publicação do ato, com a cientificação formal de todos os responsáveis pelos locais e estabelecimentos atingidos pela portaria, para que possam, no prazo de 10 (dez) dias, interpor recurso de apelação contra tal decisão (devendo tal advertência constar do mandado respectivo)."

Cumprir frisar que as portarias expedidas sem a observância dos princípios e normas aqui apontados padecem de vício de **nulidade**.

Vale mencionar o exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, órgão que se destaca no cenário pátrio como dos mais avançados na matéria, o qual editou **recomendação** no que concerne à expedição de portarias pelos Juízes da Infância e da Juventude, através de Ofício Circular nº 113/96-CGJ da Corregedoria-Geral afirmando que, por expressa vedação legal, *descabe a regulamentação genérica* vedando ou restringindo, de modo indiscriminado, a entrada ou permanência de crianças e adolescentes, desacompanhados dos pais, nos *estabelecimentos e atividades a que se refere o artigo 149 do ECA*, recomendando, em atenção ao disposto no parágrafo 2º deste artigo, a *apuração, caso a caso, das condições de atenção ao parágrafo 1º do mesmo dispositivo* pelo estabelecimento ou atividade, *assegurando-se à parte interessada o direito ao devido processo legal* nos termos do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Por sua vez, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro expediu oportuna resolução (nº 02/06) revogando todas as portarias emitidas por Juízo da Infância e da Juventude que não se referissem às estritas hipóteses previstas no art. 149 do ECA. O citado ato, inicialmente merecedor de aplausos, corre o risco de ser profundamente modificado em razão do inconformismo de alguns Juízes da Infância e da Juventude com a medida, que alegam ter tido suas funções e atuação prejudicadas em decorrência da edição do citado ato, este sim, de natureza administrativa³⁸.

Enganam-se os Magistrados que assim pensam. A atividade dos Juízes da Infância e da Juventude independe da edição de portarias, não tendo sido obstaculizada pelo Conselho da Magistratura. É certo que a relevante função jurisdicional não se reduz à expedição de portarias e que a prevenção à lesão de direitos de infantes e jovens não se efetua, unicamente, através desta atuação. Some-se a isto que a edição de portarias fulcradas no art. 149 do ECA, não está proibida, apenas limitada pela própria lei, que aponta as fronteiras e requisitos para que a portaria possa existir validamente, integrada de forma harmônica ao ordenamento jurídico vigente.

Este olhar parcial não deixa visualizar que o ECA introduziu em nosso ordenamento um sistema de garantias, onde cada órgão público, a sociedade civil e a família têm sua parcela de responsabilidade sobre a prevenção, não recaindo mais, apenas nas costas dos juízes da infância e da juventude, a responsabilidade pela garantia dos direitos infanto-juvenis.

Os direitos de crianças e adolescentes não serão mais ou menos desrespeitados se o juiz deixar de expedir portarias.

O ingresso, permanência ou participação de crianças e adolescentes, para os fins do art. 149 do ECA, pode ser autorizado através de alvará, sendo que, à falta deste, e na hipótese do evento ser inadequado, tal ingresso, permanência ou participação é, a princípio, proibido, podendo ser alvo de atuação pelo Juízo, ou representação do

³⁸ As portarias alcançadas pela Resolução CM nº 02/06 tinham natureza jurídica de meros atos administrativos, uma vez que não observavam qualquer dos requisitos de validade previstos na legislação em vigor, razão pela qual foram revogadas pela própria Administração.

Ministério Público ou do Conselho Tutelar, visando a responsabilização da pessoa física ou jurídica, nos termos do art. 73 do citado diploma.

Como demonstrado³⁹, esta concepção equivocada tem dado ensejo à edição de atos arbitrários, invasivos da atribuição de outros órgãos públicos, em flagrante **ofensa ao regime democrático**.

Apenas com a observância das limitações embutidas no art. 149, em consonância com os dispositivos do Estatuto retro mencionados, é possível a coadunação da medida judicial em tela com os diversos princípios constitucionais aplicáveis à espécie, destacando-se:

- o **princípio da independência e harmonia entre os Poderes**, cabendo ao Poder Legislativo, e não ao Poder Judiciário, a função de elaboração das leis;

- o **princípio da legalidade**, segundo o qual *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*;

- o **princípio da reserva legal**, uma vez que não há pena sem prévia cominação legal, sendo que o descumprimento às portarias dos juízes vem importando em autuação por infrações administrativas não previstas em lei;

- o **princípio do contraditório e da ampla defesa**, garantido nos procedimentos jurisdicionais e mesmo em procedimentos administrativos.

- o **princípio do devido processo legal**, sem o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens.

Por todo o exposto, podemos concluir a presente análise com a lição do mestre ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, que resume as considerações aqui aduzidas⁴⁰ sobre a emissão de portarias pelos Juízes da Infância e da Juventude:

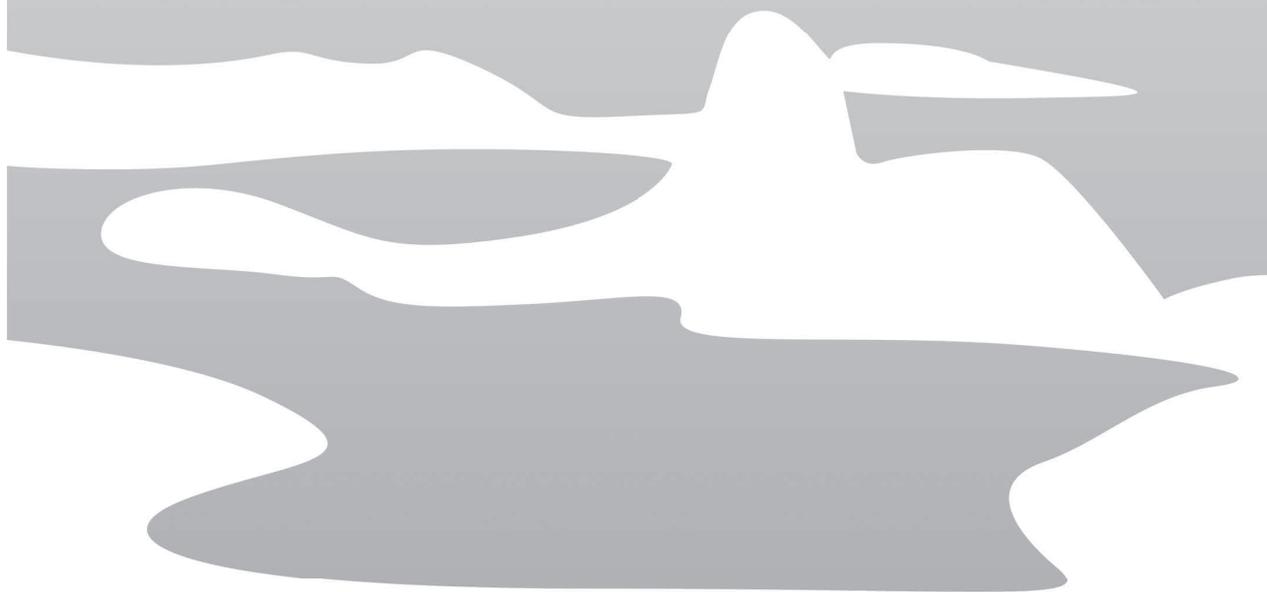
“De tudo quanto se expôs, a conclusão a que se chega nesse parecer é que o juiz da infância e da adolescência só pode emitir portarias no caso do art. 191 do ECA (para dar início ao processo ali previsto) ou nos limites do art. 149 do mesmo diploma. Neste último caso, a portaria deve ser considerada um provimento de jurisdição voluntária, o que exige a observância do procedimento previsto nos arts. 1.103 a 1.109 do Código de Processo Civil, respeitadas todas as garantias constitucionais do processo, notadamente o princípio do contraditório.”

**Publicado originalmente na Revista nº 25 jan./jun. 2007, p. 203.*

³⁹ Ver notas de rodapé n. 18 a 21.

⁴⁰ Ver nota de rodapé n. 20.

Direito Empresarial



A INTRODUÇÃO DO “LEASING” NO BRASIL

ARNOLDO WALD*

SUMÁRIO: 1 - Atualidade do assunto. 2 - *Leasing* e produtividade. 3 - Noção básica. 4 - Histórico. 5 - Estrutura jurídica e econômica. 6 - Definição do *leasing*. 7 - Vantagens oferecidas pelo novo instituto. 8 - Regulamentação do *leasing* no Brasil. 9 - Aspectos fiscais. 10 - Campos próprios de aplicação.

Atualidade do assunto.

1. Nos últimos meses, o *leasing* tem merecido constantes referências por parte dos jornais, esclarecendo o noticiário econômico que os bancos pretendiam introduzi-lo no Brasil e que as primeiras sociedades especializadas no *leasing* já se tinham constituído, quicá já estavam operando. A explicação sumária dada pela imprensa mencionava a necessidade de não imobilizar capitais importantes em máquinas, sugerindo aos industriais que alugassem os seus equipamentos em vez de comprá-los, evitando assim os problemas da obsolescência do material, que se têm tornado o grande desafio da era tecnológica. Mas da leitura dos jornais não ficou bem claro ainda para os empresários brasileiros, mesmo os mais qualificados, - e muito menos, evidentemente, para o grande público - no que consiste o *leasing*, como surgiu, para que serve, quais as vantagens oferecidas e qual a posição do instituto no direito brasileiro. Não obstante a existência de uma recente monografia sobre a matéria e de alguns artigos anteriores, justifica-se, pois, a análise sumária do contrato de *leasing* para fixar os seus pontos fundamentais.

“Leasing” e produtividade.

2. Não há dúvida que o grande problema da nossa época é a produtividade. Talvez a idéia básica dominante nos países em vias de desenvolvimento consista em reconhecer que no momento o importante é aumentar a produtividade para, em seguida, melhorar a distribuição do bolo em fatias mais equitativas. Assim, a preocupação básica de todo o empresariado consiste na racionalização do seu trabalho para aumentar a produção, mediante uma administração adequada. A importância crescente do *management* e a indicação de que ocorreu a *managerial revolution* referida por Burnham constitui o grande desafio americano a que alude Servan Schreiber.

O problema da industrialização é, pois, decorrente de uma dificuldade de adequada administração e da falta de capitais para a modernização contínua do parque industrial. Assistimos, pois, à revolução permanente do equipamento que exige uma renovação, a fim de evitar que as atuais máquinas se tornem obsoletas impedindo a dinamização das companhias. Esse problema que é geral se faz sentir mais diretamente em certos setores, que perderam a possibilidade de uma readaptação progressiva, como ocorreu no Brasil, num certo momento, no ramo de tecidos, que ficara por longo tempo com as técnicas já ultrapassadas do século passado e sofreu a crise decorrente dessa situação. Em outros campos, o avanço tecnológico é tão rápido que se torna difícil para o empresário acompanhar a velocidade das mutações. É um pouco o que aconteceu, nos últimos anos, com referência aos computadores e no tocante aos próprios aviões de transporte.

* Advogado, Parecerista e Professor Catedrático de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Por outro lado, a manutenção de um razoável capital de giro para que a firma não sinta falta de liquidez impede, muitas vezes, o investimento necessário para a renovação contínua do equipamento. Surgiu, assim, a dificuldade de conciliar a manutenção do capital do giro com a aquisição de equipamento novo. Para solucionar tal problema é que a prática criou um novo instituto – o *leasing*.

Noção Básica.

3. O *leasing*, também denominado na França *crédit-bail* e na Inglaterra *hire-purchase* é um contrato pelo qual uma empresa, desejando utilizar determinado equipamento ou um certo imóvel, consegue que uma instituição financeira adquira o referido bem, alugando-o ao interessado por prazo certo, admitindo-se que, terminado o prazo locativo, o locatário possa optar entre a devolução do bem, a renovação da locação ou a compra pelo preço residual fixado no momento inicial do contrato. Trata-se, na realidade, de uma fórmula intermediária entre a compra e venda e a locação, exercendo função parecida com a da venda com reserva de domínio e com a alienação fiduciária, embora oferecendo ao utilizador do bem maior leque de alternativas no caso de não querer ficar com a propriedade do equipamento após um primeiro prazo de utilização.

O interesse básico dessa fórmula, que recai especialmente sobre bens de equipamento, consiste em permitir a montagem ou o reequipamento de uma fábrica ou a obtenção de um prédio novo para a mesma sem a imediata imobilização de importantes capitais próprios ou emprestados, substituindo-se as amortizações anuais, devidas no caso de compra, pelo pagamento do aluguel.

Numa época de dissociação crescente entre a propriedade e o controle e entre a titularidade e o uso e de aceleração do ritmo do tempo em progressões geométricas, mediante a introdução de novas tecnologias, o *leasing* se apresenta, em determinadas hipóteses, como uma solução financeira altamente construtiva que assegura ao industrial a utilização de novas máquinas sem obrigá-lo a adquiri-las definitivamente.

Histórico.

4. O *leasing* surgiu nos Estados Unidos nos anos de 1950 e foi introduzido na Europa na década de 1960. A revista *Fortune* conta que, em 1952, um certo Sr. Boothe Jr. era o proprietário de uma fábrica de gêneros alimentícios na Califórnia. A fim de atender a um contrato importante de fornecimento que fez com o exército, sentiu a necessidade de obter máquinas especiais, que não quis comprar a fim de não reduzir as suas já reduzidas disponibilidades financeiras. Decidiu, então, obter as máquinas em locação e, posteriormente, aproveitou a sua experiência individual para criar uma empresa destinada a alugar equipamentos e, assim, surgiu a *US Leasing* que, em 1954, já faturava 3 milhões de dólares.

Nos Estados Unidos, as companhias de *leasing* se colocaram numa posição intermediária entre os bancos que operam a curto prazo e as companhias seguradoras que financiam ou investem a longo prazo. Tornou-se, pois, o *leasing*, na América do Norte, o instrumento do crédito a médio prazo (entre 3 e 7 anos) por excelência num país que não conhecia outras técnicas para tal faixa de financiamento e cuja legislação era muito rígida no tocante às depreciações de equipamento. Atualmente, o *leasing* representa nos Estados Unidos um movimento anual de quase 1 bilhão e meio de dólares, ou seja, de cerca de sete bilhões de cruzeiros. Calcula-se que no ano de 1970 deverá constituir entre 10 e 15% do total dos investimentos naquele país.

As companhias americanas admitiram não apenas o *leasing* interno, mas, também, o internacional, utilizando-o para financiamentos de usinas no exterior notadamente na Argentina e no Paquistão.

Na Europa, o *leasing* se implantou a partir de 1960, crescendo em progressões geométricas. Na França, as sociedades de *leasing* realizaram um movimento de 200 milhões de francos em 1963, alcançando 500 milhões em 1964, 700 em 1965, e devendo chegar em 1970 aos dois bilhões de francos. Também na Itália, na Alemanha e na Bélgica, o sucesso obtido foi estrondoso, obrigando, inclusive, o legislador a tomar medidas adequadas para que a instituição não viesse a sofrer distorções.

Estrutura jurídica e econômica.

5. A doutrina faz remontar a origem do *leasing* aos contratos internacionais da política de empréstimos e financiamento dos Estados Unidos em favor dos seus aliados, na luta contra o Eixo, em decorrência do *Lend Lease Act*, de 11 de março de 1941. Deve-se, todavia, evidentemente, distinguir as operações comerciais de rotina que atualmente estão sendo realizadas daquilo que foi, na época, um ato eminentemente político. Mas, coube à lei norte-americana criar uma nova fórmula jurídica já agora utilizável, em dimensões distintas, pela iniciativa privada.

Não há dúvida que, mesmo antes de 1950, haviam numerosas locações de equipamentos, mas elas eram geralmente realizadas, pelos seus proprietários, sob a forma de locação de coisas com ou sem locação de serviços, não se caracterizando, ainda, como verdadeiras operações financeiras. Anteriormente, o produtor ou o comerciante de determinados artigos, admitia a locação dos mesmos sob a forma de *renting*, sem que se vislumbrasse uma operação de crédito como acontece atualmente nas locações de automóveis, máquinas Xerox e computadores sob formas, mais ou menos simples ou complexas abrangendo até o *time-sharing*. Ao contrário, no *leasing* há mais do que uma locação, realizando-se, na realidade, basicamente uma operação financeira que consiste na simbiose da locação, do financiamento e da venda. Assim, ocorre que a instituição financeira não é inicialmente proprietária do equipamento mas vai adquiri-lo especialmente para entregá-lo em *leasing* ao interessado (empresa industrial), que o escolhe previamente de acordo com as suas especificações, num contato direto com o fornecedor.

Há, na realidade, na operação três agentes: o produtor do equipamento, a empresa industrial que vai utilizá-lo e a instituição financeira que vai realizar a operação de *leasing*. O contrato inicial é feito entre fornecedor e empresa industrial que fixam as condições do negócio. Em seguida, em vez de ser realizada a aquisição pela empresa industrial, a compra é efetuada pela instituição financeira que por sua vez aluga o bem à empresa industrial, oferecendo-lhe opções para a compra ou a renovação do contrato. Na realidade, o sistema se aproxima do existente na alienação fiduciária, na qual o fornecedor faz uma venda ao consumidor que, de imediato, no mesmo instrumento, aliena fiduciariamente o bem à instituição financeira. Na alienação fiduciária, pago o total do débito pelo consumidor, a venda fictícia ou fiduciária se resolve e o adquirente real se torna proprietário pleno sem qualquer ônus. No *leasing*, o usuário não adquire inicialmente a propriedade, tornando-se simples locatário com uma opção para a eventual compra do equipamento no fim do prazo contratual.

Várias legislações regulamentaram de modo específico o contrato de *leasing*, estabelecendo normas próprias para a sua realização e execução. Assim, por exemplo, a França tratou deste contrato que denominou *crédit-bail* (crédito-locação) na Lei de 2 de julho de 1966, complementada pela ordenação de 28-9-1967. Outros diplomas sobre a matéria foram promulgados em diversos países nos últimos anos.

Podemos, assim, afirmar que, no direito estrangeiro, a operação de *leasing* deixou de ser uma locação com peculiaridades que a transformariam em contrato atípico ou em contrato misto de locação de coisa e serviço para tornar-se um contrato novo típico.

Na realidade, o *leasing* se destaca tanto da compra e venda como da locação, do mesmo modo que o crédito direto ao consumidor se dissociou da venda típica em virtude da introdução em nosso direito da alienação fiduciária.

Definição do "leasing"

6. O *leasing* norte-americano, *crédit-bail* dos franceses, *hire-purchase* dos ingleses, *locazione finanziaria* dos italianos reflete na sua própria denominação nas várias línguas a presença de uma locação vinculada a uma operação financeira.

Já se definiu o *leasing* como uma locação a médio prazo de bens de equipamento e essa definição foi julgada inadequada, restritiva e insuficiente.

Efetivamente, como vimos, o *leasing* é uma locação, mas não é apenas uma locação, pois há no caso a simbiose do contrato locativo com uma operação de financiamento e, eventualmente, uma opção para renovação do contrato ou aquisição do bem pelo preço residual, ou seja, o preço de venda inicial acrescido do custo financeiro, descontadas as prestações locativas anteriormente pagas.

Acresce que existe uma conjugação no *leasing* entre a compra da mercadoria pela empresa financeira e a locação feita ao locatário. A compra foi feita com a finalidade de oferecer a cliente determinado o bem em locação. Assim, os dois contratos formam uma estrutura única complexa e a jurisprudência os considera como contratos conexos com repercussões recíprocas.

Finalmente, não se trata, na hipótese, de simples locação de coisas. Na realidade, os aluguéis são mais altos que os existentes na locação comum, pois visam garantir, em prazo contratual determinado, a amortização do preço do equipamento acrescido dos custos administrativos e financeiros e do lucro da companhia de *leasing*.

Por outro lado, os riscos do bem alugado correm exclusivamente por conta do locatário, afastando-se outros princípios que regem a locação de coisas. Tal posição se explica por ser o locador um simples financiador, que adquiriu o equipamento desejado pelo locatário de acordo com as indicações do mesmo. Assim é normal que os riscos do funcionamento e da manutenção do equipamento não recaiam sobre o financiador, mas sejam um ônus ou do fornecedor ou do próprio locatário, conforme a convenção das partes, subrogando-se, na realidade, o locatário nos direitos do adquirente-locador contra o vendedor dos bens.

No fim do contrato, três possibilidades são geralmente previstas: a compra pelo locatário, a renovação da locação ou a simples restituição do bem ao proprietário locador, mas nada impede que outras fórmulas sejam estabelecidas entre as partes.

Também o papel do fabricante não deve nem pode ser esquecido, pois se integra na relação do *leasing*. Produtor de equipamento é geralmente ele que toma a iniciativa de encaminhar os seus eventuais compradores à companhia de *leasing*

para realizar a fase financeira da operação. Para ele o *leasing* constitui um meio de ampliar o mercado consumidor de equipamentos, dando condições para comprar determinadas máquinas àqueles que, normalmente, não teriam dinheiro nem crédito nas formas tradicionais para realizar tal aquisição.

Vantagens oferecidas pelo "leasing"

7. Enquanto as fórmulas normais de crédito a médio prazo pressupõem sempre a utilização de uma parte de capital próprio do mutuário, o *leasing* oferece ao cliente uma fórmula de financiamento integral na qual ele pode adquirir equipamentos sem qualquer investimento próprio, pagando o valor da máquina com o produto do trabalho da mesma. Acresce que a contratação do *leasing*, em termos gerais, não afeta a situação creditícia do industrial pois não se inclui como débito no seu passivo, tratando-se de mero contrato de locação, que não consta no balanço como obrigação a pagar.

Acresce que a razão básica do sucesso do *leasing* tanto nos Estados Unidos, como na Europa, é a flexibilidade das empresas financeiras que o concedem com grande rapidez, sem as delongas que se apresentam em outras fórmulas de crédito. Desde que o bem tenha rentabilidade para assegurar as amortizações, a operação de *leasing* é factível independentemente, em tese, de outras garantias e da própria posição financeira do industrial desejoso de adquirir o equipamento. A possibilidade de decisões imediatas para tal forma de financiamento em oposição à burocracia de alguns órgãos oficiais faz com que, muitas vezes, em contratos que devem ser firmados de imediato o empresário chegue a preferir o *leasing*, embora mais oneroso, a outras formas de crédito mais baratas, mas tão rígidas ou tardias que podem implicar no desinteresse da parte.

Nos Estados Unidos, o sucesso do *leasing* também se explicou por motivos de ordem fiscal que não existiram, todavia, com a mesma intensidade na Europa. Ao contrário, no Velho Mundo foi necessário uma reformulação da legislação fiscal para permitir a generalização do *leasing*.

Não sendo uma solução universal para todos os casos, o *leasing* pelo seu alto custo operacional se recomenda em determinadas hipóteses, como por exemplo, as seguintes:

- a) quando uma empresa jovem e dinâmica, com amplo desenvolvimento tecnológico que lhe garante uma alta rentabilidade, não tem o capital necessário para desenvolver a sua atividade ou prefere não utilizar para tal fim o seu capital de giro;
- b) quando uma empresa deve equipar-se de modo especial para atender a um contrato excepcional, de grandes dimensões, cujo lucro cobrirá o encargo das prestações locativas;
- c) quando a empresa ou determinada filial da mesma já utilizou todo o seu orçamento anual de investimento, e sente a inadiável necessidade de completar o seu programa de equipamento;
- d) quando uma pequena ou média empresa pretende substituir material corrente, tendo dificuldade em atender às exigências da administração para a concessão do financiamento pelos órgãos especializados;
- e) quando uma empresa se vê diante da necessidade de se expandir, de se mudar ou de se descentralizar, abrindo novos campos de atividade em curto prazo, sem ter fundos próprios ou crédito bancário para atender à situação criada.

Em síntese, o *leasing* se apresenta como operação interessante para tôdas as empresas que tenham boa rentabilidade sem que possam recorrer a outras modalidades de financiamento a prazo médio, seja pelo fato de já terem esgotado as suas fontes normais de crédito, seja por falta de garantias adequadas a oferecer aos credores.

Necessidade de regulamentação.

8. No direito brasileiro, inexistente qualquer regulamentação sobre a matéria. O princípio geral do direito das obrigações é no sentido de admitir toda operação desde que não haja texto legal que a proíba. A autonomia da vontade e a atipicidade dos contratos que dominam o direito comercial justificariam, pois, a introdução do *leasing* no Brasil sem necessidade de qualquer legislação específica sobre a matéria.

Ocorre, todavia, que o *leasing* não é um simples contrato comercial atípico, mas implica na realização de uma operação financeira de aplicação de recursos financeiros. Assim sendo, as empresas de *leasing* são, na realidade, instituições financeiras nos precisos termos do art. 17 da Lei nº 4.595, de 31-12-1964, só podendo funcionar no país mediante autorização prévia do Banco Central.

Cabe, outrossim, ao Conselho Monetário Nacional disciplinar o mercado financeiro que é fiscalizado pelo Banco Central. Assim sendo, não deve o *leasing*, pela sua própria natureza, e pela função que exerce, deixar de ser considerado como operação financeira e, sendo operação financeira, necessita de uma regulamentação prévia das autoridades competentes para evitar abusos e distorções, assegurando-se o controle da administração sobre o mercado financeiro. Enquanto tal regulamentação não surgir, as operações de *leasing* poderão ser consideradas discutíveis e as sociedades especializadas não merecerão a confiança do público. Cabe, pois, ao Banco Central baixar normas sobre o novo instituto, como fez o ano passado em relação à alienação fiduciária, evitando dúvidas e dissipando um clima de insegurança e favorecendo a implantação de nova e fecunda técnica para o desenvolvimento do crédito a médio prazo.

Problemas Fiscais.

9. Os aspectos fiscais do *leasing* também deveriam merecer a atenção das autoridades tributárias. Como já assinalamos, há, na realidade, uma operação financeira realizada por instituição financeira, embora sob a forma inicial de locação de equipamento. Trata-se de saber se prevalecerá o aspecto material da operação, incidindo o imposto sobre operações financeiras na forma do Decreto-lei nº 914, de 1969, ou se se dará prevalência à forma do negócio, incidindo somente o imposto de serviço pelo fato de tratar-se de locação de móveis (item 52 da lista de serviços a que alude o Decreto-lei nº 834, de 8-9-1969).

Também na hipótese de venda pelo preço residual do bem no fim do contrato de locação, a incidência do ICM poderá oferecer determinadas dificuldades, pois o fisco poderá pretender que, na realidade, o preço do equipamento é composto pelo valor dos aluguéis já anteriormente pagos acrescido do preço residual. Tal situação justifica que haja um tratamento especial da matéria no campo tributário, a fim de facilitar a sua introdução no direito pátrio, fixando-se normas especiais para o caso como, aliás, ocorreu em relação à alienação fiduciária.

Para fins de imposto de renda, é preciso adequar os prazos de duração do *leasing* aos prazos legalmente estabelecidos para a amortização contábil do equipamento.

De qualquer modo, verifica-se que diante de um instituto novo, impõe-se um reexame da legislação fiscal e a adaptação do direito ao fato, de modo a permitir a introdução do novo instituto.

Campos próprios de aplicação.

10. Há setores industriais que fornecem um campo privilegiado ao *leasing*. É o caso dos automóveis, dos vagões, dos *containers*, dos aviões em relação aos quais o *leasing* permite uma renovação constante da frota, com a substituição do material à medida que cai em obsolescência. No exterior, determinadas firmas de *leasing* se especializaram nesses setores operacionais, permitindo assim um grande desenvolvimento da produção e a constante modernização do equipamento.

O *leasing* imobiliário, técnica adequada para garantir, sem desembolso de capital, a construção de sede para os grandes *magazins*, supermercados e hotéis, também necessitaria de uma regulamentação própria para que a jurisprudência não o confundisse com a locação de imóveis, excluindo-se, necessariamente, a aplicação de legislação sobre inquilinato e a lei de luvas. Talvez pudesse constituir o *leasing* imobiliário uma nova fórmula de mobilização de recursos de particulares para a solução de certos problemas de construção em relação aos quais continuam a faltar os capitais necessários.

**Publicado originalmente na Revista nº 12 set./dez. 1970, p. 81.*

A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES POR AÇÕES

FÁBIO ULHÔA COELHO*

1. Introdução

A lei das sociedades por ações, no art. 158, menciona duas hipóteses de responsabilidade civil dos administradores de companhias: uma relacionada aos prejuízos causados por sua culpa ou dolo, ainda que sem exorbitância de poderes e atribuições (inc. I), e a outra pertinente à violação da lei ou do estatuto (inc. II). Em relação à primeira, é unânime a doutrina ao afirmar que a previsão legal imputa aos administradores uma responsabilidade subjetiva do tipo clássico: isto é, ao demandante cabe a prova do procedimento culposo do demandado. Quanto à segunda, no entanto, predomina largamente o entendimento de que cuida a hipótese legal de responsabilidade subjetiva *com presunção de culpa*, havendo também quem a considere objetiva.

Quando, por outro lado, a discussão enfoca o caso dos administradores de instituições financeiras, acentua-se a divergência doutrinária. Enquanto alguns concluem pela natureza objetiva da responsabilidade dos administradores – se decretada a intervenção, a liquidação extrajudicial, o regime de administração temporária ou a falência da companhia bancária –, outros defendem a tese da natureza subjetiva.

Ao tratar do tema da responsabilidade dos administradores de sociedade anônima, tenho dois objetivos: em primeiro lugar, afirmar a natureza subjetiva do tipo clássico da responsabilidade prescrita pelo art. 158, II, da lei das sociedades por ações; em segundo lugar, por uma interpretação sistemática dos dispositivos legais sobre o assunto, defender que também o administrador de instituição financeira tem responsabilidade subjetiva, mesmo nas hipóteses de intervenção, liquidação extrajudicial, falência ou regime especial de administração temporária. Para tanto, é necessário transitar, rapidamente, pela teoria geral da responsabilidade civil, com o objetivo de assentar premissas e precisar conceitos, principalmente porque estes últimos nem sempre são utilizados de modo uniforme pelos doutrinadores.

2. Sistemas de responsabilidade civil

Há quatro sistemas de responsabilidade civil, dispostos em classificação que conjuga elementos diversos como fundamento (culpa ou posição econômica), ônus probatório (atribuído ao demandante ou ao demandado) e ligação entre conduta do responsável e resultado danoso (modelo puro ou mitigado). O sistema que corresponde ao formato básico da matéria é o da responsabilidade subjetiva do tipo clássico. Traduzida no direito positivo brasileiro pelo art. 159 do Código Civil, a vítima que busca a reparação de seu prejuízo, por este sistema, deve provar em juízo três fatos: *a)* a conduta culposa do demandado, por ação ou omissão; *b)* a existência e extensão do dano; *c)* o liame de causalidade entre a conduta do demandado e o dano. Anote-se, quanto a este último, que o caso fortuito ou a força maior, provada pelo demandado, desfaz o vínculo de causa e efeito entre seu comportamento e o prejuízo sofrido pelo demandante. A causa do dano, em tais situações, é o fato imprevisível e não a conduta

* Fábio Ulhôa Coelho é Advogado e Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

do demandado. Também importa registrar que a culpa concorrente da vítima é fator de relativização do liame de causalidade. Demonstrada que sua conduta contribuiu para a ocorrência do dano, repartirá com o demandado a responsabilidade pelo ressarcimento.

O sistema de responsabilidade subjetiva do tipo clássico corresponde à regra geral de responsabilização do direito brasileiro. Quer dizer, se a lei não preceituar para o ressarcimento de certo prejuízo uma norma específica filiada a outro sistema, a vítima deverá perseguir a reparação da lesão segundo os parâmetros da responsabilidade subjetiva do tipo clássico. No entanto, embora geral, este sistema não facilita o acesso da vítima ao pleno ressarcimento, em vista da complexidade do ônus probatório que lhe é reservado. Por tal razão, o direito sempre se mostrou atento a situações particulares em que a realização dos valores de justiça prestigiados pela teoria da responsabilidade civil dependia da liberação da vítima do encargo de produzir uma parte das provas judiciais exigidas pelo sistema clássico. De acordo com este segundo sistema, prescreve a lei a presunção relativa da culpa do demandado, em algumas situações. É o caso, por exemplo, da indenização dos danos causados por animal, pela qual responde o dono, a menos que prove diligência na sua guarda e vigia, imprudência do ofendido, caso fortuito, força maior ou que o dano foi provocado por outro animal (CC, art. 1.527).

O sistema de responsabilidade subjetiva com inversão do ônus de prova, materialmente falando, não introduz nenhum novo elemento constitutivo do dever de indenizar. Isto é, o sistema elege para a indenização pressupostos idênticos aos do clássico, quais sejam, a culpa do agente, o dano e a relação causal. A diferença entre os dois sistemas reside em aspecto meramente processual, de distribuição do ônus de prova. Em ambos, a culpa do demandado será amplamente discutida em juízo, e não poderá haver condenação se restar provada a sua inexistência. Apenas que no sistema clássico incumbe ao demandante demonstrar a culpa do ofensor, e no de inversão do ônus probatório, atribui-se ao demandado o dever de provar que não agiu culposamente. Num e noutro, entretanto, a culpa do demandado é indispensável à sua responsabilização. Indiscutivelmente, o sistema de inversão do ônus de prova se insere no gênero de responsabilidade de natureza subjetiva. Entre os sistemas clássico e de inversão do ônus de prova não existe, portanto, qualquer diferença em relação ao fundamento. Eles se distinguem apenas no âmbito processual.

O sistema objetivo de responsabilidade civil, por sua vez, foi desenvolvido em atenção aos mesmos valores de justiça que motivaram a evolução do sistema clássico para o da inversão do ônus probatório, isto é, os pertinentes à facilitação do ressarcimento dos prejuízos sofridos pelas pessoas em certas hipóteses. Mas, ao submeter uma situação fática a este terceiro sistema, a lei abstrai o elemento culposo da conduta lesiva, e, nesta medida, se distingue da responsabilidade civil subjetiva, inclusive a modalidade com inversão do ônus de prova¹. O agente responderá pelos danos sofridos pela vítima, ainda que não tenha agido com culpa. Costuma-se dizer que o fundamento da responsabilidade, na hipótese, passa a ser o *risco* relacionado com determinada atividade, mas isto não é correto, conforme proponho mais à frente. De qualquer forma, superada a discussão sobre a culpa do agente, o sistema objetivo apresenta dois pressupostos a serem provados pelo demandante: *a*) a existência e a extensão do dano; *b*) o liame de causalidade entre o dano e a ação ou omissão do demandado. Desse modo, a força maior e o caso fortuito também são excludentes de responsabilidade, na medida em que desfazem a relação causal entre a conduta do agente e os prejuízos infligidos à vítima.

1 Cfr. Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, 1979, Forense, 6ª edição, vol. 1, págs. 91/95.

Exemplos típicos de responsabilidade objetiva são: a do estado pelos atos de seus funcionários e a do empresário por acidentes de consumo. Mesmo na hipótese em que estes agentes – o estado e o fornecedor – atuaram com o mais absoluto zelo, sem a menor culpa, a vítima será titular ao direito de indenização. A diferença essencial entre os sistemas de responsabilidade subjetiva e objetiva reside na relevância ou não da culpa do lesionador de interesse ou bem alheio. E, em última análise, o que se encontra verdadeiramente em questão nesse diferenciamento é a *licitude* da conduta do demandado. A responsabilidade subjetiva sempre está relacionada a um ilícito, ou seja, a uma conduta intencionalmente voltada a causar dano a outra pessoa (dolo), ou à negligência, imprudência ou imperícia de quem tinha o dever de agir atenta, prudente e competentemente. Mesmo a inobservância de lei é uma forma de conduta culposa, posto que no mínimo negligente. Já, a responsabilidade objetiva está ligada, em geral, a um comportamento lícito. O agente responde pelos danos derivados de ação ou omissão cuja juridicidade não se discute. O município, quando chamado a indenizar os vizinhos a uma obra viária de utilidade para a fluência do trânsito, mas que importa deterioração urbana do entorno – estou pensando no viaduto em São Paulo conhecido por *Minhocão* –, está respondendo por ato plenamente lícito. A indústria que, a despeito do mais rigoroso controle de qualidade e emprego de aprimoradíssima tecnologia, acaba colocando no mercado produto imperfeito, em virtude do que é condenada a indenizar particulares por acidente de consumo, está sendo responsabilizada também por ato lícito. Com efeito, esta indústria, como toda a obra humana, é imperfeita; a colocação de produto defeituoso não é, portanto, conduta culposa se demonstrada a adoção das cautelas exigíveis, humanamente possíveis. O acidente de consumo, no caso, deriva de conduta lícita, e o empresário responde a despeito desta licitude².

Em suma, como toda conduta culposa é ilícita, configura desrespeito à lei, o critério mais acertado para distinguir a responsabilidade subjetiva da objetiva é o de relacionar aquela à ilicitude e esta última à licitude da ação ou omissão do agente a quem o direito positivo imputa o dever de indenizar³.

O derradeiro sistema de responsabilidade, que se poderia denominar *objetiva pura*, foi criado pelo direito para *assegurar* a indenização às vítimas de certos eventos cujas repercussões têm alcance econômico e social de maior envergadura. São quase modelos de seguro obrigatório. Algumas experiências no direito estrangeiro, como o sistema *no-fault* vigente em alguns estados norte-americanos, albergam as vítimas de acidente de trânsito. O mais conhecido e desenvolvido, no entanto, é o exemplo da responsabilização da agência de seguridade social, por acidente de trabalho.

O quarto sistema de responsabilidade civil se distingue do anterior, na medida em que abstrai a relação de causa e efeito entre o dano experimentado pela vítima e uma determinada ação ou omissão daquele a quem o direito imputou o dever de pagar a indenização. O empregado, no Brasil, vitimado por acidente de trabalho, pode reclamar do INSS o pagamento da prestação securitária prevista na lei e no regulamento próprios, mas, por evidente, não há nenhuma ligação causal possível de se estabelecer entre os danos derivados do acidente e a atuação da agência de seguridade social. Na verdade, os únicos pressupostos deste gênero de responsabilização, que cabem ao demandante provar, dizem respeito à demonstração da qualidade de beneficiário do sistema de seguridade, e à existência e extensão do dano, observados os parâmetros previamente estabelecidos para a mensuração deste. A indenização será devida, mesmo que o credor tenha sido culposamente o causador do acidente que o vitimou; mesmo, por outro lado, que tenha ocorrido caso fortuito ou força maior.

2 Cfr. Fábio Ulhoa Coelho, *O Empresário e os direitos do consumidor*, São Paulo, 1994, págs. 63/66 e passim.

3 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1981, Forense, 5ª edição, vol. 3, págs. 505/507.

A convivência, no direito positivo, de quatro diferentes sistemas de responsabilidade civil leva, por evidente, a doutrina à discussão acerca das situações subsumidas a cada um deles. Grosso modo, o sistema clássico será o pertinente, caso não exista expressa previsão, na lei imputadora da responsabilidade, de inversão do ônus probatório da culpa, ou da ressalva desse elemento. Ele constitui a regra básica da responsabilidade civil da ordem jurídica brasileira⁴. Quer dizer, se o direito positivo se limita a definir determinado agente como responsável por danos, sem preceituar a presunção de sua culpa, ou sem consignar que a responsabilidade independe desta, a conclusão aponta necessariamente para o sistema clássico de responsabilização⁵. Os demais sistemas somente se aplicam quando específica e expressamente prescritos por norma legal.

3. *Fundamento da responsabilidade objetiva*

O fundamento último de qualquer obrigação, no sistema jurídico correspondente ao capitalismo inferior, é a *vontade* do seu sujeito passivo. Mesmo os deveres definidos na lei, sob o ponto de vista da legitimação política, fundam-se indiretamente na vontade do devedor. Isto é particularmente nítido na discussão sobre o princípio da legalidade tributária. A imposição de tributos pressupõe lei, em sentido estrito, que a estabeleça; quer dizer, os contribuintes manifestam, através dos representantes com mandato legislativo, a sua concordância em pagar o imposto. Por mais fictícia que pareça – e por mais que realmente o seja –, a vontade do devedor tributário se pode encontrar nos fundamentos racionais da obrigação.

A responsabilidade civil de cunho subjetivo também se baseia, de modo indireto, na vontade do agente. Esta é o fundamento racional e axiológico da imputação do dever jurídico. A culpa civil – que engloba tanto as condutas negligentes, imprudentes e imperitas quanto as intencionais – representa sempre uma de possíveis alternativas de comportamento. Quer dizer, o dano indenizável foi efeito de conduta que poderia ter sido diferente. Isto é inafastável: se não havia outra conduta juridicamente exigível do agente lesionado do interesse alheio, então não será ilícito o ato de danificar, nem se imporá a decorrente responsabilidade civil (CC, art. 160). A culpa se revela apenas no comportamento que poderia não ter sido. Se o dano ocorreria independente da ação de determinada pessoa, então ela não é responsável, sob normas jurídicas afiliadas ao sistema subjetivo.

O pressuposto jurídico, no contexto deste sistema, é o de que o agente, querendo, teria sido atento, prudente, competente ou, então, poderia ter evitado envolver-se levemente em situação de risco. Ao provocar o dano, assim, de algum modo, ele manifestou uma vontade. Se a explicação psicológica, a ressaltar os motivos inconscientes do agir humano, afirma eventualmente a incapacidade material de certa pessoa dominar sua ação pela vontade, isto não se traduz em termos de correlata impossibilidade jurídica.

4 A expressão é de Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, São Paulo, 1979, Saraiva, 4ª edição, vol. 4, pág. 17.

5 Para Caio Mário da Silva Pereira, “Atentando na necessária evolução do pensamento, entendemos que a ordem jurídica deverá fixar dois tipos de responsabilidade civil: a) a primeira, fundada na *culpa*, caracterizada esta como um erro de conduta ou transgressão de uma regra predeterminada, seja de natureza contratual, seja extracontratual; b) a segunda; com abstração da idéia de culpa, estabelecida *ex lege* a obrigação de reparar o dano, desde que fique positivada a autoria de um comportamento, sem necessidade de se indagar se foi ou não foi contrário à predeterminação de uma norma; uma vez apurada a existência do fato danoso, caberá indenização por parte do ofensor ou de seu preponente; mas como se não cuida aqui da imputabilidade da conduta, somente há de ter cabida naqueles casos expressamente previstos na lei, pois é claro, se for deixada sem uma frenagem conveniente, a conseqüência será o inevitável desaparecimento da primeira, com os inconvenientes (...) da equiparação da conduta jurídica à antijurídica” (*Ob. loc. cit.*).

Em última instância, portanto, a responsabilidade subjetiva se funda no secular valor jurídico, segundo o qual as pessoas respondem por seus atos de vontade. O mesmo, contudo, não se pode afirmar acerca da responsabilidade objetiva, cujo fundamento é diverso. Com efeito, as normas jurídicas afiliadas a este sistema imputam responsabilidade independente de culpa *inclusive* a quem não poderia, por sua ação ou omissão, ter evitado o dano. É certo que o município, por exemplo, ao optar pela realização de obra no sistema viário – ainda que a custo de deterioração do entorno urbano –, externa uma vontade: adota uma opção e responde por ela. O sistema objetivo, portanto, a que se encontram sujeitos os municípios, não exclui necessariamente a manifestação de vontade como seu fundamento racional e axiológico. Mas situações há, em que a responsabilidade objetiva se impõe mesmo que o agente não reúna meios para impedir o dano, como no caso do INSS em relação ao pagamento de verbas acidentárias.

A doutrina costuma apontar o risco inerente ao exercício de determinada atividade como o fundamento da responsabilidade objetiva⁶. O fabricante de fármacos assume forçosamente um risco, inerente à exploração de qualquer atividade econômica, que é o de produzir e comercializar algumas unidades com defeitos. Pois bem, seria tal risco o fundamento valorativo para as normas jurídicas estabelecedoras da responsabilidade objetiva: da opção de assumir decorreria, segundo tal formulação, a justeza da imputação do dever de indenizar.

Não é este, contudo, o melhor enfoque a ser emprestado à matéria. O risco é próprio da atividade econômica como um todo, e, deste modo, não consegue fornecer pautas para se distinguirem as hipóteses de responsabilidade objetiva e subjetiva do empresário. Exemplificando: imagine-se acidente de trânsito, causado pelo motorista de uma empresa do ramo de mudanças domiciliares. O proprietário do outro veículo envolvido no acidente deverá demandar a empresa com fundamento na responsabilidade subjetiva do tipo clássico: ou seja, será seu o ônus da prova da culpa do empregado do demandado. Já o consumidor do serviço de mudança buscará a indenização, pelos danos acarretados ao seu mobiliário, invocando o princípio da responsabilidade objetiva dos fornecedores (CDC, art. 14). A fórmula que identifica no risco da atividade o fundamento axiológico para este último sistema, é incapaz de explicar a dualidade de soluções jurídicas. Ora, se o acidente de trânsito está ligado ao risco empresarial próprio à exploração dos serviços de mudança domiciliares, e deste fato decorreria o dever de indenizar independentemente de culpa, não se podem entender os motivos pelos quais a responsabilidade objetiva ampara o consumidor mas não o proprietário do outro veículo, quando ambos sofrem prejuízos em virtude do mesmo evento.

Na verdade, o fundamento axiológico e racional para a responsabilidade objetiva não são os riscos da atividade, mas a possibilidade de se absorverem as repercussões econômicas ligadas ao evento danoso, através da distribuição do correspondente custo entre as pessoas expostas ao mesmo dano ou, de algum modo, beneficiárias do evento. É o mecanismo de socialização das repercussões econômicas do dano que torna justa a imputação de responsabilidade aos agentes que o podem acionar. Note-se que o estado pode responder objetivamente pelos danos causados por seus funcionários porque tem meios para distribuir entre os contribuintes – através da criação e cobrança de tributos – os encargos derivados de sua responsabilização. Por outro lado, o fornecedor pode ter responsabilidade objetiva por acidentes de consumo na medida em que consegue incluir na composição de seus preços um elemento de custo correspondente às indenizações por aqueles acidentes; em conseqüência, são os

6 Cfr. Aguiar Dias, *ob. cit.*, págs. 50/51, 57/82 e *passim*.

próprios consumidores que pagarão por tais indenizações, ao adquirirem os produtos ou serviços com o preço proporcionalmente majorado em função de referido elemento de custo. O INSS é objetivamente responsável pelos acidentes de trabalho porque, mediante a imposição de contribuições aos empresários e empregados, reparte entre estes sujeitos o valor dos benefícios pagos aos acidentados.

Em suma, enquanto o sistema subjetivo de responsabilidade se respalda na vontade como fonte de obrigações, o objetivo encontrará sustentação valorativa na possibilidade de o agente passivo realocar perdas. É justo que o estado tenha responsabilidade objetiva, porque ele acaba distribuindo o encargo entre os seus contribuintes, os quais representam a parcela dos beneficiários últimos da ação estatal, com condições de suportar proporcionalmente o custo desta. É justo impor ao fabricante o dever de indenizar os consumidores por defeitos nos produtos, independente de culpa, porque o dispêndio relativo a esta imposição será – se não de imediato, pelo menos a longo prazo, quando os fatores conjunturais o permitirem – totalmente repassado ao preço destes. É justo, também, que, por tal processo de diluição, as perdas causadas pelo acidente de consumo sejam suportadas pelas pessoas a ele expostas, isto é, pelos consumidores do mesmo produto ou serviço. É justo, por fim, que o INSS responda objetivamente pelos acidentes de trabalho, porque os recursos com os quais irá pagar as verbas acidentárias são oriundos das contribuições devidas por empregados e empresas, o que implica, na verdade, a repartição das conseqüências econômicas do evento danoso entre os agentes a ele expostos.

Assentadas estas premissas sobre a responsabilidade civil em geral, pode-se agora enfrentar, com maior facilidade, a questão da responsabilidade dos administradores de sociedade anônima. Logo de início, quero propor que a fórmula doutrinária apropriada para sintetizar as normas vigentes sobre o tema, afirma que *os administradores respondem pelos danos originados pelo descumprimento de dever legal*. A partir desta fórmula, é possível a compreensão e aplicação de todo o regime de disciplina jurídica do assunto em foco. Para o demonstrar, vale a pena uma referência – ainda que breve – aos deveres a que se sujeitam os administradores de companhia.

4. Deveres do administrador de companhia

São três os principais deveres impostos por lei aos administradores de companhia: o de diligência, o de lealdade e o de informar.

O dever de diligência está conceituado, em termos gerais, no art. 153 da LSA, e se expressa normativamente pelo *standard* do bom pai de família. A doutrina aponta as dificuldades próprias de aplicação desse dispositivo, ressaltando sua ligação com a concepção – já superada, diga-se de passagem, pelo direito brasileiro – de que o administrador encontra-se em posição similar à do mandatário⁷. O padrão normativo é o do emprego, no exercício das funções de administrador da companhia, do cuidado e diligência próprios do homem ativo e probo na condução de seus interesses. Não se pode negar a extrema fluidez e vaguidade do conceito adotado pela lei brasileira – embora, por outro lado, também é verdade que não se encontram nas legislações estrangeiras soluções melhores⁸.

7 Cfr., por exemplo, Waldírio Bulgarelli, *Manual das Sociedades Anônimas*, São Paulo, 1988, Atlas, 5ª edição, pág. 160.

8 A doutrina norte-americana igualmente registra as dificuldades derivadas da generalidade dos termos em que se costuma traduzir o *duty of care* (Cfr. Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations*, St. Paul, Minn., West Publishing Co.,

O mais apropriado meio de operacionalização do *standard* do dever de diligência, segundo penso, é o de considerá-lo em referência aos cânones da “ciência” da administração de empresas⁹. Diligente, de acordo com esta solução, é o administrador que observa os postulados daquele corpo de conhecimentos tecnológicos, fazendo o que nele se recomenda e não fazendo o que se desaconselha. Tal forma de operacionalizar a norma do art. 153 da LSA parece-me extremamente objetiva, de modo a tornar o cumprimento do dever passível de aferição através de perícia. Ou seja, se o administrador adotou determinada providência na condução dos negócios sociais, a indagação jurídica, acerca do atendimento ao dever de diligência na hipótese, deve se ocupar em compará-la ao que é assente entre os *experts* em administração de empresa. A adoção do bom pai de família como paradigma não é mais operacional, hoje em dia. De um lado, por se tratar de padrão por demais impreciso e em total descompasso com a realidade, tendo em vista as profundíssimas alterações na distribuição social de trabalho entre os sexos e as novas estruturas familiares. De outro lado, o atual estágio de desenvolvimento da “ciência” da administração – nascida do pioneiro trabalho de Frederick Taylor no fim do século passado –, permite à doutrina deitar ao lado as já gastas fórmulas do direito romano. Em suma, o paradigma do administrador competente deve substituir o do bom pai de família.

O administrador diligente é aquele que emprega na condução dos negócios sociais as cautelas, métodos, recomendações, postulados e diretivas da “ciência” da administração de empresas. O dever de diligência, portanto, corresponde a obrigações de meio e não de resultado¹⁰. O administrador, em outros termos, tem o dever de empregar certas *técnicas* – aceitas como adequadas pela “ciência” da administração – na condução dos negócios sociais, tendo em vista a realização dos fins da empresa. Mas ele não responde pela efetiva realização dos fins sociais – sujeitos também à implementação de várias outras condições não inteiramente controláveis pela administração societária. A pesquisa jurídica sobre a incidência da norma do art. 153 da LSA em determinado caso não precisa e não deve ultrapassar os limites da apreciação técnica pertinente ao cumprimento da obrigação de meio.

Já o art. 154 da LSA diz respeito aos limites e finalidades do exercício das funções de administrador, assunto que também deve ter equacionamento técnico.

Assim, o enunciado geral do *caput* orienta a atuação dos administradores tendo em vista três fatores: os fins e interesses da companhia, o bem público e a função social da empresa. Quando convergentes as soluções administrativas inspiradas em

1991, pág. 306). Ver, também, Fran Martins, *Comentários à Lei das S.A.*, Rio de Janeiro, 1984, Forense, págs. 359/360.

9 A expressão *ciência*, referida ao conhecimento das técnicas de administração de empresa, está aqui sempre grafada entre aspas, porque o autor considera que tal conhecimento tem natureza tecnológica e não científica. O lugar para esta discussão, no entanto, é outro (Cfr., quanto ao conhecimento jurídico, o meu *Direito e Poder*, São Paulo, 1992, Saraiva, págs. 13/23, principalmente).

10 No direito italiano, a função de administrador de companhia é assimilável à do mandatário, inclusive por força de disposição legal, já que o art. 2392 do *Codice Civile* estabelece: “gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall’atto costitutivo con la diligenza del mandatario”. Disso, costumam-se extrair duas conseqüências: a responsabilidade dos administradores perante a sociedade tem natureza contratual, e o dever de diligência corresponde a uma obrigação de meio e não de resultado. A propósito, confira-se a lição de Francesco Galgano: “il rinvio alla diligenza del mandatario implica (...) la qualificazione dell’obbligazione dell’amministratore come obbligazione di mezzi, e non come obbligazione di risultato, con la precisazione che la diligenza richiesta all’amministratore di società per azione è quella normale ed ordinaria, e non una diligenza speciale di maggiore, o di minore, intensità (*La Società per Azioni*, vol. 7º do *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, Padova, 1988, CEDAM, 2ª edição, pág. 294). No mesmo sentido, Massimo Franzoni (*La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, vol. 19º do *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, coordenado por Francesco Galgano, Padova, 1994, CEDAM, pág. 11).

tais finalidades, no sentido de apontarem para a mesma direção, não haverá maiores dificuldades na observância da norma jurídica. Contudo, ela não fornece diretrizes ao administrador, se o interesse da companhia, em determinado assunto, não se compatibiliza inteiramente com o bem público ou a função social da empresa. Como, então, interpretá-la e aplicá-la? Na verdade, o *caput* do art. 154 da LSA se completa necessariamente com o previsto em seus desdobramentos. Isto é, aquele define a finalidade das atribuições do administrador, enquanto os parágrafos detalham o desvio de poder. Em outros termos, o enunciado prescritivo, resultante das diversas definições e vedações listadas no art. 154 da LSA e seus parágrafos, afirma, em síntese, a proibição de determinadas práticas que o legislador considera desvio de poder. Concretamente, estabelece a lei a seguinte série de condutas proibidas: o administrador não pode privilegiar o grupo ou classe de acionistas que o elegeu; não pode praticar ato de liberalidade à custa da companhia, admitida apenas a prática de atos gratuitos razoáveis em favor de empregados ou da comunidade, quando autorizado pelo Conselho de Administração ou pela Diretoria; não pode, sem prévia autorização da Assembléia Geral ou do Conselho de Administração, tomar por empréstimo recurso ou bens da companhia, nem usar – em benefício próprio ou de outrem – seus bens, serviços e crédito; e não pode, por fim, sem autorização estatutária ou assemblear, receber de terceiros vantagem de qualquer tipo, em razão do seu cargo.

Assim, se o administrador não incorrer nestas quatro condutas proibidas, estará exercendo suas atribuições regularmente, sem desvio de finalidade; em consequência, estará dando cumprimento ao art. 154 da LSA, como um todo.

O dever de lealdade se encontra no art. 155 da LSA e se traduz, em termos concretos, também por uma lista de condutas proibidas. Será desleal com a companhia o administrador que: não guardar reserva sobre os negócios sociais; usar em seu benefício, ou de outrem, oportunidades negociais a que teve acesso em função do cargo que exerce; negligenciar no exercício ou na proteção de direitos da sociedade; deixar de aproveitar oportunidade negocial, em nome da companhia com o objetivo de obter vantagem para si ou para outra pessoa; comprar, para revender à companhia com lucro, um bem de que ela necessite, ou sobre o qual tenha interesse. Muitas vezes, o descumprimento do dever de lealdade se caracteriza, também, como falta de diligência, revelando-se, nesta hipótese, mais fácil fundamentar a responsabilidade do administrador em função da inobservância deste último.¹¹

Outro dever do administrador, bastante próximo ao de lealdade, é o de se abster de atuar nas operações desenvolvidas pela companhia, em que tenha interesse conflitante com o social (LSA, art. 156)¹². As razões da norma proibitiva são evidentes, uma vez que o administrador não estará em condições de cuidar do assunto com a diligência necessária. Ao contrário, a tendência humana e natural será a de privilegiar os seus próprios interesses em detrimento dos da companhia. Quando ocorrer situação conflitante, o administrador deve comunicar seu impedimento aos demais administradores e consignar extensão e natureza do seu interesse em ata de reunião do órgão de que participa (Conselho de Administração ou Diretoria).

11 Para Robert Charles Clark, “not infrequently, the facts suggest that the directors were actually being sued and held liable because of wrongful self-interested conduct – for a violation of their fiduciary duty of *loyalty* – and the courts’ talk about duty of care is simply a way of letting the plaintiffs win without having to prove all the elements of a wrongful conflict of interest transaction” (*Corporate Law*, Boston-Toronto, 1986, Little, Brown and Co, pág. 126).

12 Sobre o conflito entre os interesses do administrador da controladora e os de sociedade controlada, consultar Massimo Franzoni, *ob. cit.*, págs. 51/53.

Não está, em regra, o administrador proibido de contratar com a própria sociedade.¹³ No entanto, a lei cuidou de explicitar que este contrato – por alguns denominado *consigo mesmo*, na medida em que aparentemente envolve dois sujeitos de direito distintos, mas, de fato, resulta de vontades emanadas do mesmo e único centro de decisão¹⁴ – deve atender a condições razoáveis ou equitativas, idênticas às de mercado, de modo que o administrador não venha a se locupletar em razão do cargo. Será anulável o contrato entre administrador e companhia não fundado em condições gerais de mercado, sendo a sociedade a titular das vantagens que ele tiver obtido na transação não equitativa.¹⁵

O derradeiro dever imposto pela legislação acionária ao administrador é o de informar (LSA, art. 157), restrito aos casos de companhia aberta. O cumprimento deste dever apresenta dois aspectos distintos: de um lado, o pertinente às informações para esclarecimento de acionistas; de outro, as comunicações de fatos relevantes, cujo destinatário são os investidores em geral. Em relação ao primeiro aspecto, determina a lei, inicialmente, que o administrador, no ato da posse, deve declarar se em seu patrimônio há ações ou outros valores mobiliários (bônus de subscrição, opção de compra de ações, debêntures conversíveis em ações) de emissão da companhia, de sociedades por esta controlada ou integrantes do mesmo grupo, especificando o número. Ainda em relação aos esclarecimentos dos acionistas, concernentes a determinados negócios societários e empregatícios do administrador, prevê a lei a obrigatoriedade de prestá-los em Assembléia Geral, quando solicitado por quem detém pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social (LSA, art. 157, § 1º).

O aspecto mais importante do direito de informar, contudo, diz respeito à comunicação à Bolsa de Valores, e publicação pela imprensa, da ocorrência de fatos relevantes. Pode ser fato relevante todo e qualquer evento econômico ou de repercussão econômica, a envolver a companhia, incluindo neste amplo conjunto as deliberações de seus órgãos societários, a realização ou a não realização de determinados negócios, projeções de desempenho etc. Será relevante o fato se puder influir, de modo ponderável, na decisão de investidores do mercado de capitais, no sentido de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela sociedade anônima (LSA, art. 157, § 4º). Quer dizer, se o administrador de companhia aberta, a partir de sua experiência profissional, constatar que os investidores, ao tomarem conhecimento de determinada notícia relacionada à sociedade que administra, optariam por realizar ou deixar de realizar certos negócios no mercado de capitais, então ele estará diante de um fato relevante, cuja divulgação é seu dever legal.

O regular funcionamento do mercado de capitais depende da transparência no acesso às informações sobre as companhias abertas emissoras dos valores mobiliários nele negociados. É o chamado princípio do *full disclosure*, que garante a todos os investidores oportunidades iguais na negociação. O administrador é o principal agente de efetivação deste princípio. A comunicação deve se dar imediatamente após a conclusão do negócio ou a ocorrência do fato, momento que nem sempre é fácil de precisar. Note-se que, muitas vezes, o fato relevante está ligado à concretização de negócios de vulto, cuja concepção e desenvolvimento demandam meses, até começarem a ganhar forma. A divulgação precipitada de transações ainda em andamento não raro é altamente desinteressante para

13 Apenas o administrador de instituição financeira está proibido de contratar mútuo, na qualidade de mutuário, com a companhia por ele administrada (Lei 4.595/64, art. 34, I).

14 Cfr. Robert Charles Clark, *ob. cit.*, págs. 143/150.

15 Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, 1984, RT, vol. 50, pág. 401.

as partes e podem, mesmo, chegar a comprometê-la. Uma vez concluídas as negociações, no entanto, nasce o dever de informar os seus aspectos relevantes ao mercado. Quando não se cuida de negociações propriamente ditas, mas de decisões governamentais, de projeção de desempenho, de quebra de safra, de fatos enfim que independem da vontade da companhia, a notícia deverá ser dada aos investidores, através da Bolsa de Valores e da imprensa, assim que se mostrar irreversível.

Antes da divulgação do fato relevante, compete ao administrador de companhia aberta guardar absoluto sigilo acerca das operações capazes de influir no comportamento dos investidores, sendo-lhe vedado usar a informação privilegiada para obter vantagem, para si ou para terceiros (LSA, art. 155, §§ 1^oa 3^o). O administrador que não observa estes deveres incorre em *insider trading*¹⁶.

Para finalizar essa parte do presente estudo, anote-se que os principais deveres dos administradores são os elencados a partir do art. 153 da LSA (diligência, cumprimento das finalidades da sociedade, lealdade e o de informar). A lei contempla, no entanto, outros tantos deveres, de diferentes naturezas – por exemplo, o de divulgar os documentos da administração, com certa antecedência (LSA, art. 133); convocar a Assembléia Geral Ordinária (LSA, art. 123; providenciar as demonstrações financeiras (LSA, art. 176) etc. Também há deveres implícitos, que se conclui de normas mais gerais ou, mesmo, de princípios. São desta categoria o dever de observar os estatutos, cumprir as deliberações dos órgãos societários hierarquicamente superiores, controlar a atuação dos demais administradores, não competir com a sociedade etc. Importa ressaltar que a inobservância de qualquer dever gera rigorosamente os mesmos efeitos civis. Isto é, qualquer que seja o dever descumprido – os elencados a partir do art. 153 da LSA, os dispostos em outras normas legais ou os implícitos –, o administrador responderá pela indenização dos danos que provocar.

5. *Apuração e efetivação da responsabilidade*

O descumprimento dos deveres legais pelos administradores pode gerar dano a qualquer pessoa. Os investidores do mercado de capitais podem sofrer prejuízo pela omissão da informação do fato relevante, parceiros comerciais da companhia podem perder oportunidades se o administrador não for diligente etc. Na maioria das vezes, no entanto, será a própria companhia a diretamente prejudicada pela inobservância de dever legal, caso em que, indiretamente, os danos atingirão os interesses dos acionistas.

Quando é a companhia a diretamente lesada por ato de administrador, a apuração e efetivação de sua responsabilidade segue algumas regras próprias, destinadas a preservar o interesse social, já que se encontra este – episodicamente –, em boa medida conflitante com os dos membros do corpo diretivo da sociedade. É natural imaginar que o administrador que, descumprindo dever legal, impõe dano à sociedade, tende a dificultar a apuração dos fatos, não se devendo afastar também a hipótese de eventual convivência dos demais administradores, um tanto por espírito corporativo. Se considera, ademais, que o implicado na irregularidade poderá ser até mesmo o presidente da companhia, seu representante legal, então se percebe a necessidade de criação na lei de instrumentos próprios à defesa dos interesses da sociedade.

A apuração da responsabilidade de administrador, quando prejudicada a companhia, será feita pela Assembléia Geral. É este o órgão societário com competência exclusiva para definir se houve descumprimento de dever legal, em

16 L.G. Paes de Barros Leães, *Mercado de Capitais & "Insider Trading"*, São Paulo, 1982, RT.

determinada conduta ou liberação de diretor ou conselheiro. A sociedade, em seu próprio nome, ou acionista, na qualidade de substituto, não poderão demandar em juízo a composição do dano, sem que a Assembléia Geral tenha já apreciado e votado a matéria. A decisão assemblear é condição de procedibilidade da ação de responsabilidade contra o administrador¹⁷. Para chegar à sua conclusão, a Assembléia, quando depender de maiores investigações, deve determinar o levantamento de dados ou exame de documentos, devendo, neste caso, deliberar previamente acerca das diligências necessárias e pertinentes (desde que, claro, sejam também permitidas pela lei). Uma vez, no entanto, reunidos todos os elementos indispensáveis à apreciação da matéria, a Assembléia Geral decidirá pela responsabilização ou não do administrador investigado. Durante o prazo da investigação, se considerar útil, este órgão poderá suspender de suas funções o diretor ou conselheiro sob suspeita.

Quando ordinária, a Assembléia Geral tem competência para decidir sobre a responsabilização de administrador, independente da pauta. Quer dizer, em AGO, qualquer acionista poderá suscitar o tema durante a discussão de assuntos de interesse geral, mesmo que não figure tal item na ordem do dia. Já a Assembléia Geral Extraordinária somente tem competência para conhecer e deliberar sobre a responsabilização de administrador, se este tema constar da pauta ou for consequência direta de algum item nela mencionado. É o que se conclui do art. 159, § 1º, da LSA.

Concluindo a Assembléia Geral, por maioria de votos dos acionistas presentes, que é o caso de processar diretor ou conselheiro, para dele haver a indenização pelos danos derivados de descumprimento de dever, duas providências impõem ser adotadas: em primeiro lugar, a substituição do administrador ou administradores responsáveis, que se tornam impedidos (LSA, art. 159, § 2º); em segundo lugar, as medidas administrativas e contratuais necessárias ao ajuizamento da ação de indenização. A primeira caberá ao órgão societário competente para prover o cargo de administrador ocupado pelo substituído, isto é, à própria Assembléia Geral ou ao Conselho de Administração. A segunda providência competirá à Diretoria. Registre-se, inclusive, que os administradores não alcançados pela decisão assemblear ou os que foram eleitos como substitutos, não podem deixar de promover as medidas necessárias ao aforamento da ação de indenização contra o destituído, sob pena de também eles incorrerem em descumprimento de dever legal – qual seja, o de diligência.

Concluindo, por outro lado, a Assembléia Geral que não é o caso de se promover a ação de responsabilidade, por quaisquer razões que a motivem, o administrador acerca do qual se levantaram suspeitas poderá continuar no exercício de suas funções, se assim for reputado conveniente. Se, durante as investigações, a Assembléia havia suspenso o administrador, caberá agora deliberar sobre a sua recondução ou não ao cargo. Nota-se, com efeito, que os órgãos competentes para eleger os administradores da companhia podem, a qualquer tempo, e independente da causa, destitui-los, de modo que da rejeição assemblear da proposta de responsabilização não decorre a garantia de permanência no cargo.

A efetivação da responsabilidade dos administradores, por dano imposto à companhia, decorrerá, normalmente, da condenação judicial em ação de indenização promovida pelo titular do direito indenizatório, isto é, a própria sociedade por ações. No entanto, prevê a lei, duas hipóteses de substituição processual, pelas quais os acionistas podem agir em nome da sociedade lesada, para promover a

¹⁷ Cfr. Massimo Franzoni, *ob. cit.*, pág. 70.

responsabilização do administrador. A primeira, a substituição *derivada*, resulta da inércia dos representantes legais da sociedade em promover a ação judicial de responsabilização deliberada pela Assembléia Geral: o atraso em pelo menos três meses legitima qualquer acionista para a demanda indenizatória, independentemente do número de ações que possuir (LSA, art. 159, § 3º); a segunda hipótese, a substituição *originária*, se verifica quando a Assembléia Geral delibera não promover a ação de responsabilidade contra o administrador, mas acionista ou acionistas titulares de ações correspondentes a 5% do capital social, têm entendimento contrário ao órgão, legitimando-se assim à propositura da demanda (LSA, art. 159, § 4º).

Nas duas hipóteses de substituição processual, o titular do direito à indenização é sempre a sociedade lesada. O acionista ou acionistas demandantes agem em nome da pessoa jurídica, em razão de norma excepcional de legitimação ativa. Deste modo, os resultados da ação, esclarece o art. 159, § 5º, da LSA, caberá à companhia e não aos autores. Estes terão, até o limite de tais resultados, direito à indenização pelas despesas em que incorreram, acrescidas de juros e correção monetária, cabendo à sociedade anônima providenciar o ressarcimento.

Durante a tramitação da ação de responsabilidade civil, promovida em função da regra de substituição originária, o administrador demandado poderá continuar no exercício de suas funções, se e enquanto gozar da confiança dos órgãos societários. Até mesmo a condenação judicial, neste caso específico, não importará necessariamente a destituição do cargo. Se o acionista ou acionistas substitutos processuais não formularem pedido neste sentido, ou se o juiz não acolher esta parte da postulação, inexistirá impedimentos para o administrador permanecer no exercício de suas funções.

6. *Natureza da responsabilidade civil dos administradores*

As duas hipóteses elencadas pelo art. 158 da LSA, na definição da responsabilidade dos administradores, são interdefiníveis. Com efeito, a ação culposa ou dolosa é, forçosamente, ilícita, violadora da lei. Se, por exemplo, um administrador deixa de aplicar disponibilidades financeiras da sociedade, ele age com negligência ou até imperícia. A natureza culposa de sua omissão é, assim, clara e indiscutível. Contudo, este mesmo comportamento também caracteriza a inobservância dos deveres de diligência e de lealdade. Conseqüentemente, o administrador que age culposamente viola a lei. Por outro lado, toda violação à lei ou aos estatutos é uma conduta culposa ou dolosa. O administrador que descumpre norma legal ou cláusula estatutária, se não atua conscientemente, estará sendo negligente, imprudente ou imperito. Em razão da interdefinibilidade das hipóteses de responsabilização civil dos administradores de sociedade anônima, não há – ressalte-se –, que distinguir a natureza delas. O que se afirma sobre a responsabilidade fundada no inciso I do art. 158, da LSA, aplica-se inevitavelmente à fundada no inciso II do mesmo dispositivo. Assim, não comporta ser feita qualquer separação entre as duas hipóteses destacadas pelo legislador, que reclama tratamento uniforme.

Não são, em conseqüência, pertinentes as afirmações da doutrina comercialista, no sentido de que somente o inciso I do art. 158 da LSA consagra modalidade subjetiva de responsabilização civil do tipo clássico, e que o inciso II prescreve a inversão do ônus de prova¹⁸.

18 Sustentam a tese da responsabilidade subjetiva com inversão do ônus de prova, na hipótese do art. 158, II, muitas vezes lembrando a posição de Miranda Valverde, em relação ao diploma acionário anterior: *Bulhões*

Por outro lado, para a conveniente operacionalização das normas sobre responsabilidade civil dos administradores de companhia, é suficiente a noção de que o descumprimento de dever legal acarreta a obrigação de recompor os danos provocados por tal conduta. Na verdade, trata-se apenas de aplicar ao caso dos administradores de sociedade anônima, a regra geral de responsabilidade civil por danos derivados de ilícitos. Em outros termos, o fundamento para atribuir ao administrador a obrigação de ressarcir prejuízos originados de ação ou deliberação sua, no exercício de cargo da sociedade anônima, será sempre o descumprimento de um dever prescrito na lei. Presente este pressuposto, deve-se seguir a imposição da sanção civil. Isto é, resultando da ação judicial, que o administrador demandado não observou qualquer dever legalmente estabelecido, caberá sua condenação pelos danos daí derivados (salvo, na hipótese de demanda promovida pela própria companhia ou por acionista substituto processual, se ao juiz ficar claro que o administrador agiu de boa-fé e visando aos interesses sociais, conforme estabelece o art. 159, § 6º, da LSA). Por descumprimento de dever legal entende-se também a violação dos estatutos, já que os administradores *devem* obedecê-lo.

As hipóteses de responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima – embora distingüidas pelo art. 158 da LSA – são redutíveis a uma apenas: a decorrente de descumprimento de dever legal.

Quanto à natureza desta responsabilidade, importa, de início, retomar as duas principais premissas assentadas no presente trabalho, quais sejam: de um lado, o caráter geral do sistema subjetivo de responsabilidade civil, do tipo clássico, de que decorre a indispensabilidade de expressa disposição legal para submeter o agente a qualquer outro sistema; de outro, o fundamento axiológico do princípio da responsabilidade objetiva, que é a possibilidade econômica de realocação de perdas. A partir destas premissas, pode-se concluir sem maiores dificuldades a afirmação da natureza subjetiva, do tipo clássico, da responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima¹⁹.

De fato, não existe nenhuma disposição legal de direito positivo a excepcionar, em relação aos administradores de sociedade anônima, a regra geral da responsabilidade civil. O art. 158 da LSA não menciona inversão de ônus probatório²⁰, nem descarta a culpa como pressuposto da responsabilidade. O fato de apenas o inciso I, e não o II, acomodar as expressões “culpa ou dolo”, não tem qualquer relevância na discussão do tema, já que são interdefiníveis as hipóteses contempladas em cada um deles – infringir a lei ou os estatutos é, para um administrador de empresa, agir com negligência, no mínimo.

Além disso, o administrador não ocupa posição econômica que lhe possibilite

Pedreira, *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro, 1992, Renovar, págs. 596/606; L. G. Paes de Barros Leães, *ob. cit.*, pág. 178; Sampaio Lacerda, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, São Paulo, 1978, Saraiva, 3º vol., pág. 206; Nelson Eizirik, *Responsabilidade Civil e administrativa do diretor de companhia aberta*, em RDM 56/47 e “*Insider Trading*” e *responsabilidade de administrador de companhia aberta*, em RDM 50/42; José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, Rio de Janeiro, 1986, Freitas Bastos, pág. 309.

Com entendimento diferente, segundo o qual o inciso II do art. 158 da LSA refere-se a hipótese de responsabilidade objetiva, está Modesto Carvalhosa, em *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, São Paulo, 1982, Saraiva, 5º vol., págs. 196/198, e *Responsabilidade Civil dos Administradores das Companhias Abertas*, em RDM 49/14.

¹⁹ Georges Ripert e René Roblot, examinando a natureza da responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas, no direito societário francês, anotam que “toutes les fois (...) que l’obligation n’est pas précisée dans son objet, il est nécessaire d’établir qu’elle a été violée parce que les faits eux-mêmes ne l’établissent pas. Il ne sert donc à rien d’invoquer l’existence d’une obligation qui aurait été violée, il faut prouver la faute” (*Traité de Droit Commercial*, Paris, 1991, LGDJ, 14ª edição, vol. 1, pág. 1.047).

²⁰ A doutrina italiana admite a inversão do ônus de prova apenas na hipótese de administrador único (Cfr. Massimo Franzoni, *ob. cit.*, pág. 54).

socializar perdas. Nos elementos componentes de sua remuneração não se encontra parcela destinada a constituição de reservas e fundos próprios para eventual indenização em favor da sociedade ou de terceiros prejudicados, que ele possa repassar a quem quer que seja. Sua situação é, econômica e juridicamente falando, muito diferente do fornecedor perante o consumidor, do Estado perante os cidadãos e do INSS perante os acidentados em trabalho. Não há fundamento racional para a sua responsabilização objetiva. Ou seja, a lei adota a melhor alternativa ao submeter o administrador de companhia ao sistema subjetivo, do tipo clássico, de responsabilidade civil. Deste modo, a sociedade anônima, seu substituto processual, ou quem quer que demande administrador, por danos derivados do modo como ele exerce ou exerceu suas funções na companhia, deve provar: a) o descumprimento de dever imputado por lei ou pelos estatutos ao demandado; b) a existência e extensão dos danos sofridos; c) o liame de causalidade entre o descumprimento do dever e o prejuízo²¹. Não há nenhuma prova diabólica neste conjunto, capaz de tornar injustos os ônus da vítima²².

7. Responsabilidade por ato de outro administrador

A lei prescreve hipóteses de responsabilidade *solidária* entre os administradores (LSA, art. 158, §§ 2º a 4º). Não há, entre elas nenhuma previsão de responsabilidade sem culpa, mas para se compreender bem a extensão das normas jurídicas correspondentes, importa distinguir, entre os deveres dos administradores, os impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia. Nesse grupo se encontram aqueles deveres cujo descumprimento conduz ou pode conduzir a empresa à inatividade, já que compromete seu normal funcionamento. A operacionalização do conceito legal é necessariamente casuística. Um ato não-diligente do administrador pode ou não configurar descumprimento de “dever imposto por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia”; dependerá da sua natureza, gravidade e da possibilidade, ainda que remota, de a infração levar a empresa à condição de inativa.

Os administradores de sociedade fechada são responsáveis solidariamente pelos prejuízos decorrentes do descumprimento de deveres desta ordem, ainda que suas atribuições estatutárias não compreendam tarefas relacionadas com o normal funcionamento da companhia (LSA, art. 159, § 3º). Já os administradores de companhia aberta terão responsabilidade solidária apenas se detiverem competência relacionada com os deveres que garantem o funcionamento normal da companhia (LSA, art. 158, § 3º). Por exemplo: se o diretor comercial deixa de realizar negócios indispensáveis à continuidade da empresa, o diretor jurídico também será eventualmente responsável, embora o simples exercício de suas atribuições não seja suficiente para alterar essencialmente a situação da companhia. Dependerá sua responsabilidade do gênero de sociedade anônima: se fechada, poderá haver solidariedade; se aberta, não.

Estas regras de vinculação solidária dos administradores, no entanto, não estabelecem nenhuma responsabilidade objetiva. Se o administrador adotar determinadas cautelas, no sentido de ressaltar sua divergência em relação ao ato ou

21 Cfr. Francesco Galgano, *ob. cit.*, pág. 296.

22 O sistema subjetivo de responsabilidade civil do administrador de companhias, adotado pelo direito brasileiro, em certo sentido, é mais rigoroso que o do direito norte-americano. Lá, o dever de diligência tem sido temperado, na jurisprudência, pelo *business judgment rule*, que pressupõe que os administradores agem em boa-fé e são leais com as companhias, estando, inclusive, em melhores condições de avaliar a pertinência de suas decisões do que os juízes (Cfr. Lewis D. Solomon e outros, *Corporations – Law and Policy*, St. Paul, Minn., 1988, págs. 622/623; Lewis D. Solomon e outro, *Corporations – Examples and Explanations*, Boston-Toronto-London, 1990, Little, Brown and Co., págs. 299/311; Robert W. Hamilton, *ob. cit.*, págs. 310/321; Robert Charles Clark, *ob. cit.*, págs. 136/140).

deliberação de que decorre o dano, não responderá por este²³. Em termos gerais, a divergência deve ser consignada em ata de reunião do órgão de administração de que participa – a Diretoria ou o Conselho de Administração. Não sendo possível, deverá ser comunicada ao outro órgão de administração, ao Conselho Fiscal ou à Assembléia Geral (LSA, art. 159, § 1º, *in fine*). Se, no entanto, for o caso de administrador de companhia aberta com competência relacionada a deveres que asseguram o regular funcionamento da empresa, a irregularidade e a divergência deverão ser comunicadas à Assembléia Geral, não bastando à ressalva da responsabilidade a simples consignação em ata de reunião do órgão de administração de que participa (LSA, art. 159, § 4º).

Em resumo, ocorrendo numa sociedade fechada o descumprimento de dever imposto por lei para assegurar o normal funcionamento da companhia, os administradores que incorreram no ilícito responderão solidariamente pelos danos causados (art. 159, § 2º), e os demais também terão responsabilidade solidária, ainda que suas atribuições não guardem relação com o dever descumprido, se não fizerem consignar a sua divergência em ata de reunião do órgão da administração de que participam (art. 159, § 1º). Se a companhia é aberta, o descumprimento de dever desta ordem somente acarreta a solidariedade dos administradores cujas funções estão relacionadas com a irregularidade, podendo estes ressaltarem a responsabilidade através da consignação em ata de sua divergência e comunicação da irregularidade e da divergência à Assembléia Geral (art. 159, §§ 3º e 4º). Se o dever não é imposto por lei para assegurar o normal funcionamento da companhia, responderá cada administrador especificamente pelos seus atos, não havendo solidariedade, tanto na companhia fechada como na aberta. Em relação a este último conjunto de deveres, a consignação em ata de reunião da divergência é suficiente para ressaltar a responsabilidade do administrador a quem não se pode imputar o ilícito.

Concretamente falando, o administrador de companhia fechada deve estar muito mais atento à forma pela qual os seus colegas nos órgãos de administração estão desempenhando suas funções relacionadas a deveres impostos por lei para assegurarem o normal funcionamento da companhia. Esta atenção redobrada se justifica, na medida em que deverá consignar sua divergência em relação a qualquer ato praticado ou deliberação adotada pelos outros administradores, sob pena de responder solidariamente pelos danos derivados do descumprimento de tais deveres. Já o administrador de companhia aberta está dispensado de tamanha atenção, na medida em que a solidariedade somente se estabelece se houver relação entre as funções próprias de seu cargo e o dever imposto para assegurar o normal funcionamento da companhia, cujo descumprimento ocorreu.

Em existindo responsabilidade solidária, os administradores cuja ação ou deliberação causam danos à empresa ou a terceiros, responderão pela indenização correspondente, qualquer que tenha sido a parcela de culpa deles. Apenas em regresso, será discutida a maior ou menor contribuição de cada administrador para o evento danoso, com vistas à justa repartição dos encargos²⁴.

Para concluir, assente-se que nunca poderá ser responsabilizado o administrador que cumpre seus deveres e que está atento à atuação dos demais integrantes dos órgãos de administração para, nas hipóteses acima precisadas, adotar as cautelas necessárias à ressalva de sua responsabilidade. Ora, assim sendo, não existe responsabilidade civil dos administradores sem culpa, pois se as cautelas capazes de ressaltá-la não são adotadas, isto caracteriza negligência ou imperícia. O fundamento da responsabilização, portanto, continua a ser a culpa do administrador.

23 Cfr. Francesco Ferrara Jr. e Francesco Corsi, *Gli Imprenditori e le Società*, Milão, 1994, Giuffrè, págs. 568/569.

24 Cfr. Massimo Franzoni, *ob. cit.*, pág. 55.

Em outros termos, a fórmula geral da responsabilidade civil dos administradores, conforme visto, é a de que esta deriva do descumprimento de dever legal ou estatutário. Ora, os §§ 2º a 4º do art. 158 da LSA, na verdade, estão implicitamente sujeitando os administradores a um dever específico, qual seja, o de controlarem as ações dos demais administradores, denunciando aos órgãos societários eventuais irregularidades. O cumprimento deste dever de vigilância sobre os demais integrantes do corpo diretivo da sociedade apresenta nuances próprias quanto às funções relacionadas ao normal funcionamento da companhia, e quanto à natureza aberta ou fechada desta. De qualquer forma, é um dever imposto implicitamente pela lei, sendo certo que sua inobservância implica responsabilidade do administrador. Como se vê, retorna-se, sem maiores dificuldades, à fórmula geral de compreensão da matéria. As hipóteses legais de solidariedade entre os administradores, portanto, não alteram a conclusão sobre a natureza subjetiva, do tipo clássico, do sistema de responsabilidade civil a que estes se sujeitam²⁵.

8. O administrador de instituição financeira

O Direito bancário estabelece regras próprias acerca da responsabilidade do administrador de instituição financeira (Lei nº 6.024/74, arts. 36 a 49); e a interpretação que, costumeiramente, se faz destas regras conclui pela existência de uma responsabilidade de natureza objetiva, em regime distinto do preceituado para os administradores de sociedade anônima em geral²⁶. Não é este, no entanto, o modo correto de se estender a questão. As diferenças entre o regime geral de responsabilidade civil dos administradores e o específico dos de instituições financeiras, na verdade, não dizem respeito à natureza ou extensão da obrigação, mas exclusivamente à apuração e efetivação da responsabilidade.

A discussão se dirige ao conteúdo dos arts. 39 e 40 da Lei 6.024/74, que estabelecem:

“Art. 39. Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido.

Art. 40. Os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão, até que se cumpram.

Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados.”

A principal observação a assentar, acerca da melhor exegese de tais dispositivos, é a de que não se pode considerá-los isolados do contexto da disciplina da matéria. Quer dizer, todas as observações relativas à responsabilidade civil, em geral, e à dos administradores de sociedade anônima, em particular, são pertinentes também à dos diretores e

²⁵ “La solidarietà non trasforma il titolo della responsabilità in una forma di responsabilità indiretta ed oggettiva, dal momento che, come si è già osservato, tra gli obblighi degli amministratori vi è anche il dovere di vigilare e di controllare l’attività altrui allo scopo di evitare danni alla società” (Massimo Franzoni, *ob. loc. cit.*)

²⁶ Cfr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, *Liquidação Extrajudicial de instituições financeiras: alguns aspectos polêmicos*, em RDM 60/24; Newton de Lucca, *A responsabilidade civil dos administradores das instituições financeiras*, em RDM 67/32; Modesto Carvalhosa, *Responsabilidade civil dos administradores de companhia aberta*, citado.

conselheiros de bancos²⁷. Assim, não existindo nenhuma regra que expressamente excepcione o regime geral, este haverá de ser atendido. Como o legislador não atribuiu aos administradores de instituições financeiras responsabilidade com inversão do ônus de prova, ou independente de culpa – nenhum dispositivo legal o estabelece expressamente –, a conclusão a se impor é a de que vige o regime de responsabilização subjetiva, do tipo clássico. Ou seja, o administrador de instituição financeira responde pelo prejuízo que causar à sociedade anônima de cuja administração participa, sempre que descumprir qualquer dever que a lei ou os estatutos lhe impuseram.

Outro aspecto bastante importante para a exata compreensão do direito vigente se encontra na própria redação do art. 40, e seu parágrafo único, da Lei 6.024/74. Isto é, a limitação da responsabilidade solidária dos administradores aos prejuízos causados em virtude de obrigações assumidas pela instituição financeira. Este é o ponto de partida para o trabalho exegético de inteligência do comando normativo. Ora, se os administradores de instituições financeiras respondem por obrigações destas até o limite dos prejuízos causados, então respondem pelos danos que provocaram na condução dos negócios sociais. Porém, a norma em foco não atribui responsabilidade aos administradores por todos os danos provocados por mal desempenho de suas funções. Atribui-a, unicamente, se das ações ou omissões do administrador resultarem obrigações para os bancos. Deve haver, portanto, para a incidência da norma responsabilizadora, um liame entre determinado ato de má administração e uma certa obrigação da instituição financeira – que a tenha prejudicado –, para que exsurja o vínculo de solidariedade.

Note-se que a regra da legislação bancária, isoladamente considerada, tem aplicação mais restrita que as normas da lei acionária. Com efeito, pelo art. 153 da LSA, o diretor de uma instituição financeira que autorizar a concessão de financiamento a um cliente desprovido de garantias idôneas, terá descumprido o dever de diligência e deverá indenizar a companhia, caso o mutuário se torne insolvente. Mas, aqui nesta hipótese não se está a cuidar de “obrigações” do banco, já que é ele mutuante e o mútuo é contrato unilateral. Ou seja, com um tal ato de gestão negligente, o banco não assume nenhuma obrigação, mas apenas passa a titularizar crédito de difícil recebimento. Como o art. 40 da Lei nº 6.024/74 menciona a solidariedade em relação às obrigações da instituição financeira, o dispositivo simplesmente não se aplica à hipótese, embora esta seja talvez uma das mais corriqueiras e danosas formas de um banco ser prejudicado por má administração. Como se pode perceber, portanto, o alcance da norma aqui em exame é menor que o do regime da legislação acionária.

Acentue-se que o direito brasileiro, ao contrário de outros²⁸, não atribui ao administrador das sociedades anônimas em geral, e das instituições financeiras em particular, o dever de conservação da integridade do patrimônio social. Essa obrigação não se encontra expressa nas normas em vigor, nem delas decorre implicitamente. Entre nós, apenas se resultar das investigações – procedidas pelas autoridades monetárias –

27 Para Bulhões Pedreira “a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras não está regulada exclusivamente pelo art. 40 da Lei 6.024, mas, simultaneamente, pelo regime da lei de sociedade por ações e pelos preceitos gerais do Código Civil; e como o ordenamento jurídico é um sistema, e não um agregado de normas, a interpretação sistemática da legislação em vigor, sem a qual não há interpretação jurídica, conduz, necessariamente, à conclusão de que a responsabilidade de cada administrador é pessoal, e que ele só é solidário nas obrigações assumidas pela instituição financeira durante sua gestão até o montante dos prejuízos que tenha causado, por ato seu, próprio, praticado com culpa ou dolo” (*apud* Newton de Lucca, *ob. cit.*, pág. 33).

28 O art. 2394 do *Codice Civile* preceitua: “gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l’inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell’integrità del patrimonio sociale”. Sobre o tema, relativamente ao direito brasileiro, ver Tullio Ascarelli, *Responsabilidade dos Diretores para com os terceiros, em Problema das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945, págs. 519/529.

que determinado administrador contribuiu, por ação ou omissão no desempenho de suas funções técnicas, para o prejuízo da companhia bancária, é que se segue o dever de indenizar esta última. Os credores da instituição, indiretamente atingidos em seus interesses – na medida em que o banco não pode honrar seus compromissos em razão das perdas sofridas –, não têm ação contra os administradores.

Bem entendida a matéria: no direito brasileiro, para que o administrador de qualquer sociedade anônima responda por prejuízos que causar a terceiros, no exercício de suas funções, é necessário um vínculo direto de causalidade entre a conduta do administrador à frente dos negócios sociais e o dano ocasionado. Somente nesta situação pode o terceiro acionar o administrador, para a tutela de seus interesses lesados. No entanto, o credor da companhia, cujo crédito não pode ser realizado porque esta foi levada à insolvência por má administração, não tem ação contra o administrador, porque seus prejuízos foram causados apenas *indiretamente* por este. A situação é idêntica, neste aspecto, à do acionista. Com efeito, todo ato de má administração que prejudica diretamente a sociedade acarreta, indiretamente, prejuízos aos acionistas, mas estes não têm ação, em nome próprio, contra os administradores por este fato. Somente a têm, quando são vitimados diretamente pelo descumprimento de dever imposto ao administrador, como no exemplo já referido da prática de *insider trading*.

Deste modo, nenhuma importância tem discutir a que sujeito – se ao banco ou ao credor deste – o legislador pretendia se referir ao mencionar “prejuízos causados”, na parte final do parágrafo único do art. 40 da lei bancária em questão²⁹. Isto porque haverá sempre uma correspondência econômica entre os prejuízos sofridos por terceiros, indenizáveis pela instituição financeira, e os sofridos por esta última, em função de seu dever de indenizar. Ou seja, se uma pessoa tem direito de ser ressarcida pelo banco, por qualquer fundamento – contratual ou extracontratual –, o valor de seu crédito será os prejuízos a ela causados. De outro lado, o valor do desembolso feito pelo banco para cumprir tal dever indenizatório será a medida dos prejuízos que ele sofre em virtude de sua obrigação. Deste modo, não tem sentido verificar se o legislador pretendeu circunscrever a responsabilidade solidária do administrador aos prejuízos do banco em determinada operação, ou aos de credores do banco, envolvidos na mesma operação, posto que ambos se equivalem necessariamente como débito e crédito referentes à mesma obrigação³⁰. De qualquer modo, ainda que se considere que a referência legislativa aponta para os credores da instituição financeira, disso não se pode concluir a possibilidade de ação de responsabilização dos terceiros contra os administradores.

A melhor interpretação dos transcritos dispositivos da legislação bancária, em suma, é a sistemática³¹. Seja porque este método hermenêutico é preferível ao

29 Mesmo no direito italiano, em que a lei distingue claramente a responsabilidade do administrador perante a sociedade (art. 2392 do *Codice Civile*) e a responsabilidade perante os credores desta (art. 2394), a doutrina, embora atribua àquela a natureza contratual e a esta a aquiliana, acaba concluindo pela inexistência de diferenças materiais entre as duas hipóteses. Assim, Francesco Galgano: “gli amministratori sono, in definitiva, esposti verso i creditori ad una responsabilità che, salvi i diversi presupposti delle relative azioni, presenta la medesima estensione della loro responsabilità verso la società: i doveri degli amministratori verso i creditori sociali finiscono con l’identificarsi – è stato scritto – ‘com il dovere di comportarsi con la diligenza del buono ed avveduto commerciante’ ” (*ob. cit.*, pág. 301). 30 Cfr. Newton de Lucca, *ob. citada*.

31 Arnaldo Wald foi o primeiro a sustentar a pertinência da interpretação sistemática da matéria atinente à responsabilidade dos administradores de instituições financeiras. É, contudo, diferente o seu enfoque, em pelo menos dois importantes aspectos: primeiro, a interpretação sistemática por ele proposta circunscreve-se ao disposto nos arts. 39 e 40 da Lei 6.024/74, não alcançando outras normas; segundo, ele conclui que a responsabilidade, no caso, é do gênero subjetivo, mas com inversão do ônus probatório (*A culpa e o risco como fundamentos da responsabilidade pessoal do diretor do banco*, em RDM 24/29).

meramente literal, seja porque o âmbito de incidência das normas de direito bancário é restrito e totalmente absorvido pelo regime geral do direito societário. Ou, por outra, como a solidariedade entre o administrador e a instituição financeira – por obrigação desta perante terceiros, assumida por ato de gestão daquele –, é limitada ao prejuízo imposto ao banco, nada, a rigor, se acrescenta, normativamente falando, ao que já decorria da responsabilização de qualquer administrador de sociedade anônima, em virtude de prejuízos a ela acarretados por descumprimento de dever. Trata-se, em última análise, de formas diferentes de se expressar o mesmo comando.

Quanto à natureza e extensão, portanto, são idênticas as responsabilidades dos administradores de instituições financeiras e dos de qualquer sociedade anônima. As diferenças existem só na apuração e efetivação destas responsabilidades. Enquanto, como visto, na sociedade anônima em geral, cabe basicamente à Assembléia apurar se determinado administrador descumpriu ou não algum de seus deveres, e se houve dano para a sociedade em virtude disso; na instituição financeira, a apuração da responsabilidade dos administradores é feita pelo Banco Central, através do inquérito mencionado no art. 41 da Lei 6.024/74. Por outro lado, a efetivação da responsabilidade dos administradores, segundo o regime geral, é feita por ação de indenização movida pela própria sociedade ou pelos acionistas substitutos processuais, cabendo a afetação dos bens do administrador somente após a decisão condenatória; já, a efetivação da responsabilidade dos administradores de instituições financeiras se faz através de uma série de medidas preventivas e assecuratórias, como a indisponibilidade, o arresto e o seqüestro de bens, a legitimidade do Ministério Público para a ação de indenização etc.

9. Conclusões

A interpretação sistemática resulta melhor que outras, na medida em que pressupõe a existência de um tratamento jurídico articulado de matérias relacionadas entre si. Através deste método exegético, o intérprete e o aplicador das normas jurídicas realizam renovadas referências aos princípios e normas mais gerais, considerando o próprio fundamento racional e axiológico do direito. Deste modo, alcançam uma compreensão mais enriquecida do comando normativo, inserindo-se em contexto jurídico mais amplo. Considerar, em suma, o conjunto de normas vigentes sobre certo assunto um *sistema*, isto é, um todo articulado de sentido, permite dar aos casos concretos nelas subsumidos soluções mais ajustadas aos valores básicos da ordem jurídica.

Quando se tem em vista a questão da responsabilidade civil dos administradores, a interpretação sistemática dos dispositivos legais em vigor conduz o tratamento doutrinário a reflexões de maior precisão e fundamento. Neste sentido, com vistas a sintetizá-las, recolhem-se as seguintes conclusões, alcançadas ao longo do presente estudo:

1º) aos administradores de sociedade por ações impõe a lei um conjunto de deveres, em que se destacam os expressamente referidos a partir do art. 153 da LSA (ser diligente, não abusar do poder, ser leal e informar). Outros tantos deveres podem ser encontrados no texto normativo, alguns referidos diretamente (convocar Assembléia Geral Ordinária, providenciar as demonstrações financeiras, pôr os documentos da administração à disposição dos acionistas etc), outros indiretamente (obedecer os estatutos, controlar a atuação dos demais administradores etc).

2º) A fórmula geral de responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima é a seguinte: *o administrador responde pelos danos causados à sociedade ou a terceiros,*

em razão de descumprimento de dever legal ou estatutário. Esta fórmula doutrinária é suficiente para abarcar todas as hipóteses cunhadas pelo legislador de responsabilização dos integrantes da Diretoria e do Conselho de Administração de sociedades anônimas.

3º) Através desta fórmula geral supera-se a inconsistente dicotomia entre as hipóteses dos incisos I e II do art. 158 da LSA. Na verdade, tais hipóteses são interdefiníveis: o administrador que age com dolo ou culpa incorre em infração à lei que lhe impõe os deveres de diligência e lealdade; por outro lado, em toda violação à lei ou estatutos perpetrada por administrador de empresa, verifica-se uma conduta culposa ou dolosa.

4º) O regime jurídico de responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima tem a natureza subjetiva, do tipo clássico. Isto é, ao demandante cabe demonstrar que o administrador descumpriu dever legal ou estatutário e que disto decorreu-lhe um dano de determinada extensão.

5º) O regime próprio dos administradores de instituições financeiras não se diferencia da disciplina geral de responsabilidade civil dos administradores das sociedades anônimas, no tocante à sua extensão e natureza. Há diferenças, e substanciais, apenas o que diz respeito à apuração e efetivação da responsabilidade.

**Publicado originalmente na Revista nº 5 jan./jun. 1997, p. 68.*

LIGEIRAS EXPLICAÇÕES SOBRE A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

J. C. SAMPAIO DE LACERDA*

1 - MECANISMO

A Lei n. 4.728, de 14/7/1965, que disciplinou o mercado de capitais, ao admitir, entre nós, o instituto da alienação fiduciária não fixou o seu conceito. Apenas declarou como se processa o seu mecanismo. Sente-se, porém, que teve a lei em vista favorecer o crédito direto ao consumidor, possibilitando facilitar a aquisição de certos bens úteis à coletividade e, ao mesmo tempo, estimular a fabricação desses bens que, assim, encontravam mercado.

Duas foram, portanto, as intenções do legislador:

- 1) Estímulo à produção.
- 2) Facilidades à coletividade, com o desenvolvimento do mercado consumidor.

Por isso a alienação fiduciária, em princípio, deve sempre pressupor uma compra-e-venda, em que o vendedor – na impossibilidade de financiar diretamente, em face da conjuntura econômica – realiza a venda de certo bem móvel ao comprador, mediante o financiamento por parte de outrem. Pressupõe, pois, como se disse, uma compra-e-venda de coisa móvel e um financiamento ao comprador para que a possa adquirir. Desse modo, o financiador paga o preço da coisa ao vendedor, a fim de que o comprador a adquira. Parte-se, portanto, do princípio de que o comprador, pela venda, adquire a propriedade da coisa e, com o financiamento obtido, vincula-se ao financiador, obrigando-se a pagar a dívida contraída em prestações. Em vez, portanto, de o vendedor efetuar, diretamente, a venda ao comprador mediante prestações mensais, ou mesmo através do pacto de reserva de domínio, recebe ele o preço total da coisa através do financiador. A venda direta pelo vendedor, quer a prestações, quer com reserva de domínio, não lhe permitia gozar das vantagens imediatas do valor em dinheiro da coisa vendida. Pelo sistema do financiamento, o vendedor, desde logo, pode aplicar o dinheiro recebido em inúmeras outras finalidades. O financiador, sim, dedicando-se a esse tipo de atividade, é que está em condições de arcar com esses encargos, tanto mais que auferirá outras vantagens daí decorrentes: juros, comissões, correção monetária. Para garantia da operação realizada é que a lei instituiu a alienação fiduciária em garantia. Essa garantia decorre de que ao financiador (credor) é transferido o domínio da coisa móvel alienada (art. 66). A coisa móvel, portanto, propriedade que é do comprador, em consequência da compra-e-venda, é transferida ao credor como domínio resolúvel, isto é, um domínio temporário, não pleno, nem ilimitado, já que se resolve com o pagamento, pelo devedor, da totalidade da dívida. É também uma propriedade restrita, já que o credor (titular do domínio resolúvel) não pode ter a coisa como sua, de forma alguma, em face da Lei que considera nula cláusula nesse sentido, mesmo que a dívida não tenha sido paga (art. 66, § 6). O domínio, portanto, que a lei confere ao credor é um domínio fictício que a ele é atribuído tão somente como garantia, para que possa, então, o credor – caso não seja paga a dívida – dispor da coisa para a venda a terceiros, mas nunca para que a mesma lhe possa ser adjudicada. Este domínio fiduciário considera-se transferido ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara.

qualquer formalidade posterior, se o devedor ainda não for proprietário da coisa, objeto da alienação fiduciária (§ 2.º). Tal dispositivo explica possa ser a alienação fiduciária efetuada antes da realização da compra-e-venda, isto é, pode o comprador antes de adquirir a coisa, obter o financiamento através da alienação fiduciária, obrigando-se na forma da Lei n.º 4.728. Mesmo aí há o pressuposto de um contrato de compra-e-venda que virá a ser realizado. Não se trata, pois, de um empréstimo feito pelo financiador ao comprador com a entrega exclusiva do numerário necessário, desde que do instrumento deve constar a descrição da coisa e os elementos indispensáveis à sua identificação (art. 66, § 1.º, *d*). Desse modo, inadmissível será que a alienação fiduciária possa ter como causa qualquer outro contrato que não o de compra-e-venda. É, portanto, uma operação financeira que facilita a compra de coisas móveis, embora juridicamente – como financiamento que é – constitua um negócio jurídico especial, um *ius novum*, como disse ALCINO PINTO FALCÃO.

A compra-e-venda permanece, porém, perfeita, com obrigações recíprocas entre as partes, inclusive a responsabilidade por parte do vendedor em relação à coisa vendida, quer no que concerne aos vícios redibitórios, quer quanto à evicção. E a relação aí é entre o vendedor e o comprador, nada tendo que ver o financiador.

2 - PARTES NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Na alienação fiduciária, duas são as partes: credor e devedor, já que o vendedor, uma vez recebido o preço da coisa, que lhe fora entregue pelo financiador, nada mais terá que ver com as relações entre credor (financiador) e devedor (comprador).

Assim, temos:

1.º) *credor, adquirente* ou *fiduciário*, que, como salienta ORLANDO GOMES, é sempre reservado às sociedades de crédito e financiamento, devidamente autorizadas a funcionar pelas autoridades monetárias do país. (Ao Banco Central compete exercer o controle de crédito sob todas as suas formas: art. 10, V, da Lei n.º 4.595, de 31/12/1964). Se a alienação fiduciária for realizada por outras pessoas, não terá a operação amparo na Lei n.º 4.728. É *credor*, por ser titular de um crédito. É *adquirente*, porque a ele se transfere o domínio, embora resolúvel, não em sua plenitude, por sofrer restrições. É *fiduciário*, por ser titular de uma garantia, resultante do domínio que tem sobre a coisa, podendo vendê-la a terceiros, se não paga a dívida, o que lhe permite obter a restituição do valor que empregou.

2.º) *devedor, alienante* ou *fiduciante* – É *devedor*, porque se obrigou a pagar certa dívida. É *alienante*, porque, sendo titular do domínio de uma coisa, a transfere ao credor, em garantia da dívida. É *fiduciante*, por ter dado em garantia ao financiador a coisa por ele comprada, para seu próprio uso.

3 - DIREITOS DO FIDUCIÁRIO

1.º) o de venda extrajudicial, no caso de inadimplemento ou mora por parte do devedor, independente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial (art. 2.º, § 3.º, da Lei 911, de 1-10-1969) e independentemente de leilão ou hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa no contrato (art. 66, § 4.º e artigo 2.º da Lei 911);

2.º) o direito de requerer a busca-e-apreensão contra o devedor ou terceiro, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor (art. 3.º da Lei 911);

3.º) o direito de ação de depósito – se o devedor não mais estiver com a coisa em

seu poder, por que responde o devedor, equiparado que é ao depositário (art. 66 e art. 4.º da Lei n.º 911, c/c os arts. 366 a 370, tít. XII do Livro IV do Código de Processo Civil);

4.º) o direito de ação executiva para cobrar a dívida, inclusive os acessórios ou o saldo, se o preço da venda não for suficiente (art. 66, § 5.º), podendo penhorar tantos bens do devedor quantos bastem para assegurar a execução (art. 5.º da Lei n.º 911);

5.º) o direito de considerar vencida a dívida, se não paga uma das prestações, independente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial (art. 2.º, § 3.º da Lei n.º 911).

4 - OBRIGAÇÕES DO FIDUCIÁRIO

1.º) restituir ao devedor o domínio da coisa, quando totalmente paga. Aliás, não há propriamente restituição. O domínio atribuído ao fiduciário resolve-se com o pagamento da dívida, automaticamente, bastando averbar no Registro de Títulos e Documentos a comprovação do pagamento. Entretanto, para melhor e mais simples solução, bastante será levar àquele Registro, declaração do fiduciário, de que a dívida já foi paga integralmente;

2.º) restituir o saldo apurado na venda, depois de satisfeitos o crédito e as despesas decorrentes da cobrança (art. 66, § 4.º).

5 - DIREITOS DO FIDUCIANTE

1.º) direito de reaver a coisa quando totalmente paga, direito esse que surge automaticamente pelo adimplemento. Se negado, tem direito à ação reivindicatória;

2.º) direito de purgar a mora se já pagou 40% do preço financiado (art. 3.º, § 1.º da Lei n.º 911);

3.º) direito de receber o saldo apurado na venda procedida pelo fiduciário (art. 66, § 4.º).

6 - OBRIGAÇÕES DO FIDUCIANTE

1.º) pagar pontualmente as prestações;

2.º) pagar o saldo devedor, no caso da venda com preço insuficiente para a dívida e acessórios (art. 66, § 5.º).

7 - BENS QUE PODEM SER OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Coisas móveis - Em princípio, pode ser objeto de alienação fiduciária qualquer coisa móvel, mas que seja durável, isto é, que não se acabe com o primeiro uso. Excluem-se, portanto, os bens consumíveis. Em geral, devem ser identificadas por sinais característicos, números de série de fabricação, marcas de fábrica, etc., tanto que devem constar do respectivo instrumento de contrato (art. 66, § 1.º, *d*). Embora possa parecer que a lei admite a possibilidade de alienação fiduciária de coisa móvel sem identificação (§ 3.º do art. 66), não é esse o sentido da lei, como pensa ORLANDO GOMES, para chamar de aberração. A lei expressamente diz que “se a coisa não se identificar por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário provar que a coisa em poder de terceiro, que se encontra na posse do devedor, é aquela a que se refere o instrumento do contrato” (art. 66, § 3.º).

Também podem ser objeto de alienação fiduciária o navio e a aeronave, que são coisas móveis registráveis (Registro Naval e Registro Aeronáutico), devendo o registro ser feito em nome do comprador, fiduciante, com a respectiva averbação ou inscrição do contrato de alienação fiduciária, que constitui verdadeiro ônus sobre a coisa.²

Será possível alienação fiduciária sobre títulos de crédito e títulos de valor, tais como notas promissórias e duplicatas? É totalmente desnecessária e inaplicável a alienação fiduciária em razão da natureza e características de autonomia e literalidade, além de se destinarem à circulação. Com relação às ações de sociedades anônimas, pela mesma razão, conquanto mais explicável, já que a ação, além de título de crédito, é um título atributivo da qualidade de sócio, o que pressupõe possa o adquirente de ações ter em vista exclusivamente, essa última finalidade: a de ser acionista.

8 - FORMA

Deve ser o contrato feito por escrito: instrumento público ou particular (art. 66, § 1º). O Registro não é requerido para a validade, nem é de eficácia para as partes. Serve para valer contra terceiros, pela sua publicidade. Decorre isso da própria lei que declara ser obrigatório o arquivamento (cópia ou microfilme) no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiro (1.º). Por isso o registro só torna válido o contrato para com terceiros. Perante as partes, a falta de registro não invalida o ato. Trata-se, como diz a lei, de arquivamento de cópia ou microfilme. Arquivamento mesmo, e não transcrição, como já se disse. Fica a cópia ou o microfilme arquivado no registro. O registro não transcreve o documento em seus livros. Não tem sentido, porém, que a lei determine seja o registro o do domicílio do credor. Melhor teria determinado fosse no domicílio do devedor, em poder de quem está a coisa e que, por isso, aí terceiros poderão melhormente obter informações acerca da coisa, isto é, se está ou não ela onerada. É no domicílio do devedor que provavelmente mais interessa a publicidade, a fim de evitar seja ela objeto de qualquer contrato, sem conhecimento do interessado. Se feito no domicílio do credor, como diz a lei, em nada adiantará, porque se os domicílios forem diversos e distantes, haverá dificuldade em saber quem é o credor, se há credor e onde está domiciliado o credor. Assim, se alguém quiser comprar a coisa (lógico que isso ocorrerá onde ela se encontra, isto é, no domicílio do devedor), terá dificuldade o interessado em saber se há algum ônus sobre a coisa. O instrumento deve conter o total da dívida de sua estimativa, o local e a data do pagamento; a taxa de juros, comissões permitidas, e, eventualmente, a cláusula penal, e correção monetária com os índices aplicáveis (art. 66, § 1.º).

9 - TRANSFERÊNCIA DA POSSE E DA PROPRIEDADE E CONSEQÜÊNCIAS

Já vimos anteriormente como deva ser entendida a transferência da propriedade. Há, porém, que examinar o texto da lei ao declarar que a transferência do domínio não depende da tradição efetiva do bem. A lei não fugiu ao sistema de nosso direito de que a transferência das coisas móveis se dá pela tradição. Ali está expressamente dito: não depende da *tradição efetiva* (art. 66); o que importa em reconhecer que a tradição se dá simbolicamente, isto é, ela se dá mesmo sem a entrega da coisa.

Com relação à posse, o fiduciário ficará com a posse indireta, como diz a lei, e o fiduciante com a posse direta (art. 66), já que ele tem a coisa em seu poder para dela se

2 “Alienação fiduciária e sua aplicação às aeronaves”, in Curso de Direito Privado da Navegação, vol. II - Direito aeronáutico, apêndice 3, pág. 237.

servir. Essa posse do fiduciário se dá pelo *constituto possessório*, isto é, o transmitente conserva o bem como possuidor, com a posse direta.

10 - GARANTIAS

Além da garantia dada pela transferência do domínio resolúvel ao credor, nas condições antes vistas, pode haver outras garantias subsidiárias, que podem ser desnecessárias, dependendo da coisa objeto da garantia. Assim, pode o credor exigir fiador, como pode exigir caução de ações, ou de outros títulos de crédito; debêntures, obrigações do erário público, etc. Não compreendemos é que, em se tratando de operação financeira, introduzida como solução oportuna, em face das dificuldades e problemas que surgiam com o penhor e a hipoteca (para os navios e as aeronaves), possam ser exigidas novas garantias, além daquela decorrente da própria alienação fiduciária. Certo que, às vezes, podem ser úteis, dependendo da coisa, pois, na hipótese de venda pelo inadimplemento, o preço obtido venha a ser insuficiente para pagamento da dívida e acessórios. A admissibilidade dessas garantias subsidiárias não derivou da Lei n.º 4.728 e sim do Dec.-lei n.º 911, de 1969 que, no art. 6.º fala que o avalista, fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida do devedor, ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária.

Por que falou a lei em aval? O aval é uma obrigação contraída por alguém estranho ao nexu cambial, o que pressupõe a existência de uma cambial ou título afim. Não há na lei qualquer exigência de que sejam emitidas notas promissórias correspondentes ao pagamento das prestações. Pelo contrário, tudo indica que não teve a lei essa intenção, porque, desse modo, considerava-se pago o financiador, que teria ação executiva contra quaisquer bens do devedor e estaria, assim, desnaturado o próprio instituto da alienação fiduciária. Qualquer exigência nesse sentido é extemporânea e sem nexu. Mas se houver tal exigência por parte da financiadora, de aval de terceiros, evidente que, em face da lei, o avalista ou o fiador, ou qualquer que venha a efetuar o pagamento, ficará sub-rogado nos direitos do fiduciário, inclusive o de não poder ficar com a coisa, mas só o direito de vendê-la a terceiros.³

**Publicado originalmente na Revista nº 18 mai./dez. 1973, p. 49.*

3 V. acórdão proferido pela 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara, em 6-4-1972, de que fui relator, cuja ementa é a seguinte: "Alienação fiduciária. Interpretação dos textos legais que a regulam. Situação do credor perante o devedor. Improcedência de embargos de terceiro, em fase da penhora em ação executiva de bens adquiridos com alienação fiduciária. Atitude do credor na hipótese: ação executiva, concurso de credores, com observância dos privilégios legais". (D. Oficial - Parte III - Apenso ao n.º 128, de 10-7-1972, página 358).

A TEORIA DE DESPERSONALIZAÇÃO: ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS

JORGE DE MIRANDA MAGALHÃES*

SUMÁRIO: I - Introdução; II - Origens e fundamentos da *Disregard Doctrine*; III - Da legitimidade da parte; IV - Da via processual hábil

I - Introdução

A progressiva evolução da vida comunitária social do homem lhe trouxe a noção de que, com junção de esforços, poderiam os membros da coletividade obter melhores resultados, não só na produção de bens e serviços, destinados a satisfazer às necessidades sociais como, eventualmente, no aumento dos lucros decorrentes dessa ampliação.

E como as relações sociais acabam sempre despertando a tutela jurídica, transformando-se em relações judiciais (FERRARA afirma que as relações jurídicas são as relações sociais a que o direito dá relevo), não tardaram a surgir as conseqüências dessa união, como a criação das sociedades e a personalidade jurídica desses entes, com autonomia em relação a seus integrantes (*societas a singuli distat*).

Indiscutivelmente, no direito moderno, as pessoas físicas não se confundem com as chamadas pessoas jurídicas, que no direito português são denominadas *coletivas*.

Como ensina ORLANDO GOMES (*Introdução ao Direito Civil, Forense*, p. 210):

“São, em síntese, grupos humanos dotados de personalidade, para a realização de fim comum. Não há denominação única para esses grupos: pessoas morais, pessoas civis, pessoas sociais e pessoas jurídicas. Todas essas expressões não revelam com propriedade o ente que designam. A mais difundida – pessoa jurídica – é ambígua, porque, propriamente falando, todas as pessoas são jurídicas, no sentido de que a personalidade é conceito jurídico e seus atributos se regulam pelo Direito. Mas, apesar disso, incorporou-se definitivamente ao nosso vocabulário jurídico,”

possuindo cada uma delas personalidade jurídica, isto é, aptidão para ser titular de direitos e deveres na ordem jurídica, distinta da de seus componentes e da dos demais membros da sociedade.

É esse um princípio jurídico tão forte, que o próprio direito processual, como assinala FÁBIO ULHOA COELHO (*Reconsideração da Personalidade Jurídica*, Ed. R.T, p. 79), afirma:

“Haverá sujeitos de direitos corpóreos, que são a pessoa física e o nascituro, e sujeitos de direito incorpóreo, como a pessoa jurídica, o condomínio horizontal, a massa falida e outras entidades.”

* JORGE DE MIRANDA MAGALHÃES é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Aí foram niveladas, como a demonstrar a distinção entre o individual e o coletivo, as chamadas pessoas jurídicas, reconhecidas no direito material, e as chamadas *partes formais*, de existência meramente processual, com capacidade processual, mas sem personalidade jurídica própria e civilmente reconhecida.

E aquelas civilmente reconhecidas, como as chamadas *sociedades de capital*, receberam a chancela da personalidade por seus objetivos práticos e específicos, donde (FÁBIO COELHO, *op. cit.*, p. 81) “só podem praticar atos jurídicos para os quais estejam expressamente habilitadas.”

Desse reconhecimento, surgiu, em nível mundial, inquietante observação de que tal personalização das entidades coletivas estava a se prestar a abusos e fraudes, o que foi objeto, no Brasil, de conferência do professor RUBENS REQUIÃO, na Universidade Federal do Paraná (RT 410/12), de cujo teor destacamos o seguinte texto, a título de ilustração:

“A doutrina desenvolvida pelos tribunais norte-americanos da qual partiu o Prof. Rolf Serick para compará-la com a moderna jurisprudência dos tribunais alemães, visa a impedir a fraude ou abuso através do uso da personalidade jurídica, e é conhecida pela designação ‘disregard of legal entity’ ou também pela ‘lifting the corporate veil.’ Com permissão dos mais versados no idioma inglês, acreditamos que não pecaríamos se traduzíssemos as expressões referidas como ‘desconsideração da personalidade jurídica,’ ou ainda como ‘desestimação da personalidade jurídica,’ correspondente à versão espanhola que lhe deu o Prof. Polo Diez, ou seja, ‘desestimación de la personalidad jurídica.’ O ‘lifting the corporate veil’ seria o ‘levantamento ou descerramento do véu corporativo,’ ou ‘da personalidade jurídica.’ Segundo ainda o Prof. Polo Diez, a expressão ‘disregard of legal entity’ é o equivalente mais próximo da ‘doutrina da penetração’ da personalidade jurídica, da moderna jurisprudência germânica.”

Assim, como se verá adiante, surgiu a teoria da despersonalização, ou desconsideração das pessoas jurídicas, conhecida como *Disregard of legal entity doctrine*, inicialmente por criação doutrinária e, agora, entre nós, consagrada no art. 28, do Código do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/09/90) como tentativa de resgatar a moralidade e autêntica juridicidade dos atos praticados por tais entidades, a seu favor, ou em prol de seus dirigentes, sobretudo quanto às fraudes e abusos de direito que se verifiquem em tais atos.

Vê-se, portanto, que a matéria está em franca evolução e a reclamar outros e mais profundos exames, como ousamos iniciar a fazer, neste modesto trabalho, sobretudo no campo processual, e à luz de textos mais recentes, como o próprio Código do Consumidor.

II – Origens e fundamentos da *Disregard Doctrine*

Efetivamente, desde que se estabeleceu o direito de personalidade das chamadas pessoas jurídicas, ou pessoas coletivas, como as denomina o direito português, em caráter diverso daquele inerente às pessoas físicas que dela participem, não se identificando o patrimônio de uma com o das outras, vem-se observando ser extremamente fácil burlar o direito dos credores, transferindo previamente o devedor, para a sociedade comercial de que faça parte, e de que tenha controle, todos os seus bens, ficando pessoalmente imune às investidas judiciais de seus credores.

O direito de personalidade das entidades o protegeria.

No final do século passado, todavia, começaram a surgir as primeiras reações a esse fato, com a negativa do absolutismo desse direito da personalidade jurídica, apresentando-se ela com um significado relativo, e permitindo a indagação quanto à finalidade social do próprio direito.

Datam dessa época, paralelamente, a sistematização dos estudos sobre a teoria do abuso do direito, atribuída a JOSSERAND e à jurisprudência francesa que a adotou, admitindo-se que, se o direito garante às pessoas fictas as suas prerrogativas, não é para agradá-las, mas para lhes garantir a própria conservação, atendendo à finalidade maior do direito, que é a social.

Do mesmo modo, FRANÇOIS GENY, em sua obra *Essai Critique* (Librairie Gènerale Paris - 1899), assegurava que nem todo direito está contido na norma, eis que a lei, de fato, não logra, até por impossibilidade material, atingir todas as hipóteses da vida cotidiana, nos seus vários matizes, afirmando “*la loi n’ est pas le droit*”, o que veio a repetir, em 1922, em sua *Science et Technique*.

Completava JOSSERAND que

“ao redor da regra formal, em torno do direito escrito, vive e se agita um mundo de princípios, de diretivas, de standards, nos quais Maurice Hauriou distingue mui acertadamente os princípios constitucionais do comércio jurídico e uma espécie de super-legalidade.”

Aparecem, então, as pesquisas e as extensões dessas indagações, atingindo as buscas da boa-fé, no trato social, e o abuso do direito e a fraude, tanto que SALEILLES propôs a inclusão, no Código Civil Francês, do conceito de *abuso* do direito, e o Código Germânico, em seu art. 226 o tipifica, considerando-o “o exercício de um direito inadmissível, se ele tiver, unicamente, por fim, causar dano a outrem.”

Espoucam em todo mundo estudos sobre o tema, preconizando-se desconsiderável a personalidade jurídica, quando esta servir de escudo para o abuso e a fraude, em detrimento dos credores. Surge a doutrina não para anular a personalidade, mas para não a considerar, ou considerá-la ineficaz, quando atrás dela se escondem fraudes, buscando incolumidade para seus fins ilegítimos.

Na Itália, o Professor PIERO VERRUCOLI, de Pisa, com a monografia *II Superamento della Personalità Giuridica delle Società*, na Alemanha, o Professor ROLF SERICH, Privat-Dozent, da Universidade de Tübingen, com sua “*Missachtung der Rechtsform des Juristischen Person*” e nos Estados Unidos, o professor WORMSER, com sua tese sobre a “*corporate entity*”, que estabeleceu a linha mestra da teoria, a que chamou *Disregard of the legal entity doctrine*, segundo a qual “*lifting the veil of the corporate entity... we discover the truth.*”

Estava implantada a teoria de que já havia notícias no caso citado pelo italiano VERRUCOLI como “*Salomon versus Salomon and Co.*”, julgado em Londres, em 1897, onde o juiz da causa afirmou que a “*company*” era apenas uma projeção, ou “agente” de *Salomon*, que era, na verdade, o efetivo proprietário do fundo de comércio.

Entre nós, versou primeiro o tema, doutrinariamente, o Professor RUBENS REQUIÃO, no artigo “Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica (*Disregard Doctrine*)” publicado na revista *Justitia*, pp. 13/24.

Também o Ministro CLÓVIS RAMALHETE, em seu artigo “Sistema de Legalidade, na Desconsideração da Personalidade Jurídica,” (RT., 586/9) e o professor paulista RUI CELSO REALI RAPOSO, em “Da Desconsideração da personalidade jurídica,” na revista *Justitia*, SP, 51/79, em 1989, entre outros.

Até então, para CLÓVIS RAMALHETE, indispensável seria que se encontrasse apoio, na aplicação da teoria, em algum texto legal, eis que filiado nosso ordenamento jurídico ao grande ramo latino-americano do Direito escrito, desconhecendo os princípios embasadores da *common law*, fundado em *equity* e *stare decisis*.

Daí apontar ele, para a solução do conflito, o art. 10 da Lei de Sociedades por Cotas, o art. 2º da C.L.T., o art. 50 da Lei de Falências, o art. 8º do então vigente Decreto-lei nº 24.150/34, alusivo à retomada do imóvel pelo locador para entidade de que seja ele majoritário e alguns julgados de tribunais, inclusive a Ap. Cível nº 90.170, da 8ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator o eminente Desembargador Olavo Tostes, que arredou a personalidade jurídica de sociedade, por constituir um meio para iludir o funcionamento normal das normas jurídicas, citando a jurisprudência francesa que fala, justamente, em “*abus de la notion de personnalité sociale*,” conforme TULLIO ASCARELLI, citado no acórdão.

Hoje, a Lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor), em seu art. 28, parece definir a legalidade da doutrina, reclamada por CLÓVIS RAMALHETE, aplicando-a quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou do contrato social, como se lê:

“O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

III - Da legitimidade da parte

A primeira indagação que se há de fazer é a seguinte: visando a teoria da *disregard* não a anular ou desfazer a personalidade jurídica da entidade, mas tão-somente a desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem (REQUIÃO, *op. cit.*, p. 13), é possível declarar a ineficácia de determinado ato constitutivo da pessoa jurídica para atingir atos que, por fraude ou abuso de direito, foram praticados em favor dessa sociedade, e não em seu detrimento?

Explique-se: a sociedade X, devedora, objetivando desatender a seus credores, transfere bens para um dos sócios, tornando-se insolvente, em situação análoga àquela em que o sócio se transforma em insolvente, transferindo bens à sociedade por ele controlada.

Nesse caso, o que se estará desconsiderando não é a juridicidade da pessoa coletiva, mas o ato por ela praticado, a demonstrar que sua personalidade, legalmente estatuída, serviu apenas de pretexto para a fraude, já agora pelo sócio!

Parece-nos caber, aí, o entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso, in RT., 511/199, onde se lê:

“A assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado, na realização da perfeita e boa justiça que outra não é a atitude do juiz, procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito.”

Diverso não é o fundamento jurídico da própria Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), quando estabelece, em seu artigo 4º:

“A execução fiscal poderá ser promovida contra:

I – o devedor;

II – o fiador;

III – o espólio;

IV – a massa;

V – o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias, ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e

VI – os sucessores a qualquer título.”

Por isso, tem entendido a jurisprudência que, ajuizada execução fiscal, contra sociedade por cotas, de responsabilidade limitada, e não localizados bens desta, pode o processo ser redirecionado contra sócio-gerente, hipótese em que este deve ser preliminarmente citado em seu nome próprio, para se defender da responsabilidade imputada, cuja causa o credor deve traduzir em petição clara e precisa, como se vê do REsp nº 7.397 – MT – Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª Turma, STJ, in DJU 30.X.95.

Em consonância com tal entendimento, o extinto TFR editou as Súmulas 184 e 112, que dizem:

“Em execução movida contra sociedade por cotas, o sócio-gerente, citado em nome próprio, não tem legitimidade para opor embargos de terceiro, visando a livrar da constrição judicial seus bens particulares.” (Súmula 184)

“Em execução fiscal, a responsabilidade pessoal do sócio-gerente de sociedade por cotas, decorrente de violação da lei ou excesso de mandato, não atinge a meação de sua mulher.” (Súmula 112)

Também o egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu sobre o mesmo tema:

“O diretor citado para integrar o feito como litisconsorte passivo (art. 153, III, do CTN) é responsável, por substituição, pelo débito fiscal e por isso está abrangido na obrigação principal, razão pela qual deverá apresentar, em embargos à execução, a defesa que tiver (RT. 562/244).”

Daí porque, apresentando o entendimento de que não é absoluta a independência entre a entidade e seus sócios, afirma a jurisprudência:

“Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Execução Fiscal, com penhora em bens do sócio-gerente. Embargos de Terceiro.

Sociedade realmente fictícia, em que o sócio-gerente é dono de 99,2% do capital, sendo os restantes 0,8% de sua mãe e de um cunhado. A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico básico, não um tabu, e merece ser desconsiderado quando a sociedade é apenas um alter ego de seu controlador, em verdade comerciante em nome individual. Lição de KONDER COMPARATO. Embargos de terceiro rejeitados. Apelação provida. (Ap. Cível nº 583018577 - 1ª Câmara Cível Lagoa Vermelha - TJERGS - Relator Des. Tulio Medina Martins).”

De outro lado, também no direito de família, ocorre o fenômeno, como bem notou ROLF MADALENO, Professor de UNISINOS (*Lex*, 42, p. 11) em seu *A Disregard no Direito de Família*:

“Já no Direito de Família, sua utilização dar-se-á, de hábito, na via inversa, desconsiderando o ato, para alcançar bem da sociedade, para pagamento do cônjuge ou credor prejudicado. É larga e produtora sua aplicação no processo familiar principalmente, frente à diuturna constatação nas disputas matrimoniais, do cônjuge empresário esconder-se sob as vestes da sociedade, para a qual faz despejar, senão todo, ao menos o rol mais significativo dos bens comuns. É situação rotineira, verificar nas relações nupciais que os bens materiais comprados para uso dos esposos, como carros, telefones, móveis e mormente imóveis, dentre eles a própria alcova nupcial, encontram-se registrados, ou adquiridos, em nome de empresas de que participa um dos consortes.

Com este estratagema, controlam e manipulam ao seu talante, os resultados econômicos do desfazimento de suas núpcias, não sendo infreqüente a esposa descobrir que toda sua meação conjugal resvala das suas mãos, sob o pálio da personalidade jurídica que a deu em comodato...”

“Seria admissível manter-se o juiz, frente à hipótese de uma planejada transferência da vivenda nupcial à pessoa jurídica, sob o engodo da incrível esposa, de que questões contábeis, financeiras e tributárias aconselharam dita transferência de propriedade para, em seguida, ela se ver despojada do uso e domínio do seu próprio lar? Sob fachada da personalidade jurídica seria aceitável permitir, sem qualquer reação jurídica, que o marido, já sequioso por sua separação, viesse a promover sua retirada de determinada empresa, ou tratasse de ajustar a expressão diminuição da sua participação social, tudo engendrado no propósito de diminuir a meação do cônjuge mulher, ou vice-versa?”

Efetivamente, tem sido muito difícil, senão impossível, no plano prático, preservar em nome da família, vale dizer do casal (marido e mulher), a titularidade de bens que um deles, geralmente o homem, desloca para a sociedade, ou em nome dela adquire, evitando trazê-lo para a meação uxória, (ou marital) com o evidente fito de não reparti-lo, ante eventual dissolução da sociedade.

E isto acarreta evidente prejuízo ao outro cônjuge porque sua cota no bem, não existente no patrimônio familiar, vai afinal engordar, se dissolvida a união, o acervo da entidade e, por consequência, de outros sócios que a ele não faziam jus, em evidente fraude e má-fé, dificilmente abortável sem o emprego da teoria exposta.

E continua o mestre:

“Por sinal, este ato lesivo praticado sob o manto da pessoa jurídica, perpetrado em fraude à meação, haverá de servir como causa isolada ou suplementar do próprio pleito separatório, pela via expressa da conduta desonrosa, que no dizer de YUSSEF SAID CAHALI (Divórcio e Separação, ed. RT., 1978, pp. 167 e 168), importa numa obrigação de “agir” e “não agir,” ou em outras palavras – “que sejam igualmente observadas nas relações intersociais dos cônjuges, as normas de comportamento ético e jurídico, para evitar que, da sua inobservância, o desprestígio, o descrédito, a desconsideração, e a degradação moral, ou social, a que se exponha um dos cônjuges, venham a se refletir negativamente, como inexorável consequência, sobre a pessoa do outro cônjuge e da família.”

“Também no campo do direito alimentar é comum defrontar com demandas revisionais de redução ou majoração de pensões e onde o mote defensivo do devedor alimentar baseia-se na invencível diminuição da sua participação societária, quando não se torna um sócio oculto, com poderes de gestão conferidos por mandato, em claro acinte à capacidade intelectual do julgador e do alimentário.”

O mesmo se há de aplicar, agora desfavoravelmente à mulher, quando em seu nome estiver o bem, ocultando o do marido, com quem tenha constituído firma, daí resultando insuperável prejuízo ao credor:

“Quinhão condominial pertencente à mulher. Obrigação contraída em favor de sociedade constituída por marido e mulher. Aval dado pelo cônjuge varão. Penhora. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

Quinhão condominial em imóvel pertencente a mulher em acordo de separação consensual com o avalista de obrigação contraída em favor de sociedade constituída exclusivamente por ambos, sendo este o outro condômino – Penhora feita em execução promovida pelo credor contra avalistas e avalizado. Presença de circunstâncias que autorizam a presunção de que o crédito resultou em benefício para a embargante, e não ilidida – Aplicabilidade ao caso dos benefícios da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades. Legitimidade e subsistência da penhora.” (Ap. Cível 1960/93 – 7ª Câmara – Unânime – Relator Juiz Nascimento A. Póvoas Vaz – Julg. 31/3/93)

Assim, parece-nos plenamente jurídico que, objetivando a teoria da despersonalização desfazer atos praticados em fraude ou abuso de direito, possa ser possível atingir negócios que a beneficiam, de maneira espúria, no sentido de prejudicar terceiros, através do esvaziamento do patrimônio do indivíduo que, sendo seu controlador, possa da mesma forma valer-se dos benefícios do uso e gozo que tais bens possam proporcionar.

IV - Da via processual hábil

Como se vê, é a produção de efeitos novos, com a cessação dos espúrios praticados, envolvendo sociedade (*corporate*) o que se busca atingir, através da teoria da *disregard*, que não se destina a anular ou desfazer a personalidade jurídica dessa entidade, a qual continua viva e atuante, para os demais efeitos, mas apenas a tolher efeitos dos atos praticados.

Se assim é, cabe indagar, ante os expressos termos do art. 472, do digesto processual civil, segundo o qual não podem os terceiros sofrer efeitos de decisões proferidas em ações onde não foram partes, estabelecendo os conhecidos limites subjetivos da coisa julgada, qual seria a via processual hábil para a declaração da ineficácia desses atos írritos que se busca desfazer, para poder alcançar esses terceiros, exatamente por se ter olhos para a personalidade jurídica dos entes coletivos!

Não há dúvida de que a decisão por ela buscada é de efeitos declaratórios, ou seja, a afirmação de que anterior relação jurídica criada, modificada ou extinta pelo ato inquinado, não há de produzir efeitos perante outra pessoa, não se buscando a desconstituição desses atos.

Por isso, a enorme gama de possibilidades:

A) No Direito de Família (pág. 15), ROLF MADALENO assinala, devem ser os procedimentos desritualizados, com soluções justas, mas rápidas e eficazes, conquanto envolvam relações de ordem material e psicológica amiúde tensas e essenciais à própria sobrevivência moral e financeira daquelas pessoas nele envolvidas, de modo tão direto e intenso, já que não possuem o controle absoluto de suas tolerâncias e sentimentos (*op. cit.* p. 15).

Assim, diz ele:

“O processo é de rito ordinário e a ação poderá ser a da própria separação judicial que, litigiosa, terá por escopo desconstituir o casamento e desconsiderar a personalidade jurídica usada como instrumento de fraude ou abuso à meação do cônjuge promovente da ação. Cumulam-se as pretensões processuais, com separação, alimentos e desconsideração, para que nesta última, na mesma sentença, o juiz declare, episodicamente, ineficaz o ato societário lesivo à meação do consorte vitimado e ordene o retorno do bem espoliado ao rol conjugal ou, se já inovável, decrete a conseqüente compensação ressarcitória com outros bens que remanescem no acervo matrimonial.”

Destarte, parece que a eficácia do ato judicial atingirá não só as partes envolvidas no litígio, como também aquele(s) que da fraude ou abuso tenham participado, beneficiando-se, muito embora não estejam em juízo nominadamente representados.

É esta também a nossa opinião.

E a razão jurídica é evidente.

Se o pressuposto da teoria reside exatamente em que a personalidade da entidade coletiva se imiscui com a do sócio ou controlador, aparentando diferenças e independência que, na realidade, não existem, é fora de dúvida que, sendo a mesma a massa patrimonial, ela já está representada em juízo por essa mesma pessoa, que será, *ipso facto*, seu representante legal. E através dele, a pessoa jurídica estará representada!

Daí a inexistência de qualquer irregularidade processual, já estando atendidos todos os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Dir-se-á, talvez, não ter sido atendido o devido processo legal (*due process of law*), o que certamente não ocorre, porque a declaração de ineficácia é incidental e o juiz natural é o da matéria versada, conforme o objetivo da desconsideração seja familiar, civil, comercial ou até fiscal e, de outro lado, inexistente qualquer procedimento legal previsto para esse tipo de prestação jurisdicional, de declaração da ineficácia do ato, o que não se confunde com a nulidade ou anulabilidade.

Vale aqui, como símile, o permissivo dos arts. 592, V e 593 do pergaminho processual civil, alusivos à *fraude à execução*, que pode ser declarada na própria execução, como se vê de já remansoso posicionamento dos Tribunais:

“Reconhecida a fraude na execução, a ineficácia da alienação de bens pode ser declarada incidentalmente no processo de execução, independente de ação específica (RT, 697/82).

E o devedor executado será legitimado para impugnar, através de recurso, a decisão monocrática que declara a fraude de execução e determina o desfazimento do ato fraudulento, ao menos em relação ao seu credor (STJ, REsp. 3338 – SC, Relator Ministro CLAUDIO SANTOS).”

Assim, alcançado fica ato praticado por terceiro, que do feito não participa, mas sofre as conseqüências do que ali fica decidido, embora o negócio por ele praticado, *ab ovo*, seja válido, produzindo plenos efeitos entre as partes, sujeitando-se apenas àquela episódica eficácia da sentença ou decisão prolatada no processo em que não foi parte.

B) Em matéria fiscal, conforme se assinalou acima, a Lei de Executivos Fiscais já prevê, em seu art. 185, o seguinte:

“Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa, em fase de execução.

Parágrafo único – O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.”

E tal presunção de fraude, considerada absoluta ou *iuris et de iure*, como já afirmou o egrégio Superior Tribunal de Justiça (Rev. 57/175) ocorre desde que ajuizada a ação, mesmo antes da citação regular do devedor.

Daí o tranqüilo entendimento jurisprudencial, no sentido retro afirmado, do qual se colhe o voto do então Desembargador Athos Gusmão Carneiro, hoje ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

“Tenho para mim que o sócio-gerente é, em princípio, solidariamente responsável com a firma pelo não-recolhimento do tributo, podendo, entretanto, isentar-se caso possa provar que o não-recolhimento foi decorrente de uma situação anômala, de um caso de força maior, de um incêndio, de um furto, de um grande desfalque e outras circunstâncias dessa ordem. Entretanto, fora disso, quando o dinheiro dos tributos é incorporado presumivelmente ao capital de giro, quer-me parecer que a defesa dos interesses fiscais, que são, em última análise, os interesses do povo, exige a responsabilização daquele que tem a obrigação e o dever de providenciar – ele, gerente – no recolhimento tempestivo dos tributos.

O STF, no Recurso Extraordinário nº 96.607, in RTJ, 103/1.274, já considerou que ‘a execução fiscal pode incidir contra o devedor ou contra o responsável tributário, não sendo necessário que conste o nome deste na certidão da dívida ativa.’ E disse mais, que ‘constitui infração da lei e do contrato, com a conseqüente responsabilidade fiscal do sócio-gerente, o desaparecimento da sociedade sem sua prévia dissolução legal e sem o pagamento das dívidas tributárias.’ É aresto de 27/4/82, da colenda 1ª Turma, unânime, Relator o eminente Min. Pedro Soares Muñoz.”

C) Em temas civis, sobretudo no que pertine à execução de títulos, judiciais ou extrajudiciais, não discrepa, igualmente, a posição dos tribunais, ao decidir como no **A.I. nº 366 – 6ª Câmara Cível TARJ**, do qual funcionamos como Relator:

“Agravo de Instrumento. Execução por título extrajudicial. Despacho que rejeita bens ofertados pelo executado e acolhe a indicação do exeqüente, adotando a teoria da despersonalização (Disregard of legal entity doctrine).

1. Sendo eles de valor insuficiente para enfrentar a execução e de difícil venda (guindaste industrial e terrenos de marinha), não é censurável a decisão que rejeita esses bens ofertados à penhora.

2. Aplica-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tornando ineficaz à hipótese os direitos de titularidade de empresa, se a alienação de bens a ela, por seu Diretor-Presidente, se revelar objeto de abuso de direito, desviar-se da aplicação da lei e defraudar credores.

3. Não se aplica a teoria da Disregard, todavia, à transferência de telefones para particular, por ausente o pressuposto da existência de sociedade controlada pelo alienante.

Agravo parcialmente provido.”

D) Em termos comerciais, sobretudo quando se cuida de insolvência, ou falência, de devedor comerciante, há pronunciamentos jurisprudenciais assegurando:

“Penhora de bens de terceiro. Desconsideração da personalidade jurídica.

Penhora em bens de terceira embargante. Sucessão de empresas não demonstrada. Invocação equivocada de doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.” (Ap. Cível nº 6535/95 – 2ª Câmara TACRJ – Unânime – Relatora Juíza Marly Macedônio).

“Arresto sobre bem particular de sócio majoritário. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Aplicação.

As deliberações dos sócios, quando infringentes do contrato social ou da lei, torna-os ilimitadamente responsáveis pelas conseqüências de tais atos, sujeitando os seus bens particulares à apreensão judicial. Por isso, impedem os embargos de terceiros, interpostos por sócio para livrar seus bens do arresto, efetuado em cautelar contra a sociedade, que teve encerrada as atividades sem as indispensáveis formalidades legais.” (Ap. Cível 204/94 – 4ª Câmara – TACRJ – Unânime – Relator Juiz Marlan de Moraes Marinho – Julg. 19/06/94).

“Bens de sócio. Teoria da Desconsideração.

É possível a penhora de bens de sócio, com predominância de capital na sociedade, que encerrou irregularmente suas atividades provocada por má administração.” (A.I. 188/94 – 8ª Câmara Cível – TACRJ – Relator Juiz Jayro Ferreira – Julg. 06.04.94)

“Ação ordinária de indenização. Festival de Música Sacra. Responsabilidade das partes prevista expressamente em cláusulas contratuais. Compras indevidamente efetivadas em nome da autora, que se viu na obrigação de pagar as dívidas, inclusive em decorrência de aponte e protesto de títulos, sem que contratualmente a isto estivesse obrigada. Aplicação, na espécie, da desconsideração da pessoa jurídica (disregard of legal entity), transação, contratos, idéias da realização do festival efetuadas com pessoa física, contrato assinado com uma sociedade da qual detém aquele 85% do capital, cabendo os restantes à esposa e filha. Pessoa jurídica em fase pré-falimentar. Ato ilícito caracterizado. Responsabilidade solidária. Inexistência de provas quanto ao abalo ao crédito da autora. Procedência da Ação. Recursos desprovidos.” (Ap. Cível 3822/95 – 5ª Câmara Cível TJRJ – Unânime – Relator Desembargador Miguel Pachá – Julgamento 22/08/95).

“Repetição do indébito. Empresas participantes do mesmo grupo econômico. Inexistência de ilegitimidade passiva em razão do princípio do “disregard doctrine.”

A prática do ato ilícito praticado por qualquer empresa pertinente ao mesmo grupo econômico faz presumir a responsabilidade do conglomerado, independentemente da forma jurídico-comercial eventualmente assumida por qualquer delas. Desprovemento do recurso.” (Ap. Cível 3856/94 – 8ª Câmara Cível TJRJ – Relator Des. Carpena Amorim – Julg. 06/12/94).

“Contrato. Assunção Liberatória de Dívida. Ações conexas intentadas pelos contratantes. Uma objetivando a declaração de ineficácia do instrumento firmado, por falta de anuência do credor e anulação de Assembléia Geral do cedente que admitiu o ingresso do Assuntor na sociedade usando o valor da dívida ao credor, por mero ato escritural de contabilidade, para aumento de seu capital, cujas cotas foram subscritas pelo cedido e, posteriormente, estornado pelo cedente. Outra, em contraposição, buscando a declaração da validade do contrato e a desconsideração da pessoa jurídica do Assuntor, para responsabilizar seu sócio majoritário do qual pleiteia reparação de danos.

O acordo preparatório de caráter bilateral, entre cedente e cessionário, não produz, só de per si, salvo existindo uma manifestação de vontade alternativa, quaisquer efeitos definitivos. Como fase preliminar dum tipo negocial em realização, ligam-se-lhe, apenas, alguns efeitos provisórios ou prodrômicos, típicos da formação progressiva de situações jurídicas complexas.

Na espécie, traduzem-se esses efeitos, desde logo, em estarem os sujeitos do acordo bilateral vinculados a solicitar o consentimento da outra parte, comunicando-lhe o seu acordo, em não dever o cedente dispor da posição contratual, enquanto o cedido se não pronunciar, rejeitando a proposta de substituição da sua contraparte. Se o cedido não manifesta, porém, o seu consenso, o negócio plurilateral em formação não desencadeia qualquer eficácia. A aplicação da doutrina do superamento não nega a existência da personalidade jurídica da sociedade de capital nem a distinção e separação entre o patrimônio desta e o dos sócios, mas despreza e supera tais conceitos e distinções se a pessoa jurídica é usada como escudo para a responsabilidade civil por ato ilícito para a prática de fraudes ou em detrimento do interesse público.” (Ap. Cível 4272/88 – 7ª Câmara Cível – TJRJ – Unânime – Relator Des. Waldemar Zveiter – Julg. 11/04/89).

E) Do mesmo modo, na aplicação do Código do Consumidor, cujo art. 28, como acima transcrito, estabelece, pela primeira vez, no direito brasileiro, a possibilidade de aplicação da teoria em exame.

“Apesar da vigência do artigo 20 do Código Civil, a superação da personalidade jurídica começou a entrar no Direito brasileiro pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), sob o aspecto legislativo, uma vez que na jurisprudência já se notava sua invocação. Veio depois indicada a “Disregard of legal entity” na Lei nº 8.884/94, sobre infrações contra a ordem econômica, que adotou no artigo 18 disposição bem semelhante à do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Da legislação atual, vamos notar que muitas razões poderão provocar a aplicação da “Disregard Doctrine” ou desconsideração da personalidade jurídica, além dos casos da doutrina original: abuso de direito; excesso de poder; infração da lei; fato ou ato ilícito; violação do estatuto ou contrato social.

Os casos de aplicação são ainda ampliados quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da sociedade mercantil, tudo provocado por má administração. Naturalmente, a legislação refere-se apenas a casos em que a vítima seja um consumidor, ou quando se tratar

de crime contra a ordem econômica. Poder-se-á entretanto apelar para analogia e estender a desconsideração da personalidade jurídica para outras áreas semelhantes, sendo mesmo possível na área falimentar.

Os vários parágrafos do artigo 28 colocam no âmbito da desconsideração as sociedades controladas, as sociedades integrantes de grupos societários, as consorciadas e as coligadas. Neste caso, o sócio de uma sociedade é outra sociedade. O grupo de sociedades está previsto na Lei das Sociedades Anônimas. Uma sociedade pode ser a principal acionista de outra e uma delas pode causar prejuízos a seus consumidores. Ao responder por esses prejuízos, constata-se que seu patrimônio foi diluído; nesse caso, o patrimônio da controladora ou da controlada ficará sujeito à penhora.

Não muito tempo depois, a reação contra a utilização de uma sociedade em benefício do sócio reforçou-se com a Lei do Abuso do Poder Econômico (Lei nº 8.884/94). O artigo 18 dessa lei alarga a aplicação da “Disregard Theory” a uma gama muito vasta de casos, elencados nos artigos 20 e 21 da mesma lei, em muitos incisos, mais precisamente 28. Esses incisos agrupam-se em aspectos vários, como domínio irregular do mercado, cerceamento à livre concorrência ou livre iniciativa, crimes contra a propriedade intelectual das empresas etc.

Nossos Tribunais sempre foram avessos à aceitação da “Disregard Doctrine”, também chamada por alguns juízes de “doutrina de penetração”. Baseavam-se no artigo 20 do Código Civil, que é lei vigente, e não cabe ao juiz fazer leis mas aplicá-las. Agora, porém, a doutrina ingressou na lei, com o Código brasileiro de Defesa do Consumidor e com a Lei do Abuso do Poder Econômico. Embora sejam legalmente aplicadas a casos específicos, pode-se estendê-las a outros casos semelhantes, por influência da analogia. Por que só se aplicam quando o interesse do consumidor é afetado e não o de outras vítimas? Não vigora mais o princípio de que todos são iguais perante a lei?

Entretanto, já se notava a aceitação de se desconsiderar a pessoa jurídica somente em relação à pessoa de quem se oculta sob ela e que a utiliza fraudulentamente. Tomaremos por base o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, com várias decisões repelindo a aplicação da doutrina em casos nos quais não foram bem caracterizados os fatores de fraude ou abuso de direito. Entretanto, seguindo o consagrado princípio jurídico de que “proibir o abuso é consagrar o uso”, os próprios acórdãos consagraram a desconsideração da personalidade jurídica se porventura fossem constatadas fraudes ou então abuso de direito: passou ela a ser olhada com simpatia. As mais sugestivas ementas podem ser encontradas em Revistas dos Tribunais 711/117, 713/138 e 673/160.

Podemos deduzir de mais de uma dezena de acórdãos que a posição do Judiciário em nossos dias, no que tange à “Disregard”, é a seguinte:

- 1. deve ser aplicada só a casos concretos;*
- 2. a personalidade jurídica da sociedade fica preservada;*
- 3. só deve ser invocada quando os sócios se utilizarem da sociedade com má-fé, comprovando-se fraude ou abuso de direito ou afronta à lei;*
- 4. a responsabilidade dos sócios, na aplicação da ‘Disregard’, é solidária e ilimitada.” (SEBASTIÃO JOSE ROQUE - in Revista Literária de Direito - Maio/Junho de 1997, p. 32).*

“Sociedade anônima. Cisão. Obrigações resultantes. Responsabilidade. Código do Consumidor. Desconsideração da personalidade jurídica. Aplicação.

Alegação, da embargante, sobre a sua ilegitimidade para responder pela obrigação em nome da firma não deliberou pela extinção da sociedade cindida, que passou a atuar com o nome da executada. Sentença de improcedência da ação. Apelação da requerente. A lei das sociedades anônimas, que orienta sobre a cisão das empresas, dispõe que cindida pode dispor, para a firma nascente, sobre a sua não responsabilidade pelos débitos anteriores, mas nenhum dispositivo legal autoriza a transferência dos encargos, sem que por eles se responsabilize. A Lei 8078/90 (Código do Consumidor), no seu art. 28, dispõe, também, de modo a justificar a solução da causa, como adotada, com embasamento nos princípios que vieram da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, evitando-se a validade de deliberações que revelem abuso de direito, desvio da aplicação da lei, e defraudação a credores.” (Ap. Cível 5122/96 – 6ª Câmara Cível TACRJ – Unânime – Relator Juiz Ronald Valladares).

Muitas outras questões poderiam ainda ser levantadas, a propósito do tema, mas estaremos felizes se estas poucas linhas tiverem servido de estímulo a que isso venha a ser desenvolvido.

**Publicado originalmente na Revista nº 8 jul./dez. 1998, p. 169.*

PRINCÍPIOS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA

JORGE LOBO*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípio da eticidade. 3. Princípio da moralidade. 4. Princípio do ativismo societário. 5. Princípio da proteção ao acionista minoritário. 6. Princípio do tratamento equitativo. 7. Princípio da transparência. 8. Princípio da independência dos administradores. 9. Princípio da responsabilidade do administrador. 10. Princípio da razoabilidade. 11. Princípio da função social da empresa.

“Os códigos de governança corporativa estão proliferando... Contudo, os escândalos corporativos continuam surgindo... O que pode e deve ser feito”? (JOHN PLENDER e AVINASH PERSAUD)¹.

1. INTRODUÇÃO

Anualmente, nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social, as sociedades limitadas, com mais de dez sócios, e as sociedades anônimas, pequenas, médias e grandes, qualquer que seja o número de acionistas, são obrigadas a realizar assembleias gerais ordinárias com a finalidade precípua de (a) tomar as contas dos administradores, (b) examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras, (c) deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos e (d) eleger os gestores, quando for o caso, ocasião em que, ademais, os sócios das sociedades limitadas e os acionistas das sociedades anônimas têm a oportunidade de verificar se os administradores, por eles selecionados e eleitos, cumpriram à risca os “Códigos de Conduta Ética”, difundidos em todo mundo sob a denominação de “Códigos de Governança Corporativa”.

Mas, têm-se indagado, com insistência: o que significa e para que serve a “Governança Corporativa”?

Governança Corporativa é o conjunto de normas, consuetudinárias e escritas, de cunho jurídico e ético, que regulam os deveres de cuidado, diligência, lealdade, informação e não intervir em qualquer operação em que tiver interesse conflitante com o da sociedade; o exercício das funções, atribuições e poderes dos membros do conselho de administração, da diretoria executiva, do conselho fiscal e dos auditores externos, e o relacionamento entre si e com a própria sociedade, seus acionistas e o mercado em geral.

* Jorge Lobo é Procurador de Justiça aposentado.

¹ John Plender e Avinash Persaud, “Ética e governança precisam ir além do manual”. *Valor*, ed. de 25.08.2005, p. B2.

Surgida há mais de um século na Inglaterra, no alvorecer do capitalismo moderno nos países anglo-saxões e praticamente hibernada durante décadas, a governança corporativa reapareceu, com força e vigor, nas décadas de 70 e 80 do século XX e, nos últimos dez anos, passou a ser assunto do cotidiano de políticos, empresários, administradores de empresas, economistas, juristas e auditores, no país e no exterior, em virtude de gravíssimas crises e falências de empresas nacionais e multinacionais, provocadas por gestão temerária e ruinosa, escândalos financeiros, fraudes contábeis, falsificação e deturpação de dados e documentos, manipulação de balanços, dilapidação de ativos patrimoniais, etc.

Processos bilionários (em dólares americanos) de fusões e aquisições (F&A), que se multiplicaram na década de 90 do século passado e no limiar deste novo milênio, aliás em número crescente e deveras impressionante, estão invariavelmente repletos de “armadilhas”, das quais sobressaíram sempre o superfaturamento e superestimativas de sinergia e, outrossim, falhas de governança corporativa, não detectadas por *due diligence* pré-aquisição, como ficou patente nos litígios Sunbeam/Coleman, MCI/WorldCom, Cendant e AOL/ Time Warner.

Falhas de governança corporativa são comuns, também, quicá, sobretudo, na fase de integração pós-aquisição, quando aumentam os riscos de fraudes e de perda da garantia dos direitos dos acionistas minoritários, com a agravante de essas falhas poderem ocorrer no curto prazo, durante o período de transição, e no longo prazo, sendo certo que, “*enquanto os efeitos do curto prazo podem ser custosos e traumatizantes, os de longo prazo podem ser fatais*” (LAURENCE CAPSON e KAREN SCHNATTERLY).

A reiteração das falhas pré e pós-aquisição e a sequência de quebras de mega-companhias transnacionais produziram uma pletera de obras sobre governança corporativa, redigidas, nos últimos vinte anos, por professores de direito, administradores de empresas e economistas, e, outrossim, uma série de “Códigos de Condutas”, por alguns vistos com ceticismo, porquanto imporiam um exercício apenas retórico e assaz burocrático de cumprimento de normas, pois “*muitos códigos são exercícios cínicos de relações públicas*”², enquanto, para outros, as companhias “*devem elevar seus padrões de governança corporativa e reconhecer que a ética nos negócios é a opção mais lucrativa*”³.

No firme propósito de colaborar no debate, organizei o seguinte decálogo de “Princípios de Governança Corporativa”: eticidade; moralidade; ativismo societário; proteção ao acionista minoritário; tratamento equitativo; transparência e divulgação de informações; independência dos administradores; responsabilidade dos administradores; razoabilidade ou proporcionalidade e função social da empresa, e deles tratarei a seguir.

2. PRINCÍPIO DA ETICIDADE

“Falta ética e decência” (Des. Raul Celso Lins e Silva).

No auge da crise mundial da Parmalat — “*um escândalo contábil cada vez mais complicado*”⁴ —, a auditora-chefe da Comissão Europeia afirmou, com ares de previsão, que “*estamos no início de uma onda de novos escândalos financeiros na Europa*”, para, a seguir, advertir: “*não adiantam normas se não houver ética por parte dos executivos*”⁵.

2 John Plender e Avinash Persaud, no livro *A Reality Check on Business and Finance Ethics*.

3 Harvey Pitt, ex-presidente da SEC - Securities and Exchange Commission, in *Capital Aberto*, ano 5, nº 2.

4 *O Globo*, ed. 29.01.2004, p. 23.

5 *O Globo*, ed. 01.02.2004, p. 43.

Em virtude dos escândalos da Parmalat, Arthur Andersen, Enron, WorldCom e tantos outros, hoje, mais do que nunca, aqui e no exterior, fala-se, escreve-se, discute-se sobre “a ética na política”, “a ética ambiental”, “a ética na mídia”, “a ética nos esportes”, “a ética nos negócios” e, até mesmo, “a ética da felicidade”, e, por conseguinte, sobre o “princípio da eticidade” e os valores que ele encerra e busca realizar.

O princípio da eticidade, autêntico paradigma das normas sobre governança corporativa, impõe que se dedique “o homem a fazer a coisa certa” (SARTRE e KIERKEGARD), através de “comportamentos valiosos, obrigatórios e inescapáveis” (ADOLFO SANCHEZ VAZQUEZ).

A partir dessa concepção, a melhor doutrina estrangeira vem pregando, de forma reiterada e candente, nos EUA, na Europa e na Ásia, que as informações, de qualquer natureza e espécie, em especial quanto aos balanços e demonstrações financeiras, veiculadas pela mídia impressa ou televisiva, devem primar pela veracidade como uma “escolha ética e política da empresa”⁶, para evitar “erros que levem a fraudes”⁷, em prejuízo da sociedade, seus acionistas, empregados, credores e consumidores, o que levou a Lei Sarbanes-Oxley a estabelecer que as companhias de capital aberto devem informar se criaram um código de conduta ética – CCE – para diretores financeiros de primeiro escalão; na falta de um CCE, são obrigadas a declinar as razões e a justificar-se.

É curial que a companhia não é obrigada a divulgar determinadas informações, mas, se decidir fazê-lo, deve dizer toda a verdade, sob pena de responsabilidade dos diretores e funcionários que se comunicam com analistas de mercado e investidores privados ou institucionais, prevendo a regra 10b-5, do *Securities Exchange Act* de 1934, primeira disposição antifraude americana sobre valores mobiliários, aplicável, inclusive, a atos praticados fora dos Estados Unidos, que devem ser punidos os autores de relatórios inexactos e os responsáveis por omissões de fatos materiais significativos, que levem a decisões equivocadas com base em informações distorcidas.

Determinadas matérias, de relevante interesse para a companhia, seus acionistas e credores, como, por exemplo, o processo de autoavaliação (*assessment*) dos membros do conselho de administração, em especial seu desempenho; a remuneração dos executivos; os planos de opção de ações como estímulo à maximização dos lucros; as doações políticas; a destituição de administradores por má-performance, por erros acidentais (*errors*) e por irregularidades (*irregularities*), devem reger-se por um rigoroso código de conduta ética⁸.

A par da transparência e veracidade das informações, o princípio da eticidade inspira e orienta a atuação diuturna dos administradores de empresas, pautando o exercício de suas funções, atribuições, poderes e, em especial, de seus deveres fiduciários, o que os compele a agir com discrição e cautela e jamais se porem em situações de conflito de interesses potencial ou real.

A propósito, lembre-se que a nossa Lei de Anônimas sabiamente coíbe a conduta antiética do acionista controlador, que induz o administrador à prática de ato ilegal ou a descumprir os deveres próprios de seu cargo (LSA, art. 117, § 1º, alínea c).

6 Janet Dine, *The Governance of Corporate Groups*. Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 138

7 Michael R. Young, “The Origin of Financial Fraud”, in Michael R. Young (editor). *Accounting Irregularities and Financial Fraud, A Corporate Governance Guide*. Harcourt Professional Publishing, 2000, p. 3.

8 *Idem*, loc. cit.

3. PRINCÍPIO DA MORALIDADE

“Os escândalos financeiros são consequência de comportamentos desonestos” (HÉLÈNE PLOIX)⁹.

Como a palavra justiça ultrapassa os limites estreitos e frágeis do direito e abarca e engloba preceitos de ordem ética e moral, os Princípios da Eticidade e da Moralidade vão muito além das normas dos “Códigos de Governança Corporativa” ou “Códigos de Conduta Ética”, editados no país e no exterior.

Ao iniciar este estudo pelos Princípios da Eticidade e da Moralidade, tenho por finalidade precípua deixar patente que, tão ou mais importante do que as regras, escritas e consuetudinárias, de Governança Corporativa, que visam, sem dúvida, à realização da Justiça e do Direito, são as ideias, impregnadas de valores perenes, que nos legou a cultura grega, de “homem bom e justo”, de “homem prudente e temperante”, das virtudes, que ornaram a sua personalidade e o seu caráter, e dos vícios, que a maculam.

Embora o cientificismo pregue, com estrépito, que nada existe de permanente e que tudo muda ao longo da história, os problemas essenciais da Filosofia – e também os do Direito – permanecem os mesmos, a desafiar a ciência dos especialistas num mundo que se pauta pela *praxis* e que segue o lema *primun vivere, deinde philosophari* (primeiro viver, depois filosofar).

Por isso, só o Princípio da Moralidade, aliado ao da Eticidade, pode combater procedimentos corriqueiros das empresas, sobretudo das grandes empresas, e dos empresários, os intocáveis “capitães de empresas”, que vêm sendo denunciados em todo mundo, pois, frise-se, partindo da noção de Direito ministrada por Aristóteles, enquanto o direito se encontra nas cousas, no real, no exterior, a moral viceja no sujeito, no interior do homem, em sua consciência, daí porque o domínio da Moral é muito mais vasto do que o do Direito.

Se não vejamos, com base num caso concreto, noticiado pela imprensa de todo mundo.

A *Revista Exame*, edição 863, p. 84/85, informa que a Wal-Mart, a maior companhia do mundo, com faturamento de 315 bilhões de dólares e 1,6 milhão de empregados em 15 países, foi acusada: (a) de explorar o trabalho de crianças hondurenhas; (b) de, nos últimos dez anos, haver levado à falência 31 varejistas americanos; (c) de sacrificar seus fornecedores com a imposição de baixíssimos preços, “preços asfixiantes”, que os levam a comprometer a qualidade do produto, a por em risco o futuro da própria companhia, a burlar as leis trabalhistas e a manter suas instalações em precárias condições de higiene.

É curial que a Wal-Mart agiu de comum acordo com os pais dos trabalhadores infantis (ressalve-se, por oportuno, que a reportagem esclarece que a direção da companhia afirma que desconhecia o fato e, quando dele tomou ciência, interrompeu os contratos), com os varejistas e com os fornecedores, razão pela qual provavelmente não feriu o direito, nem a lei, pois, anote-se, de novo, o fim do Direito não é fiscalizar a virtude do indivíduo, nem a busca da verdade, mas atribuir a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), porém, se procedentes as denúncias, violou o Princípio da Moralidade.

⁹ *Le dirigeant et le gouvernement d'entreprise*. Paris, Village Mondial, 2003, p. 24.

Registre-se, a propósito, que não haveria necessidade de os mais diversos países do mundo ocidental, como, por exemplo, atualmente, a Inglaterra, de estabelecer padrões de demonstrativos financeiros, operacionais e de risco, nem, tampouco, de minuciosos e exaustivos regulamentos sobre transparência e divulgação de “*informações cruciais de desempenho*” e “*material prospectivo*”¹⁰, caso o Princípio da Moralidade fosse observado e seguido à risca.

4. PRINCÍPIO DO ATIVISMO SOCIETÁRIO

“O acionista é um tolo e um arrogante; tolo, porque nos dá seu dinheiro; arrogante, porque deseja ainda receber dividendos” (Frases atribuídas ao banqueiro FÜRSTENBERG).

A assembleia geral de acionistas é o órgão supremo e soberano da sociedade anônima, o “parlamento” onde são examinados, debatidos e decididos o passado - o que foi feito e se foi bem feito - e o futuro - o que fazer e como e quando fazer - das atividades e negócios sociais, afirmam inúmeros acadêmicos, estudiosos do Direito Societário.

A assembleia geral de acionistas da sociedade anônima é uma abstração, uma ficção legal, um arremedo de congresso democrático, eis que raros acionistas dela participam, no que se convencionou denominar “fenômeno do absentismo dos acionistas”, apregoam os pragmatistas.

De fato, durante longo período, reinou o absentismo, aqui e no exterior, pois os acionistas, se satisfeitos com a valorização de suas ações e a distribuição de dividendos, não compareciam às assembleias gerais, por confiarem na administração; se insatisfeitos, vendiam-nas e migravam para investimentos mais rentáveis.

Hoje, todavia, a participação dos acionistas, com expressivo ou diminuto número de ações, nas assembleias gerais das companhias, em especial das de capital aberto, vem aumentando consideravelmente devido à crescente preocupação dos governos de valorizar o papel dos acionistas, no que passou a ser conhecido por “ativismo societário”.

Na França, por exemplo, com o firme propósito de estimular o interesse dos acionistas pelo destino das empresas e o seu comparecimento às assembleias gerais, a lei aprimorou as condições de funcionamento e de voto nos conchaves, impôs a eleição de administradores independentes, inibiu as restrições e limitações ao direito de voto, facilitou a formação de associações de acionistas, etc.¹¹

No Reino Unido e nos Estados Unidos da América, a tônica é exigir dos investidores institucionais - acionistas com grandes lotes de ações com vocação para investimentos duradouros - um exercício ativo, consciente e responsável dos poderes e direitos inerentes e decorrentes de seus *portfolios*, com a finalidade de obter melhores desempenhos das companhias e melhor governança corporativa.

O resultado dessa nova postura pode ser aferido, por exemplo, em dois episódios marcantes: um, no âmbito administrativo - as reformas do regulamento da SEC para garantir uma série de direitos para os acionistas ativos-; outro, no societário - a pressão de investidores institucionais para demissão de executivos, como ocorreu com a exoneração do CEO da GM ROBERT STEMPERL¹².

¹⁰ Robert Bruce, do *Financial Times*, de Londres.

¹¹ Karine Le Joly e Bertrand Moingeon (dir.). *Gouvernement d'entreprise: débats théoriques et pratiques*. Paris, Ellipses, 2001, p. 154.

¹² Margareth M. Blair *Ownership and Control Rethinking Corporate Governance for the Twenty-First Century*,

Todavia, anote-se, por oportuno, o princípio do ativismo societário não tem beneficiado somente os grandes e poderosos investidores institucionais, mas, por igual, pequenos acionistas, como se dá em França, eis que a legislação francesa assegura às associações, que detenham apenas 1% (um por cento) do capital social, o direito de convocar assembleias gerais e propor ações em juízo, inclusive para responsabilizar e exigir indenização por perdas e danos dos administradores.

Ressalte-se, ainda, que pequenos e grandes investidores, reunidos em associações ou individualmente, estão sendo também estimulados a defender os seus direitos e interesses e a cobrar dos administradores das anônimas melhores resultados, inclusive sob o aspecto da responsabilidade social da empresa moderna, pelos novos métodos de participação nas assembleias, como o mecanismo de voto à distância, por carta ou por meios eletrônicos, e pela prática de oposições esclarecidas, através de protestos, impugnações e votos divergentes.

5. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO ACIONISTA MINORITÁRIO

“As pessoas físicas já respondem por 25% dos negócios da BOVESPA” (*Revista Exame* no 864, p. 26).

Desde 2000, a Bolsa de Valores de São Paulo não pára de crescer, pois “a média diária dos negócios quase dobrou e hoje supera um bilhão de dólares”; “o valor das empresas listadas cresceu 76% desde 2004”; “o volume de contratos futuros de ações na BM&F triplicou em três anos”; “são estimados 30 lançamentos iniciais de ações (IPOs) em 2006, em comparação com apenas 2 entre 2001 e 2002”, e, por fim, “nunca tanta gente investiu em ações — as pessoas físicas já respondem por 25% dos negócios”¹³.

Para os analistas de mercado, nacionais e estrangeiros, a pujança da BOVESPA é produto da criação do “Novo Mercado”, através de “Níveis Diferenciados de Governança Corporativa”.

Para os juristas, a revolução do mercado de ações do país é resultado da conjugação do princípio do ativismo societário, tratado anteriormente, que estimula pequenos e grandes investidores a participar, de forma consciente e responsável, do processo decisório das companhias, com o princípio da proteção ao acionista minoritário, ambos inspiradores e orientadores das normas que presidem o “Novo Mercado”.

A proteção ao acionista minoritário é fato notório e antigo no direito norteamericano, porquanto, fundado nos valores institucionais básicos da sociedade americana, como os da família, convivência e comunidade, as companhias financeiras, industriais, comerciais e de prestação de serviços são considerados governos na sociedade civil e não apenas empresas produtoras de bens e riquezas e molas geradoras de lucros, razão pela qual devem respeitar e atender aos interesses de seus acionistas, empregados, fornecedores, financiadores e da comunidade local e jamais usar o poder econômico e financeiro, que possuem (o chamado *governance structure*), para impor práticas nocivas aos interesses sociais e coletivos.

Washington, D.C., The Brookings Institution, 1995, p. 169.
13 *Revista Exame*, nº 864, p. 26.

No Brasil, a Lei das Sociedades Anônimas e várias resoluções, instruções e pareceres de orientação editados pela CVM visam proteger os direitos individuais dos acionistas e, outrossim, da denominada “minoría qualificada”, como ressaltei no estudo “Proteção à minoría acionária”, publicado na *RDM*, volume 105, pp. 25 a 36.

Os direitos da minoría qualificada são reunidos sob a forma de regras imperativas, que limitam o poder do controlador, e de direitos de bloqueio, quando o legislador, através de normas cogentes, inderrogáveis pela vontade dos acionistas, restringe, em benefício dos minoritários, a atuação dos controladores e administradores da companhia, como, por exemplo, se dá quanto: à forma especial de convocação e instalação das assembleias gerais de acionistas; à exigência peremptória de, nos avisos de convocação das assembleias gerais, constar, de forma clara e pormenorizada, as matérias que serão submetidas à deliberação; à prévia publicação dos documentos da administração; ao *quorum* qualificado para deliberar sobre determinadas matérias; ao uso do poder de controle; aos deveres de diligência, lealdade e informação dos administradores.

Os direitos individuais dos acionistas são: participar dos lucros sociais e do acervo da companhia, em caso de liquidação; fiscalizar, na forma prevista em lei, a gestão dos negócios sociais; preferência para subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações e bônus de subscrição e retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta lei.

Além desses direitos, intangíveis, irrenunciáveis e inderrogáveis, muitos outros, igualmente essenciais, prevê a Lei de S.A., como, por exemplo: na alienação de controle da companhia aberta, pagar-se aos minoritários 80% do que foi pago pelo bloco de controle; prerrogativa do acionista de negociar direitos patrimoniais isolados, tais como os de subscrição preferencial; direito de participar das assembleias e nelas discutir os assuntos da pauta; direito de exigir a autenticação de cópia ou exemplar das propostas, proposições, protestos e declarações de voto oferecidos em assembleia geral, cuja ata seja lavrada de forma sumária; direito de requerer a redução a escrito dos esclarecimentos prestados pelos administradores e de exigir o fornecimento pela mesa da assembleia da respectiva cópia; direito de propor ação de responsabilidade contra administradores, em nome próprio; direito de propor ação de responsabilidade contra os administradores, por substituição processual da companhia.

6. PRINCÍPIO DO TRATAMENTO EQUITATIVO

“A cada ação correspondem um voto e um dividendo” (HÉLÈNE PLOIX)¹⁴.

Creio haver demonstrado que os princípios de base ética (da eticidade) e moral (da moralidade) buscam orientar e presidir o comportamento dos membros do conselho de administração, da diretoria executiva, do conselho fiscal, se em funcionamento, e do conselho consultivo, se houver, das companhias, em especial das companhias de capital aberto, bem como o exercício do poder de comando dos acionistas controladores e o desempenho das funções dos auditores independentes.

E, ademais, que os princípios do ativismo societário e da proteção ao acionista minoritário, a seu turno, têm por escopo propiciar, ao detentor de pequeno número de ações, meios de defender, nas assembleias gerais de acionistas, rotineiramente, junto à CVM, quando for o caso, e em juízo, se necessário, os seus direitos e interesses, ameaçados de lesão ou já lesionados por atos ou omissões, dolosas ou culposas, dos controladores e/ou administradores das companhias, às quais pertencem, na qualidade de minoritários.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 32.

Agora, vou cuidar do princípio do tratamento equitativo, que atende à necessidade, universalmente reconhecida e proclamada, de tratar-se de forma equitativa os sócios e acionistas das sociedades empresárias, isto é, de forma justa e razoável, adequando o preceito legal ao caso concreto.

Nos Estados Unidos da América, os fundos de pensão, que detêm uma massa de recursos financeiros bilionária, só investem em empresas que privilegiem a divulgação de informações relevantes, a responsabilidade dos administradores, a visão estratégica de longo prazo, etc., mas, sobretudo, que provem estar havendo satisfatório funcionamento de suas práticas de governança corporativa, em especial tratamento equânime entre controladores e minoritários.

Na França, por igual, as sociedades francesas são obrigadas a pautar suas condutas pela transparência em relação a seus acionistas, fornecedores, financiadores e o mercado em geral; pelo respeito aos direitos dos minoritários e pelo estrito cumprimento das leis e das normas regulamentares e estatutárias por parte dos administradores, assinalando a doutrina que a adoção e prática de medidas que atentem contra a igualdade dos acionistas é condenada¹⁵.

No país, o IBGC, na cartilha denominada Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, elucida que a equidade ligada às boas práticas de governança corporativa *“caracteriza-se pelo tratamento justo e igualitário de todos os grupos minoritários, sejam do capital ou das demais ‘partes interessadas’ (stakeholders), como colaboradores, clientes, fornecedores ou credores. Atitudes ou políticas discriminatórias, sob qualquer pretexto, são totalmente inaceitáveis”*.

A pedra de toque do princípio do tratamento equitativo está na arraigada noção de que *“cada ação corresponde a um voto e a um dividendo”*, daí a acerba crítica ao *“direito de voto duplo”*, *“ações com dividendos majorados sem direito de voto”* (as nossas preferenciais), *“limitação dos direitos de voto em assembleia”*, etc.

No país, foi objeto de acirrada discussão a questão do ágio na alienação de controle.

Para notáveis juristas, à frente os eméritos autores do Anteprojeto da Lei de Sociedade por Ações, obra prima da legislação brasileira, ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, o ágio pertence exclusivamente aos acionistas controladores¹⁶.

Para outros de igual nomeada, como o eminente Prof. ARNOLDO WALD, o ágio deve ser partilhado entre controladores e minoritários¹⁷.

Para alguns, o ágio pertence a todos os acionistas da companhia aberta¹⁸.

Para a Primeira Turma do STJ, só as ações com direito de voto fazem jus ao ágio, eis que os preferencialistas gozam de outras vantagens¹⁹.

Atualmente, a Lei de Sociedades por Ações, alterada pela Lei nº 10.303, de 2001, no art. 254-A, garante aos acionistas minoritários a alienação de suas ações por 80% do valor pago ao acionista controlador.

15 Frédéric Parrat, *Le gouvernement d'entreprise*. Paris, Máxima Laurent du Mesnil, 1999, p. 322.

16 *Fundamentos da Reforma das S/A*, AEDE-SBERJ, Rio de Janeiro, 1976, p. 22-23, *apud* Mauro Rodrigues Pentead, *“Apontamentos sobre a alienação do controle de companhias abertas”*, RDM, ano XXVIII, 1989, vol. 76, p. 17.

17 *“A proteção dos acionistas minoritários na alienação do controle de companhias abertas”*, *Revista da CVM*, 4/2, n. 13, 1986, *apud* Mauro Rodrigues Pentead, *op. cit.*, p. 19.

18 São exemplos, Nelson Candido Motta, *“Alienação de controle de instituições financeiras. Acionistas minoritários. Notas para uma interpretação sistemática da Lei das S.A.”*, RDM, ano XXI, 1982, vol. 46, p. 41; e Leslie Amendolara, *Os direitos dos acionistas minoritários: com alterações da lei 9457/97*, São Paulo, Editora STS, 1998, p. 105.

19 REsp nº 2276/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, in Nelson Eizirik, *Sociedades Anônimas: jurisprudência*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, pp. 367-372.

As regras do Novo Mercado da BOVESPA, todavia, exigem que seja assegurado tratamento igualitário entre controladores e minoritários.

7. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

“A divulgação imediata de quaisquer informações que possam vir a afetar materialmente o mercado de ações é requisito fundamental da governança corporativa” (JOSEPH T. BAIO)²⁰.

Um dos pilares da governança corporativa, o princípio da transparência visa assegurar, aos acionistas minoritários e preferencialistas, investidores de mercado, em especial os institucionais, financiadores e fornecedores de bens e de serviços, rápido e seguro acesso às informações relevantes sobre fatos, atos e negócios jurídicos realizados pelas sociedades empresárias.

Com efeito, divulgadas, pelas companhias, em especial as de capital aberto, de maneira ampla, através de jornais, revistas e meios eletrônicos, informações sobre as atividades sociais, os acionistas estarão mais aptos a avaliar as estratégias político-administrativas dos controladores e membros do conselho de administração e a sua implementação pela diretoria executiva; mais preparados e conscientes para eleger e reeleger administradores e para destituir e responsabilizar os que agiram em prejuízo da empresa; em melhores condições de examinar, debater e decidir sobre as contas dos exercícios sociais, balanços e demonstrações financeiras anuais, etc.

O princípio da transparência atende também aos interesses de potenciais investidores, sobretudo quanto à avaliação do preço das ações, às perspectivas de rentabilidade do negócio, aos mecanismos utilizados na tomada das principais decisões, à forma de remuneração global ou individual dos executivos e seu alinhamento com os interesses da companhia e dos acionistas, etc., o que levou a SEC (a CVM americana) a editar normas regulamentares para garantir a “lealdade do mercado” (*market fairness*) e a atuar na identificação, investigação e punição de fraudes contábeis, financeiras e corporativas.

Anote-se, por oportuno, que a transparência não se restringe ao fornecimento, oportuno e expedito, de informações contábeis, financeiras, fiscais, societárias, etc., mas, outrossim, na descrição pormenorizada e completa de todos os atos administrativos nos relatórios periódicos, particularmente nos relatórios anuais, que deverão passar pelo crivo da auditoria interna e da auditoria externa, respondendo a companhia por dados e informações que não correspondam à verdade.

No país, o IBGC recomenda que as companhias deem amplo destaque e se empenhem na divulgação de todas as informações disponíveis, ressaltando que “as informações devem ser equilibradas e de qualidade, abordando tanto os aspectos positivos quanto os negativos, para facilitar ao leitor a correta compreensão e avaliação da sociedade. Toda informação que possa influenciar decisões de investimento deve ser divulgada imediata e simultaneamente a todos os interessados. Internet e outras tecnologias devem ser exploradas para buscar a rapidez e larga difusão de tais informações”²¹.

20 “Dealing with the Regulators”, in Michael R. Young (editor). *Accounting Irregularities and Financial Fraud*, cit., p. 171.

21 *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*, pp. 33-34.

A propósito, ressalte-se que o Nível 1 da BOVESPA estimula a prestação de informações ao mercado, através de relatórios trimestrais, de consolidação das demonstrações contábeis e de revisão especial de auditoria, de fatos relacionados a negociações de ativos e derivativos de emissão da companhia por parte de acionistas controladores ou administradores, da apresentação de calendário anual de eventos corporativos e das demonstrações do fluxo de caixa, entre outras.

Consoante anota, de início, MARTA BARCELLOS, “obrigatória e nos prospectos e candidata a integrar os relatórios da administração, seção Fatores de Risco extrapola funções legais para se tornar um diferencial de transparência”²², para, a seguir, esclarecer: “(...) muitas companhias avançam nas suas práticas internas de gerenciamento e análise de riscos. E (...) começam a ver vantagens em manter o mercado informado sobre cada detalhe que possa influenciar negativamente suas ações”²³, e, afinal, arrematar: “a divulgação de análises e informações adicionais sobre riscos pressupõe um monitoramento mais sofisticado, que interesse aos analistas e investidores”²⁴.

8. PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS ADMINISTRADORES

“Para estabelecer um julgamento justo com relação aos administradores operacionais, o conselho de administração deve construir sua independência, sem suprimir sua responsabilidade colegiada e coletiva” (HÉLÈNE PLOIX)²⁵.

A Lei de Sociedades anônimas (LSA) estabelece, taxativamente, que, nas companhias abertas, nas sociedades de economia mista e nas sociedades de capital autorizado, a administração é cometida ao conselho de administração, órgão colegiado, e à diretoria executiva, responsável pela gestão e representação orgânica da companhia, apenas a sociedade de capital fechado podendo ter ou não conselho de administração.

É voz corrente que o conselho de administração é uma mini assembleia geral de acionistas, em que os representantes dos controladores e dos minoritários defendem, nas reuniões do colegiado, os direitos e interesses dos grupos que os elegeram, não raro atuando em conflito de interesses, o que se choca com a ideia de que tanto os membros do conselho de administração quanto os da diretoria devem exercer suas funções, poderes e atribuições com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social com autonomia e independência.

Por isso, a doutrina, nacional e estrangeira, vem pregando que é absolutamente indispensável que as companhias elejam conselheiros independentes, que não tenham vínculo de espécie alguma nem com os controladores, nem com os minoritários, nem com a própria sociedade, o que lhes permitirá proferir decisões baseadas exclusivamente no interesse dos acionistas e investidores do mercado; julgar os atos dos diretores executivos com isenção com fundamento em pareceres técnicos do conselho fiscal, da auditoria interna e dos auditores independentes; questionar, “sem pudores”²⁶, tudo o que se refere à gestão interna dos negócios sociais; não fraquejar diante de pressões expressas ou subliminares do presidente do CA, etc.

22 Revista Capital Aberto, ano 2, nº 16, p. 24.

23 Idem, p. 25.

24 Idem, p. 26.

25 Op. cit., p. 25.

26 Bertrand Collomb, cit., por Hélène Ploix, op. cit., p. 27.

Discute-se, entretanto, qual o número ideal de administradores independentes deve ter uma companhia, recomendando o *Cadbury Report* que “*deve ser tal que possa influenciar nas decisões do conselho*”, sobretudo em face de relevantes matérias como, por exemplo, rever o desempenho individual de cada membro do conselho e da diretoria, examinar e deliberar sobre casos de conflito real ou potencial de interesses, a repartição de poderes entre o presidente e demais conselheiros.

Como acentuaram JOLY e NIOCHE²⁷, a eficácia da fiscalização exercida pelo conselho de administração depende da capacidade real de detectar eventuais insuficiências na gestão da empresa, compreender a origem de tais insuficiências, definir medidas incitativas e corretivas pertinentes e impor tais medidas. O exercício dessas tarefas requer, em diferentes níveis, dos administradores, qualidades de independência e de objetividade (propiciadas, em especial, por administradores sem ligações com a empresa e seus diretores) e capacidade de ter um julgamento crítico, ou seja, esclarecido sobre as propostas elaboradas pela diretoria.

Anote-se que o IBGC recomenda que os conselheiros independentes não tenham qualquer vínculo com a sociedade, exceto eventual participação de capital; não sejam acionistas controladores ou membros do grupo de controle, cônjuge ou parente até segundo grau destes, ou vinculados a organizações relacionadas ao acionista controlador; não tenham sido empregados ou diretores da sociedade ou de alguma de suas subsidiárias; não estejam fornecendo ou comprando, direta ou indiretamente, serviços e/ou produtos à sociedade; não sejam funcionários ou diretores de entidade que esteja oferecendo serviços e/ou produtos à sociedade; não sejam cônjuge ou parente até segundo grau de algum diretor ou gerente da sociedade e não recebam outra remuneração da sociedade além dos honorários de conselheiro (dividendos oriundos de eventual participação no capital estão excluídos desta restrição).

9. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR

“Os administradores são responsáveis frente à sociedade ou frente a terceiros, seja por infrações a disposições legais ou regulamentares, seja por violações aos estatutos, seja por faltas cometidas durante sua gestão” (art. 244 da Lei de Sociedades francesa de 1966).

Relembre-se, de pronto, mais uma vez, que, no direito brasileiro, nas companhias de capital aberto, de capital autorizado e de economia mista, a administração é *dúplex*, dividida entre o conselho de administração, órgão de deliberação colegiada, e a diretoria executiva, órgão de gestão (interna) dos negócios sociais e de representação (externa) da sociedade perante terceiros; nas companhias fechadas e nas sociedades limitadas, é facultativa a criação do conselho de administração, desde logo cumprindo observar que *todos* os administradores devem pautar-se pelo “princípio da responsabilidade”, um dos princípios basilares da Governança Corporativa.

27 “*L’implication du conseil d’administration dans la formation de la stratégie*”, in Karine Le Joly e Bertrand Moingeon (dir.), *op. cit.*, p. 75.

De acordo com a Lei de Sociedades Anônimas, o administrador (a) “*deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo o homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios*” (art. 153, dever de diligência); (b) “*deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os negócios*” (art. 155, dever de lealdade); (c) “*de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo econômico, de que seja titular*” (art. 157, dever de informar); (d) não deve “*intervir em qualquer operação em que tiver interesse conflitante com o da companhia*” (art. 156, dever de abster-se de participar de situações de conflito real ou potencial de interesses).

A doutrina, pátria e alienígena, calcada em disposições legais e regulamentares, ensina, ademais, que são deveres dos administradores: (a) perseguir o interesse social, o que equivale dizer a empenhar-se na consecução do interesse comum de todos os sócios ou acionistas; (b) gerir os negócios sociais, com cuidado, diligência e lealdade, com a finalidade de a sociedade realizar o seu objeto e cumprir sua função social; (c) informar-se sobre todos os assuntos de interesse da empresa, para poder decidir com conhecimento de causa; (d) investigar, decorrente do dever de informar-se e do dever de fiscalizar, os fatos, atos e negócios jurídicos de interesse da sociedade, para apurar, quando for o caso, e definir, de modo claro e preciso, a responsabilidade dos membros do conselho de administração e da diretoria executiva; (e) fiscalizar os atos de cada administrador, nas chamadas relações intraorgânicas, e, também, de procuradores e prepostos, para prevenir, sempre que possível, e punir, sempre que necessário, a atuação em conflito de interesses.

Como anota JOÃO BOSCO LODI²⁸, a propósito do conselho de administração, ele deve agir sempre com *fairness* (senso de justiça e equidade), *disclosure* (transparência) e *compliance* (obediência e cumprimento das leis, regulamentos e estatutos sociais), prestando permanentemente conta de seus atos (*accountability*), o que levou a GM a instituir uma série de normas que a companhia e os seus conselheiros devem observar, a saber: (a) deve haver uma maioria de conselheiros externos; (b) os conselheiros independentes devem escolher um *lead director* (diretor principal); (c) os conselheiros independentes devem reunir-se isoladamente, de maneira regular e programada; (d) os conselheiros independentes devem assumir responsabilidade por todos os procedimentos do conselho de administração; (e) o conselho de administração deve ter responsabilidade pela seleção de candidatos a novos conselheiros; (f) o conselho de administração deve analisar o seu próprio desempenho; (g) os membros independentes devem avaliar o CEO e outros importantes executivos com base em programações regulares; (h) o conselho de administração deve conhecer e concordar na íntegra com as estratégias de longo prazo da empresa; (i) o conselho de administração deve dedicar tempo e atenção à seleção do CEO, sua responsabilidade isolada mais importante²⁹.

Em resumo, portanto, os administradores da sociedade limitada e os da sociedade anônima têm funções, atribuições e poderes, que devem exercer com diligência e probidade, e deveres, que devem cumprir com zelo e escrupulo, sob pena de responderem, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, civil e, nas hipóteses previstas em lei, criminalmente, pelos prejuízos causados à sociedade, a seus sócios ou acionistas, a seus credores, ao mercado em geral e ao ecossistema.

28 *Governança Corporativa*. O Governo da Empresa e o Conselho de Administração. Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 19.

29 Harvard Business Review, *Experiências de Governança Corporativa*. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 2001, p. 186.

10. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

“Com efeito, razoabilidade enseja desde logo uma ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade” (SUZANA DE TOLEDO BARROS)³⁰.

A Lei de Sociedades Anônimas (LSA), ao cuidar das atribuições e poderes e ao disciplinar os deveres e responsabilidades dos membros do conselho de administração e da diretoria executiva, através de normas de conteúdo indeterminado, intencionalmente vagas e elásticas, estimula os administradores a agirem com discricionariedade, sem, todavia, poderem descuidar do cabal cumprimento dos deveres de diligência e cuidado, que fixam os limites de sua responsabilidade.

Com efeito, atento exame dos arts. 153 a 157, da LSA, autoriza afirmar que, fiel aos cânones do “sistema aberto de direito”, a lei instituiu “modelos éticos de conduta” – “condutas exigidas” (arts. 153 a 155 e 157) e “condutas proibidas” (art. 156) – com o objetivo de pautar o comportamento dos administradores na consecução do seu mister de “produzir resultados” com o tirocínio e prudente arbítrio, conforme o paradigma de DRUCKER: “a missão institucional do administrador é produzir resultados”, correndo riscos razoáveis, acrescento.

É curial que a observância estrita (e acanhada) dos deveres de diligência e cuidado dificulta e, por vezes, impede a companhia de “produzir resultados lucrativos”, razão pela qual, mitigando o rigor dos deveres de diligência e cuidado, há o “prudente arbítrio”, a “discricionariedade esclarecida”, que se manifesta através da “ponderação” dos “prós e contras” dos atos dos administradores no exercício diuturno de suas atribuições e poderes de gestão interna e representação.

Essa imprescindível “ponderação dos prós e contras” das operações sociais é norteadada pelo “princípio da razoabilidade ou proporcionalidade”, o qual visa, na abalizada lição de DANIEL SARMENTO, “à contenção do arbítrio e à moderação do exercício do poder”³¹, segundo uma “relação de causalidade entre meio e fim”³².

A todo momento, jornais e revistas noticiam situações em que a administração das companhias é instada a tomar decisões de risco e, portanto, “ponderar os prós e contras” consoante o princípio da razoabilidade.

Eis alguns exemplos marcantes:

A Nutrella, empresa gaúcha fabricante de pães e bolos, atividade que conhece e exerce há muitos anos, porém que “impõe limites ao crescimento”, viu-se compelida a “arriscar-se num mercado maior, mas desconhecido”, dominado por “marcas tradicionais e líderes do seu setor, como Pullman e Seven Boys”. Consciente que precisava inovar, a Nutrella, diz DANIEL NEITZKE, diretor de marketing e filho do fundador, aceitou o desafio e venceu, correndo riscos razoáveis, porquanto o faturamento, de R\$ 37 milhões em 2000, passou para R\$ 112 milhões em 2004³³.

Exemplo de riscos bem sucedidos é, também, o da BRA, que, “em apenas dois meses de operação, se tornou a quarta maior companhia aérea do país”, adotando uma

30 O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3ª ed. Brasília, Brasília Jurídica, 2003, p. 72.

31 Daniel Sarmiento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 77.

32 Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*. São Paulo, Malheiros, 2003, 2ª ed., p. 91.

33 *Revista Exame*, ed. de 9.10.2005.

estratégia de venda de diversos produtos ao mesmo tempo, como pacotes turísticos e diárias em hotéis, além de oferecer passagens aéreas com preços 30% mais baixos que os da concorrência (*Revista Exame*, ed. de 15.03.06), e do hospital paulista Albert Einstein, que se “transformou num grande negócio de saúde integrada”, ao entregar sua administração a um grupo de profissionais, sem experiência em medicina³⁴.

Há, todavia, riscos preocupantes, como o da Ford Motor Company, que adotou, como meio de reestruturação, maciço investimento em veículos híbridos, menos poluentes que os carros convencionais, uma obsessão pessoal de BILL FORD, seu presidente, um ambientalista que assumiu a empresa prometendo uma “revolução verde”, embora, como acentuou a *Revista Exame*, “os veículos híbridos ainda custem muito caro e pareçam uma aposta arriscada para uma montadora que precisa recuperar resultados em curto prazo”³⁵.

11. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

“A motivação da atividade corporativa inclui a preocupação com o bem-estar de algumas das partes envolvidas que não são os proprietários e um compromisso subjacente com princípios básicos como integridade, imparcialidade e respeito pelas pessoas” (THOMAS DONALDSON)³⁶.

O princípio da função social da empresa se dirige, em primeiro lugar, aos administradores das empresas, sobretudo das megacompanhias industriais, orientando-os a atentarem para as questões ambientais, quando forem decidir implantar ou expandir as instalações fabris da companhia; a privilegiarem o desenvolvimento sustentável, para evitar agredir e por em risco o ecossistema; e darem especial tratamento à extração de recursos naturais, para garantir um futuro saudável para as próximas gerações, etc.

Os arautos desse princípio têm sustentado, acerbamente, que somente quando acionistas controladores e principais executivos se conscientizarem da função social da empresa, as companhias transnacionais deixarão de exportar poluição dos países desenvolvidos e produzir por menores custos com o sacrifício das nações mais pobres³⁷.

Pregam ainda que os objetivos das companhias não se limitam a maximizar os lucros e os ganhos de capital dos acionistas, já que elas devem zelar por seus empregados e pela comunidade onde atuam³⁸, bem como que as companhias, no curso de seus negócios, devem devotar uma parte considerável de seus recursos ao bem-estar público e a propósitos humanitários, educacionais e filantrópicos³⁹.

Nos EUA, embora “pátria do capitalismo selvagem”, a intervenção do Poder Judiciário nas sociedades americanas não se restringe às matérias econômicas, eis que ela também prima por garantir valores institucionais básicos, como família, comunidade e convivência.

34 *Revista Exame*, ed. de 4.8.2004.

35 *Revista Exame*, ed. de 9.10.2005.

36 “Definindo o valor de fazer bons negócios”. *Valor*. Governança Corporativa, 3ª parte. Ed. de 7.7.2005, p.2.

37 Dine, *op. cit.*, p. 177.

38 Blair, *ob. cit.*, p. 203.

39 Lawrence E. Mitchell, Lawrence A. Cunningham e Lewis D. Solomon. *Corporate Finance and Governance Cases, Materials, and Problems for an Advanced Course in Corporations*. Durham, Carolina Academic Press, 1996, 2nd Edition., p. 19.

Como anota DAVID SCIULLI, desde a formação do governo americano, as cortes e legislações estaduais foram encarregadas da função de supervisionar e regular as atividades corporativas, tendo maior importância as cortes dos estados de Delaware, Nova Iorque, Nova Jérsei e Califórnia, podendo-se dizer, em síntese, que as cortes estaduais visam proteger as sociedades americanas dos possíveis danos causados pelo poder corporativo, além, por certo, de assegurar a observância dos direitos e interesses dos acionistas minoritários, credores, fornecedores, empregados e executivos de médio escalão⁴⁰.

Também nos EUA desenvolveu-se a doutrina, consoante pontifica THOMAS DONALDSON, da “Responsabilidade Social Empresarial”, segundo a qual as corporações têm deveres com o bem-estar da coletividade e “*compromisso subjacente com princípios como integridade, imparcialidade e respeito pelas pessoas*”⁴¹.

Por fim, o IBGC, em seu Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, afirma: “*Conselheiros e executivos devem zelar pela perenidade das organizações (visão de longo prazo, sustentabilidade) e, portanto, devem incorporar considerações de ordem social e ambiental na definição dos negócios e operações. Responsabilidade Corporativa é uma visão mais ampla da estratégia empresarial, contemplando todos os relacionamentos com a comunidade em que a sociedade atua. A ‘função social’ da empresa deve incluir a criação de riquezas e de oportunidades de emprego, qualificação e diversidade da força de trabalho, estímulo ao desenvolvimento científico por intermédio de tecnologia, e melhoria da qualidade de vida por meio de ações educativas, culturais, assistenciais e de defesa do meio ambiente*”.

**Publicado originalmente na Revista nº 31 jan./mar. 2009, p. 67.*

40 David. Sciulli *Corporations vs. The Court: Private Power, Public Interest*. London, Lynne Reiner Publishing, 1999, p. 1/7.

41 *Ob. cit.*, p. 2.

A SOCIEDADE EMPRESÁRIA COMO FORNECEDORA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES FILHO*

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A sociedade empresária. 3. O Código de Defesa do Consumidor. 4. A relação entre o fornecedor e o consumidor. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Temas dos mais atuais e relevantes no estudo do Direito, a atividade empresarial e a consumerista têm especial destaque na Constituição Federal, que, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, estabelece como seus princípios, entre outros, a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 170, IV e V).

Prevê a Carta Magna também, como dever do Estado, promover a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), tendo o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fixado o prazo de cento e vinte dias para a elaboração do respectivo código.

Não é sem razão que ambos os institutos recebem disciplina própria: a sociedade empresária nos artigos 966 e seguintes do Código Civil e a defesa do consumidor na Lei 8.078/90.

No plano ideal, apresenta-se fundamental a busca da interação entre tais diplomas, propiciando uma relação de confiança e equilíbrio entre a sociedade empresária e o consumidor, cujos reflexos incidirão, sobretudo, na economia do País.

Um dos objetivos almejados pela Política Nacional de Relações de Consumo é justamente a harmonização dos interesses de seus participantes e a compatibilização da proteção ao consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (art. 4º, III, do CDC).

E uma das prioridades do II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, celebrado em 13 de abril de 2009 pelos presidentes da República, do Supremo Tribunal Federal, da Câmara dos Deputados e do Senado é a atualização do Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de conferir eficácia executiva aos acordos e decisões dos Procons quanto aos direitos dos consumidores.

Diploma empresarial moderno, em sintonia com legislação consumerista avançada, representa nação em franco desenvolvimento, senão desenvolvida.

2. A SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A par dos princípios constitucionais fundamentais (democrático, republicano e federativo), que, segundo AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, “formam o trinômio de atributos essenciais do Estado brasileiro”¹, e dos princípios constitucionais gerais

* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito. Coordenador de Direito Privado do Instituto Superior do Ministério Público.

1 Afonso Arinos de Melo Franco. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, vol. I. Rio de Janeiro, Forense, p. 87.

(legalidade, igualdade, inafastabilidade do controle judicial e devido processo legal²), que provém daqueles e limitam o poder imanente ao Estado, há os princípios constitucionais setoriais, os quais, como ensina GUILHERME PENÁ DE MORAES, “informam um complexo de normas constitucionais afetas a um determinado ramo do Direito Positivo”³.

Dentre eles, faz o ilustre Doutrinador⁴ menção aos princípios constitucionais especiais de direito empresarial, quais sejam: liberdade de iniciativa (arts. 1º, inc. IV, e 170, inc. IV), liberdade de associação de pessoas e capitais (art. 5º, incs. XVII a XX), liberdade de exercício da profissão empresarial (art. 5º, inc. XIII) e proteção da propriedade intelectual (art. 5º, incs. XXVII a XXIX).

O princípio da liberdade de iniciativa, consoante o renomado Mestre⁵, compreende a “liberdade de empresa (livre escolha das atividades econômicas, bem assim dos meios adequados, para o atendimento dos fins colimados) e a liberdade de concorrência (livre disputa de clientela, na economia de mercado, desde que afastada a concorrência desleal)”.

O princípio da liberdade de associação de pessoas e capitais é assim definido: “a sociedade empresarial, concebida como entidade, formada pelo acordo de vontades entre uma ou mais pessoas, que se comprometem a reunir capitais e trabalhos, é dirigida à realização de operações com finalidade lucrativa, para a distribuição de lucros entre os sócios”.

O princípio da liberdade de exercício da profissão empresarial: “a empresa, conceituada como exercício de atividade produtiva, por intermédio da organização de pessoas, capitais e trabalho, com a finalidade de produção e circulação de bens e serviços, é decorrente da organização de fatores de produção pelo empresário”.

E o princípio da proteção da propriedade intelectual: “a tutela da propriedade industrial, assim como da propriedade literária, artística e científica, é implementada pela concessão de patentes de invenções e modelos de utilidade, registros de desenhos industriais e marcas e repressão às falsas indicações geográficas e concorrência desleal, bem como a utilização, fruição e disposição das obras audiovisuais e fotográficas, transmissíveis a terceiros, no prazo de proteção fixado na legislação de direitos autorais”.

O Código Civil de 2002, seguindo a legislação italiana, define o titular da empresa, e não esta, considerando empresário, no artigo 966, “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

O seu parágrafo único reza: “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Como assinala o Prof. SÉRGIO CAMPINHO⁶, a empresa “apresenta-se como um elemento abstrato, sendo fruto da ação intencional do seu titular, o empresário, em promover o exercício da atividade econômica de forma organizada. Manifesta-se como uma organização técnico-econômica, ordenando o emprego de capital e trabalho para a exploração, com fins lucrativos, de uma atividade produtiva. Nasce a empresa a partir do início da atividade economicamente organizada, sob o comando do empresário. Ela será exercida através do fundo de empresa (estabelecimento)”.

2 Luís Roberto Barroso. *Princípios Constitucionais Brasileiros*. Revista Trimestral de Direito Público, nº 1, 1993, p. 175.

3 Moraes, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Lumen Juris, p. 97.

4 Moraes, Guilherme Peña de, *op. cit.*, p. 101.

5 *Ibid.*, p. 101.

6 Sérgio Campinho. *O Direito de Empresa À Luz do Novo Código Civil*, 2ª edição, Ed. Renovar, p. 13.

Entendida como a “atividade desenvolvida pelo empresário”⁷, a empresa não pressupõe necessariamente a existência de uma sociedade, podendo também ser exercida por uma única pessoa física (empresário individual).

Enquanto a sociedade é o “sujeito de direito”, a empresa é “objeto de direito”, não tendo, ao contrário daquela, personalidade jurídica.

Admissível, portanto, a existência de sociedade sem empresa, bastando que os atos constitutivos estejam arquivados na Junta Comercial sem o início da atividade social. Uma vez deflagrada, tem-se a sociedade empresária.

3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com sua base na Constituição Federal de 1988, a legislação consumerista brasileira é a pioneira da codificação em todo o mundo.

O Código do Consumidor buscou inspiração na legislação estrangeira, cuja origem remete à Resolução nº 39/248 de 9 de abril de 1985, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

As mais importantes foram o *Projet de Code de la Consommation*, sob a presidência de Jean Calais-Auloy, *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (Espanha – Lei 26/1984), Lei Geral de Portugal (Lei nº 29/81, de 22 de agosto), *Lei Federal de Protección al Consumidor* (México – Lei de 5 de fevereiro de 1976) e *Loi sur la Protection du Consommateur* (Quebec – promulgada em 1979).

Tiveram também influência o direito comunitário europeu, através das Diretivas 84/450 (publicidade) e 85/374 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo), as legislações de Portugal (Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro), da Alemanha (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz*, de 9 de dezembro de 1976) e dos Estados Unidos da América (*Federal Trade Commission Act, Consumer Product Safety Act, Truth in Lending Act, Fair Credit Reporting Act e Fair Debt Collection Practices Act*).

É lei de natureza inter e multidisciplinar, considerada um microsistema jurídico pelos doutrinadores.

Como assinala JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO⁸, “ao lado de princípios que lhe são próprios, no âmbito da chamada *ciência consumerista*, o Código Brasileiro do Consumidor relaciona-se com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos. Por outro lado, reveste-se de caráter multidisciplinar, eis que cuida de questões que se acham inseridas nos Direitos Constitucional, Civil, Penal, Processuais Civil e Penal, Administrativo, mas sempre tendo por pedra de toque a *vulnerabilidade do consumidor* frente ao fornecedor, e sua condição de *destinatário final de produtos e serviços*, ou *desde que não visem a uso profissional*”.

Suas principais inovações foram: formulação de um conceito amplo de consumidor e fornecedor; um rol de direitos básicos do consumidor e de instrumentos para implementá-los; proteção contra os vícios de quantidade e qualidade; melhoria nos prazos de prescrição e decadência; ampliação das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica das sociedades; criação de regras sobre oferta e publicidade,

⁷ Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro. Curso Avançado de Direito Comercial, São Paulo, RT, 4ª edição, p.54.

⁸ José Geraldo Brito Filomeno. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 7ª edição, p. 19.

práticas e cláusulas abusivas, bancos de dados e cobrança de dívidas de consumo; introdução de um sistema punitivo administrativo e penal; facilitação do acesso à justiça para o consumidor; incentivo à composição privada entre consumidores e fornecedores, notadamente com a previsão de convenções coletivas de consumo⁹.

Em seu artigo 2º, o Código define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, equiparando-se a consumidor, segundo o parágrafo único, “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

E o artigo 3º conceitua fornecedor como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

4. A RELAÇÃO ENTRE O CONSUMIDOR E O FORNECEDOR

Dispõe o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor que a “Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

Reconhece o Código a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (inciso I do artigo 4º) e estabelece normas e instrumentos capazes de protegê-lo (inciso II), enaltecendo, por outro lado, a harmonização dos interesses dos participantes da relação consumerista e a compatibilização da defesa do mais vulnerável com o indispensável desenvolvimento econômico e tecnológico dos fornecedores, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Carta Magna: *soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País*), sempre com boa-fé e equilíbrio naquelas relações (inciso III).

Com o objetivo de melhorar a relação de consumo, o Código destaca a educação e informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e deveres (inciso IV) e incentiva a criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos (inciso V).

Censura os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e a utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores (inciso VI), prega a racionalização e melhoria dos serviços públicos (inciso VII) e prevê estudo constante das modificações nos meios consumeristas (inciso VIII).

Não obstante reconheça o legislador a condição de vulnerabilidade do consumidor e busque protegê-lo amplamente, é nítida sua preocupação em estabelecer uma relação de consumo baseada na boa-fé e equilíbrio entre seus participantes, de forma que o fornecedor tenha também os direitos respeitados.

⁹ Ada Pellegrini Grinover e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Forense Universitária, 7ª edição, p. 11.

Constitui grave equívoco ter o CDC como “instrumento de terrorismo” ou “elemento desestabilizador do mercado”¹⁰, na medida em que visa à harmonia e transparência nas relações de consumo, conferindo segurança não só ao consumidor, mas de igual modo ao fornecedor.

Se por um lado estabelece a responsabilidade civil objetiva e a inversão do ônus da prova, por outro enfatiza as boas relações comerciais, assegura a livre concorrência e o livre mercado, tutela as marcas e patentes, os inventos e processos industriais, os programas de qualidade e produção, tudo com o escopo de alcançar o melhor relacionamento entre consumidor e fornecedor.

E não há de ser diferente num sistema capitalista como o nosso, onde fornecedor e consumidor, por razões conhecidas, dependem um do outro.

A vulnerabilidade do consumidor não deve ser tamanha a ponto de prejudicar o desenvolvimento econômico e tecnológico dos meios empresariais e, conseqüentemente, do próprio País, sob pena de irreparável retrocesso.

Nem a força do empresariado pode ser absoluta de modo a obstar qualquer ação ou reação do consumidor, colocando-o em posição de permanente inferioridade e tornando injusto e desigual o relacionamento entre eles.

É fundamental a busca de critérios que permitam uma relação de transparência, confiança, boa-fé e equilíbrio entre fornecedor e consumidor.

Em artigo publicado na *Revista da EMERJ* intitulado *Direito do Consumidor – Visão Empresarial*, o Desembargador ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES¹¹, com sua vasta experiência como ex-juiz titular da 4ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, assinala que a “legislação protetiva do consumidor – do consumidor, repita-se – desafia o poder interpretativo dos juizes, que, de um lado, não pode dispensar os princípios teóricos da ciência econômica, considerando o consumo como parte indissociável das relações da espécie, e, por outro, o atendimento aos critérios de proteção da parte mais vulnerável”.

A atividade interpretativa deve considerar principalmente a boa-fé e a equidade contratual, de forma a alcançar o ideal equilíbrio entre as obrigações dos contratantes e a extirpar abusos ou excessos encontrados, evitando a onerosidade injusta do mais vulnerável ou o fortalecimento indevido do poderoso.

Para CLÁUDIA LIMA MARQUES¹², “concluído o contrato entre o fornecedor e o consumidor, quando o pacto deve surtir seus efeitos, deve ser executado pelas partes, impõe a nova Lei o respeito a um novo princípio norteador da ação das partes, é o *Princípio da Equidade Contratual*, do equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, para alcançar a justiça contratual. Assim, institui o CDC normas imperativas, as quais proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, definidas como as que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade (veja o artigo 51, IV, do CDC)”.

E esclarece que o *princípio da Confiança*, instituído pelo CDC, garante “ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos dos produtos e serviços, para assegurar o ressarcimento do consumidor, em caso de insolvência, de abuso, desvio da pessoa jurídica-fornecedora, para regular também alguns aspectos da inexecução contratual do próprio consumidor”¹³.

10 José Geraldo Brito Filomeno, *op.cit.*, p. 53.

11 Antonio Carlos Esteves Torres. *Direito do Consumidor – Visão Empresarial*, in *Revista da EMERJ*, vol. 11, nº 43, 2008, p. 101.

12 Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Ed. RT, 3ª edição, pág. 390.

13 *Ibid*, p. 576.

Com larga vivência como Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado de São Paulo, o procurador de Justiça MARCO ANTONIO ZANELATO¹⁴ ressalta a significativa mudança de comportamento das empresas após a vigência do CDC, destacando-se como novas posturas favoráveis ao consumidor:

a) “preocupação com o cumprimento do dever de informar imposto pelo Código, que se refletiu na colocação de informações e advertências necessárias nas embalagens de produtos (prazo de validade, data de fabricação, advertência sobre riscos à saúde do consumidor, etc.), no prévio conhecimento ao consumidor das condições gerais dos contratos, na referência, nos anúncios publicitários, de informações relevantes ao potencial consumidor (sobre o preço, condições de pagamento, juros, riscos à saúde de certos produtos, como o cigarro, etc.);

b) maior cuidado na elaboração dos contratos padronizados, quer quanto à forma, quer quanto ao conteúdo. Os contratos, de certo modo, passaram a ser redigidos em letras legíveis, com destaque às cláusulas que limitam ou excluem direitos do consumidor; procurou-se, em linhas gerais, evitar a inclusão, dentre as condições gerais, das cláusulas listadas, no CDC, como abusivas (a de mandato, a que permite a modificação unilateral do preço, a que prevê a rescisão ou resolução unilateral do contrato, a que estabelece a perda total das prestações pagas, a que autorize o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo do contrato, após sua celebração, etc.);

c) preocupação com o cumprimento do prometido em oferta publicitária, o que levou as empresas a veicularem informações mais precisas sobre os produtos e serviços (indicação, por exemplo, da quantidade de produtos ofertados a preços promocionais, prazo de duração da oferta, etc.), bem ainda a incluírem, em seus contratos, disposição relativa ao prometido na oferta publicitária;

d) diminuição da veiculação de publicidade enganosa e de outras práticas abusivas, como, por exemplo, “venda casada”, cobrança de ágio, nota promissória em branco, remessa de produtos sem prévia solicitação pelo consumidor (principalmente cartões de crédito), constrangimento na cobrança de dívidas, juros maiores anunciados na oferta, etc.”.

Segundo JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO¹⁵, três são os grandes instrumentos para a harmonização da relação fornecedor-consumidor:

a) o *marketing* de defesa do consumidor, consubstanciado pelas já centenas de departamentos de atendimento ao consumidor criados pelas próprias empresas e diversificadas técnicas de abordagem, como a possibilidade de contato telefônico, postal ou eletrônico;

b) a *convenção coletiva de consumo*, assim definidos os pactos estabelecidos entre as “entidades civis de consumidores” e as “associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica” de molde a regularem relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição de conflitos de consumo (art. 107 do CDC). Sua maior virtude é prevenir conflitos em benefício tanto dos consumidores como dos fornecedores;

14 Marco Antônio Zanellato. *As Empresas e O Código de Defesa do Consumidor: Experiência do Ministério Público*. Artigo disponível na internet.

15 José Geraldo Brito Filomeno, *op. cit.*, p. 61.

c) práticas efetivas de *recall*, ou seja, a convocação dos consumidores, geralmente de máquinas e veículos, para o reparo de algum vício ou defeito, como prevê o artigo 10 e parágrafos do Código. Antes do advento do CDC, o *recall* era mera praxe ou liberalidade do fabricante.

Ainda de acordo com o ilustre Doutrinador¹⁶, é “grande a responsabilidade dos produtores ou fornecedores no sentido de:

a) bem informar os seus consumidores sobre os riscos que apresentem seus produtos ou serviços, além, certamente, de suas características;

b) retirar do mercado os produtos que apresentem riscos constatados após seu lançamento, assim como comunicar às autoridades competentes tais circunstâncias;

c) preventivamente, ainda, estabelecer canais de comunicação com o público consumidor, quer para informações, quer para ouvir sugestões, quer para reparar danos já causados, e para que outros não ocorram, mediante mecanismos de solução conciliatória”.

Com a maioria atingida em setembro de 2008, o CDC há tempos se firmou em nosso ordenamento jurídico, trazendo importantes avanços para as relações de consumo, notadamente quanto à mudança de comportamento das “empresas”.

Prova disso é que, consoante matéria publicada no Jornal *O Globo* de 7 de maio de 2009, 10 (dez) brasileiras estão entre as 200 (duzentas) companhias de melhor reputação em 32 (trinta e dois) países, segundo o ranking do *Reputation Institute* 2009. Petrobras obteve a 4ª colocação, Sadia a 5ª, Votorantim a 20ª, Vale do Rio Doce a 28ª, Gerdau a 63ª, Usiminas a 84ª, Pão de Açúcar a 113ª, Banco do Brasil a 124ª, CSN a 180ª e Embraer a 197ª.

Pelas diretrizes adotadas pelo Código, tais como responsabilidade objetiva, inversão do ônus da prova e vedação da denúncia da lide (entre outras), a prevenção surge como a melhor alternativa para o empresariado.

E prevenção envolve séria organização, boa educação, clara informação, eficiente comunicação, ampla publicidade, pronta acessibilidade e firme compromisso com os termos propostos.

Observados esses critérios, ter-se-á naturalmente o tão almejado relacionamento harmônico, transparente e equilibrado entre fornecedor e consumidor.

5. CONCLUSÃO

A atividade empresarial e a consumerista têm especial destaque na Constituição Federal, que, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, estabelece como seus princípios, entre outros, a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 170, IV e V), a par da Carta Magna também prever, como obrigação do Estado, a promoção da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), tendo o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fixado o prazo de cento e vinte dias para a elaboração do respectivo código.

Não é sem razão que ambos os institutos recebem disciplina própria: a sociedade empresária nos artigos 966 e seguintes do Código Civil e a defesa do consumidor na Lei 8.078/90.

¹⁶ José Geraldo Brito Filomeno, *op. cit.*, p. 67.

É fundamental buscar a interação entre tais diplomas, propiciando uma relação de transparência, confiança, boa-fé e equilíbrio entre a sociedade empresária e o consumidor, cujos reflexos incidirão, sobretudo, na economia do País.

Diploma empresarial moderno, em sintonia com legislação consumidora avançada, representa nação em franco desenvolvimento, senão desenvolvida.

Não obstante reconheça o legislador a condição de vulnerabilidade do consumidor e busque protegê-lo amplamente, é nítida sua preocupação em estabelecer uma relação de consumo honesta e equilibrada entre seus participantes, de forma que o fornecedor tenha também os direitos respeitados.

Constitui grave equívoco ter o CDC como “instrumento de terrorismo” ou “elemento desestabilizador do mercado”, na medida em que visa à harmonia e transparência nas relações de consumo, conferindo segurança não só ao consumidor, mas de igual modo ao fornecedor.

Se por um lado estabelece a responsabilidade civil objetiva e a inversão do ônus da prova, por outro enfatiza as boas relações comerciais, assegura a livre concorrência e o livre mercado, tutela as marcas e patentes, os inventos e processos industriais, os programas de qualidade e produção, tudo com o escopo de alcançar o melhor relacionamento entre consumidor e fornecedor.

E não há de ser diferente num sistema capitalista como o nosso, onde fornecedor e consumidor, por razões conhecidas, dependem um do outro.

A vulnerabilidade do consumidor não deve ser tamanha a ponto de prejudicar o desenvolvimento econômico e tecnológico dos meios empresariais e, conseqüentemente, do próprio País, sob pena de irreparável retrocesso.

Nem a força do empresariado pode ser absoluta de modo a obstar qualquer ação ou reação do consumidor, colocando-o em posição de permanente inferioridade e tornando injusto e desigual o relacionamento entre eles.

Com a maioria atingida em setembro de 2008, o CDC se apresenta como um dos mais relevantes diplomas do ordenamento jurídico pátrio, inovando com méritos as relações de consumo.

Pelas diretrizes que adotadas pelo Código, tais como a responsabilidade objetiva, a inversão do ônus da prova e a vedação da denúncia da lide (entre outras), a prevenção surge como a melhor alternativa para o empresariado.

E prevenção envolve séria organização, boa educação, clara informação, eficiente comunicação, ampla publicidade, pronta acessibilidade e firme compromisso com os termos propostos.

Observados esses critérios, ter-se-á naturalmente o tão almejado relacionamento harmônico, transparente e equilibrado entre fornecedor e consumidor.

Nunca é demais lembrar as palavras de JOHN RICHARD HICKS, detentor do Prêmio Nobel de Economia de 1972: “quem garante todos os empregos não são os empresários, os sindicalistas ou os governantes, são os consumidores”¹⁷.

17 *Folha de São Paulo*, coluna assinada pelo jornalista Joelmir Betting, caderno “Econômico”, consoante citação feita por José Geraldo Brito Filomeno, *op. cit.*, p. 66.

6. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Princípios Constitucionais Brasileiros*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo: Malheiros, n° 1, 1993.

BERTOLDI, Marcelo M. e Marcia Carla Pereira Ribeiro. *Curso Avançado de Direito Comercial*. São Paulo: Ed. RT, 4ª edição, 2008.

CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa À Luz do Novo Código Civil*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 7ª edição, 2001.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, vol. I. Rio de Janeiro: Ed. Forense.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 3ª edição, 1999.

MOARES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

TORRES, Antonio Carlos Esteves. *Direito do Consumidor – Visão Empresarial*, in *Revista da EMERJ*, vol. 11, n° 43, 2008.

ZANELLATO, Marco Antônio. *As Empresas e O Código de Defesa do Consumidor: Experiência do Ministério Público*. Artigo disponível na internet.

**Publicado originalmente na Revista n° 33 jul./set. 2009, p. 55.*

A CRISE DO DIREITO FALIMENTAR BRASILEIRO** REFORMA DA LEI DE FALÊNCIAS

RUBENS REQUIÃO*

Senhores e senhoras.

Meus colegas.

Recebo sempre com desvanecimento convites para comparecer, como professor universitário, em ilustres cenáculos de cultura jurídica, para conferir, com colegas eminentes, as opiniões e idéias que professo em proveito da modernização de nossas instituições. Há longo tempo, ao abandonar trepidante vida pública, por livre opção, recolhi-me à tranqüilidade das bibliotecas e dos gabinetes de estudos, para dedicar minhas energias à pesquisa dos mais cruciantes temas do Direito Comercial.

Compreende-se, assim, a emoção ao levantar a frágil e descolorida voz nesta altissonante tribuna, onde pontificaram os mais eminentes estadistas e juristas do Império e da República, na formação para esta augusta Casa de um nobre acervo de tradições, de prestígio, de cultura e de glórias. Acedi, de pronto e de boa vontade, ao convite para vir aqui encerrar este ciclo de estudos sobre Direito Falimentar. A responsabilidade e a honra a mim conferidas avultam pela tristonha circunstância de ser esta a última realização cultural do programa delineado pelo eminente Prof. THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, cujo mandato de presidente está em vésperas de se exaurir.

Nunca, meus colegas, - e a afirmativa não deslustra as administrações do passado, - o Instituto dos Advogados Brasileiros conheceu período de tão intensa atividade, como na atual gestão, tendo a atestar os seus profícuos resultados as dezenas de volumes de sua esplêndida "Revista", que constituem inexaurível repositório das preocupações renovadoras dos advogados brasileiros.

A necessidade da reforma da Lei de Falências

Desejo agradecer ao eminente Presidente a oportunidade que o Instituto dos Advogados me oferece, de ser o porta-voz da nossa classe ao empostar a necessidade premente da radical revisão do Direito Falimentar em nosso País. Penso não exceder este mandato, se registrar, com ênfase, a estranheza de ter o Governo da República, na fase revolucionária de reforma de nossos monumentos legislativos, silenciado e afastado de suas preocupações a reforma da Lei de Falências.

Muito mais do que o Código Civil e do que o Código de Processo, tanto quanto, sem dúvida, o Código Penal e o Código de Processo Penal, se evidencia e se impõe a reforma da lei falimentar. A consciência jurídica nacional, constituída pelos Tribunais e pelos Magistrados, pelos Professores e pelo Ministério Público, pelos Advogados e pelos Serventuários da Justiça, todos estão a reclamar, em uníssono, a revisão das regras formais e dos conceitos substanciais do velho instituto falimentar. Estive em vários centros

* Catedrático de Direito Comercial na UFPR, foi membro do Instituto dos Advogados do Paraná e sócio honorário do Instituto dos Advogados da Bahia.

** Conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros, no Rio de Janeiro, em 8 de março de 1974.

universitários, desde o Rio Grande do Sul, a convite de seu Instituto dos Advogados, até Belém do Pará convocado pela sua Ordem dos Advogados e de sua Universidade, para expor as concepções mais modernas do direito falimentar, e em todos os lugares colhi os mais graves depoimentos sobre a ineficácia da atual legislação específica.

A falência e a concordata, como institutos jurídicos afins, na denúncia de empresários e de juristas, se transformaram em nosso país, pelo obsoletismo de seus sistemas legais, mais do que nunca, em instrumento de perfídia e de fraude dos inescrupulosos. As autoridades permanecem, infelizmente, insensíveis a esse clamor, como se o País, em esplêndida explosão de sua atividade mercantil e capacidade empresarial, não necessitasse de modernos e funcionais instrumentos e mecanismos legais e técnicos adequados à tutela do crédito, fato essencial para seguro desenvolvimento econômico nacional.

O escopo de instituto da falência

Não se capacitaram os tecnocratas e os juristas burocráticos, por outro lado, de que a falência não constitui apenas um meio de cobrança de interesses fiscais e privados. Nestes últimos anos suas preocupações foram as de crescer, com privilégios excepcionais e absolutos, os créditos da Fazenda Pública, com preceitos não mais admissíveis no Direito moderno. A correção monetária dos créditos fiscais – apenas para citar um expressivo exemplo – que a jurisprudência fazia cessar com a decretação da falência, mereceu uma lei especial que a suspende pelo prazo de um ano, restabelecendo-se, integralmente, se o síndico não efetuar o pagamento no prazo marcado.

Em decorrência de toda a legislação esparsa sobre esse aspecto do problema falencial, o sistema de superprivilégios dos créditos fiscais e parafiscais tornou quase quimera o princípio legado do Direito Romano, de que o patrimônio do devedor é a garantia comum de *todos* os seus credores. Urge repor os créditos fiscais e parafiscais na mesma classe dos credores quirografários, revogando-se os privilégios que os cercam, pois constituem uma reminiscência do direito fascista...

A falência, como instituto jurídico, não é demais repetir, não constitui, apenas, o instrumento de execução concursal. São muito mais profundos seus fundamentos filosóficos e científicos.

Firmei, na admiração da doutrina de JAEGER, a convicção de que o escopo final do instituto falimentar não é outorgar ao Estado a função de assegurar a realização da *“par condicio creditorum”* entre os credores, como sustentava o pensamento clássico. Mais do que a igualdade entre os credores na liquidação falimentar do patrimônio do devedor, muito mais do que a segurança do crédito – pontos de vista respeitáveis na doutrina antiga – é o *saneamento da atividade empresarial*, que constitui a finalidade primeira do instituto da falência, nas concepções modernas de atuação judicial do Estado.

Ao falar em saneamento da atividade empresarial não pretendo propor o retorno ao passado, quando o instituto da falência importava num meio cruel e infamante de repressão penal. O princípio do saneamento da atividade econômica, no meio empresarial, como escopo imediato da falência, tem significado muito mais profundo e construtivo. E dele partindo poderemos reconstruir todo um novo sistema falimentar.

Essa concepção leva, desde logo, à necessária indagação técnica, profunda e séria, das causas econômicas, financeiras e sociais da falência; se é fruto das circunstâncias ocasionais ou conjunturais do mercado, se é consequência de fatos pessoais dos gestores da empresa, como a inabilidade ou a improbidade.

Rejeita essa nova teoria a *comercialidade* ínsita do instituto da falência e concordatas, pois desde que se trata de sanear a atividade econômica, não se pode alijar de seu âmbito e preocupar as empresas civis, de natureza econômica e de fins lucrativos, que participam e concorrem no mercado.

Partindo dessa nova concepção, temos um mundo de problemas a examinar e um convite para uma revisão revolucionária do sistema falimentar no Direito brasileiro. Vamos apelar para o nosso culto à síntese, para delinear, em breve tempo, como imagino a colocação do instituto da falência em novas bases legais. Com isso tenho o propósito de provocar o debate sobre a reforma do Decreto lei n.º 7.661, de 1945.

A recuperação econômica da empresa

Em primeiro lugar se deve indagar, ao se deparar com o fenômeno mórbido da empresa insolvente, antes mesmo da investigação sobre a possível atividade delitual do empresário, se ela tem ainda condições econômicas e financeiras de recuperação.

Com efeito, muito mais socialmente importante do que a indagação sobre as causas da ruína da empresa, é saber-se se ela é economicamente recuperável. A empresa, na teoria dominante no moderno Direito Comercial, como unidade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens ou de serviços, constitui um cadinho onde efervesce múltiplos interesses, desde o pagamento de salários para a classe obreira, os tributos para a manutenção do Estado e os lucros para os investidores. Não deve ser, assim, considerada sob as luzes dos interesses imediatistas do coletor de impostos ou da impaciência do cobrador de dívidas, nos momentos críticos ou dramáticos de sua evolução.

Em decorrência, se a empresa insolvente tem condições de recuperação ou restauração, esse deve ser o desiderato do Estado, através do instituto falimentar. O tema da recuperação econômica da empresa insolvente, sob o controle judicial, contraposta à álgida e insensível liquidação falimentar à *outrance*, constitui, sem dúvida, o mais fascinante tema do Direito Falimentar atual.

Esse sistema, de reorganização da empresa, não constitui revelação nem criação do espírito pragmático dos juristas ou da jurisprudência dos tribunais norte-americanos, aplicado no "CHANDLER ACT", diploma da reforma da lei falimentar de 1938, nem do Prof. ROGER HOUIN, na França, no seu famoso artigo sobre "a permanência da empresa através da falência".

Esse sistema – para a glória dos juristas pombalinos – já aparecia no Alvará de 1756, fonte do direito luso-brasileiro, exaltado pelo Prof. WALDEMAR FERREIRA como "originalíssimo e autêntico" processo de falência. Esse alvará foi outorgado no ano seguinte ao do terrível terremoto de Lisboa, que causara a desorganização e ruína do comércio e da navegação da metrópole. Impôs-se, por isso, a revisão das Ordenações Filipinas, nessa matéria.

A regra VIII, do Alvará de 1756, determinava que *"os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra, em seus tratos e comércios lícitos, não constante de algum dolo ou malícia, não incorrerão em pena algum crime. E neste caso serão os atos remetidos ao Prior e Cônsules do Consulado, que os procurarão concertar e compor com seus credores, conforme o seu Regimento"*.

O que se pretende, com efeito, no direito falimentar moderno seja nos Estados Unidos, seja na França, nada mais é do que "concertar" a empresa insolvente, na linguagem arcaica do alvará do Marquês de Pombal.

Posso, assim, sustentar que o sistema da reorganização da empresa insolvente, que ora propugno como primeiro objetivo do Direito falimentar brasileiro, não constituiria transplante de instituição estrangeira a incorporar-se em nossa legislação. Seria, apenas, ressuscitá-lo dos escaninhos de nossos arquivos, ajustando-o aos novos tempos e às novas técnicas.

Se a empresa insolvente não tiver condições de recuperação, não existiria, então, outra alternativa senão a de sua liquidação falimentar; mas essa liquidação deve ser expedita, sumária, sem contemplações ou procrastinações legais ou forenses. Os crimes, por ventura cometidos pelo empresário, deveriam ser apurados e normalmente punidos.

A demissão dos dirigentes da empresa insolvente.

Verificadas as causas da falência, se forem elas delituosas, nem por isso a empresa, em si, será sacrificada. Seus dirigentes – sobretudo na empresa coletiva sob forma societária – serão incontinentemente afastados e responsabilizados. A falência fraudulenta, causada pela improbidade da administração, não deve impedir a empresa de procurar sua recuperação econômica.

No sistema atual da Lei de Falências, convém lembrar, se verificada, nos termos do art. 111, a existência de crime falimentar, o recebimento da denúncia ou queixa obstará, até a sentença penal definitiva, a concordata suspensiva. Na falência da sociedade produzir-se-á o mesmo resultado: na hipótese de o recebimento da denúncia ou queixa contra seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes... Na empresa coletiva, todos os seus sócios pagam pela culpa do dirigente desonesto.

O preceito, bem se vê, é ilógico e iníquo. Não se dá à empresa, aos seus sócios que também foram vítimas da solécia e improbidade de poucos, o direito de destituí-los, recompondo a direção. Punem-se todos os sócios, desempregam-se os colaboradores, estanca-se renda pública, pelo ato ilícito praticado pelo gerente ou administrador.

O sistema moderno da recuperação não comete essa iniquidade, que desmente os princípios fundamentais da responsabilidade penal, de que a pena não deve ultrapassar a pessoa do criminoso.

Por outro lado, se as causas da insolvência forem devidas à inépcia, incapacidade ou negligência de sua direção, deve o administrador ser afastado. Num e noutro caso, não poderia o gerente destituído, durante certo tempo, desempenhar funções de chefia empresarial.

Com todas essas medidas adequadamente inscritas em lei, o Estado estaria aparelhado através da prestação jurisdicional de sanear a atividade econômica.

O papel do gerente profissional.

O sistema processual poderia, em seus delineamentos gerais, segundo o modelo norte-americano e francês, dar ao Judiciário não só a atribuição de suspender as ações e execuções contra o devedor, mas nomear um gerente profissional, isto é, um administrador ou economista, de formação universitária, incumbido de realizar auditoria e emitir parecer sobre a viabilidade da recuperação da empresa, com a planificação dessa meta. Dessa reorganização planificada constaria, por certo, o esquema do pagamento do passivo, que não poderia exceder de certo prazo. Os sócios ou acionistas seriam então convocados judicialmente para se manifestarem sobre o plano. Caso o aprovassem

elegeriam novos administradores, que seriam assessorados em sua gestão por gerente profissional, enquanto não fosse pago o passivo. Não sendo constatada a viabilidade da reorganização ou não sendo aprovado o plano, a falência seria decretada.

Separação entre empresa e o empresário.

A tendência incoercível da doutrina moderna leva à personificação gradual da empresa. O sistema francês tende para essa solução.

Com a adoção das idéias expostas, estaria assegurada a permanência da empresa e o Estado executaria sua política de saneamento da atividade econômica, dando maior vitalidade para a própria empresa.

A solução da destituição dos dirigentes desonestos ou incompetentes foi exposta pelo Prof. HOUIN, no famoso artigo a que já me referi e foi divulgado entre nós pelo Prof. FÁBIO KONDER COMPARATO. Pretendia o professor parisiense, com a tese da “Permanência da empresa através da falência”, instituir a separação, na falência, entre a empresa e o empresário. Tal foi a impressão causada pela sua realista contribuição técnica e doutrinária, que no “*Rapport de L’Inspection Générale de Finances*”, resultado da enquête que o Ministério de Finanças mandara realizar sobre a ineficácia dos antigos mecanismos falimentares, que o sistema foi, oficialmente, preconizado. Constitui, hoje, o fulcro do moderno sistema falimentar gaulês.

A conveniência e a necessidade de se adotar, entre nós, o moderno sistema da reorganização da empresa, como opção no direito falimentar, está atestado pelas decisões do Governo no episódio da insolvência e da concordata da empresa Dominium S.A. e no confisco dos bens do grupo Abdala, em São Paulo, e da legislação específica da intervenção e liquidação extra-judicial das instituições financeiras, nas usinas de açúcar e nas empresas de seguros.

A extinção da concordata preventiva.

Volto-me, agora, para os problemas não menos graves criados pelo instituto da concordata preventiva. O sistema americano da *corporate reorganization* não afasta o da concordata preventiva. Na adoção do sistema que preconizo para o direito brasileiro, ao revés, seria extinta a concordata preventiva em seus delineamentos atuais.

Uma proposta tão peremptória, pressinto, há de causar estupefação, senão escândalo. Convido, entretanto, os colegas para um exame mais circunstanciado e crítico da atualidade da concordata preventiva.

São tais as distorções que o sistema da concordata preventiva tem causado, que o Tribunal de Justiça de São Paulo, pelas suas Câmaras Conjuntas Criminais, estigmatizou-o severamente. “Pondere-se, aliás – (julgava aquele pretório um recurso de *habeas corpus*) – que na concordata, o comerciante não somente se salva, mas, também, geralmente enriquece. Paga os credores com um abatimento que chega a ser um privilégio, ou, então, o que possui quase sempre se valoriza em decorrência de fatores assás conhecidos. Além de tudo, o credor que tem de pagar advogado e se desespera com o andamento moroso da concordata, e quase sempre, pela insistência do devedor, fica propenso a ceder ou vender o seu crédito por qualquer preço, ou efetuar acordo com o concordatário, dos quais deste é a parte do leão. Todos nós, advogados, atestamos a veracidade daquele depoimento jurisprudencial...”

O erro fundamental do sistema da concordata preventiva, e mesmo da concordata suspensiva, em nossa Lei de Falências, é permitir sua concessão atendidos, apenas, alguns pressupostos formais. Não se cogita de saber as verdadeiras causas da insolvência do devedor não se cogita sequer de indagar se ele tem um plano viável para a reorganização de sua empresa; não se indaga se foi ele inepto ou incompetente. Atendido os pressupostos legais e formais, os juizes geralmente complacentes estão dispostos a fazer vista grossa sobre os desmandos econômicos e financeiros evidentes, para conceder logo a concordata. A falência constitui uma solução tão ruínosa para os credores, que nas mais das vezes esses optam pela esperança, raramente realizada, de receber migalhas de seu crédito.

Nesse sistema legal, a concordata não poderia deixar de constituir um meio hábil de enriquecimento dos devedores mais sagazes e menos escrupulosos.

Ora, se se instituísse o sistema da reorganização da empresa, sob as vistas judiciais, com a planificação de sua reestruturação, e afastamento do empresário inepto ou improbo, dispensável seria a concordata preventiva. A concordata suspensiva se tornaria um meio excepcional e eficiente de recuperação da empresa em estado de falência.

O obsoleto mecanismo da declaração da falência.

Não me seria possível, colegas, exaurir, no breve tempo de uma palestra, todo o manancial de análise crítica que a atual Lei de Falências nos proporciona. Vou, por isso, me cingir a pontos cruciais do procedimento falimentar, nos termos postos pelo diploma de 1945.

Penso que o procedimento pré-falencial, de natureza eminentemente cognitivo, procrastina demasiadamente a declaração judicial da falência. Essa procrastinação se deve à proliferação de recursos, aos quais, não bastassem os agravos, foram acrescidos embargos à sentença declaratória. Chega a Lei ao cúmulo de permitir a dualidade de recursos, como no caso dos arts. 17 e 18. Com efeito, segundo a jurisprudência, o devedor pode, da sentença declaratória, não só recorrer de agravo de instrumento (art. 17), como opor embargos (art. 18).

Por outro lado, insensível ao problema falimentar, o Governo, ao fazer adaptar à Lei de Falências ao sistema recursal do novo Código de Processo Civil, na recente Lei n.º 6.014, de 27 de dezembro do ano último, substituiu o extinto agravo de petição pelo recurso de apelação. Mas ao fazê-lo, adotou a apelação comum de quinze (15) dias e não a apelação dos processos sumaríssimos de cinco (5) dias, o que seria natural. Para o procedimento sumaríssimo da Lei falimentar não se aplica a apelação dos processos sumaríssimos comuns... o que não tem sentido.

Todos presenciam, ademais, no foro falimentar, as delongas que as normas flácidas da Lei permitem aos devedores renitentes e de má-fé. É fácil obstruir a declaração de falência, quando se conta com um mecanismo complicado, que sugere incidentes processuais, quando se conta com um Juízo complacente.

Novo modelo para a declaração judicial de falência.

Devemos, então, procurar novos modelos processuais e substanciais, que inspirem futura Lei falimentar. Tenho cogitado sobre esse sério tema, e por fim imaginei a possibilidade de se adotar o mecanismo do sistema falimentar italiano, para a declaração judicial da falência.

Para acelerar o advento da sentença declaratória da falência das empresas insolventes cuja recuperação econômica fosse inviável, deve-se partir de dois pontos fundamentais: excluir as procrastinações recursais e tornar mais eficiente o juízo falimentar. Tenha-se em mente que enquanto o estado de falência não for declarado judicialmente, falência não há; tem-se apenas o *fato* econômico da insolvência.

Sobre a primeira condição já nos referimos anteriormente, e quanto à segunda é uma necessidade fácil de constatar. Não temos a intenção de responsabilizar a magistratura sobre a má aplicação da lei. É verdade, entretanto, que muito da eficiência da aplicação do instituto se deve aos juízes zelosos, competentes e dinâmicos.

A respeito da função dos magistrados, no procedimento falimentar, CARVALHO DE MENDONÇA lhes atribui muito o fracasso da reforma do Decreto 917, de 1890, de CARLOS DE CARVALHO. Disse o mestre que “infelizmente, os juízes em sua grande maioria, que o tiveram de aplicar, nunca se esforçaram pela realização das idéias da reforma. A jurisprudência nada fez em benefício do prestígio e eficácia da lei e conseqüentemente em garantia dos grandes interesses que esta visava acautelar e proteger” (Tratado, vol. VII, n.º 71).

Não bastará, pois, a reforma da lei. É necessário que se modifique a atuação de seus aplicadores. “Diz-se, há séculos, escrevia ainda CARVALHO DE MENDONÇA, que o juiz faz boas as leis más. Se ele não sabe ou não quer, por comodismo, cumprir o seu dever, se não tem compreensão do seu alto sacerdócio, não há leis possíveis, não há sequer nas leis de falências sempre com pontos vulneráveis, que bastem para impedir as trapaças”.

Uma e outra condição das apontadas, no meu entender, seria atingida se se concebesse a declaração judicial da falência entre a competência, originária e privativa, das Câmaras Cíveis Reunidas, dos Tribunais de Justiça. O requerimento de falência seria, assim, apresentado perante as Câmaras, cujo presidente sortearia imediatamente um relator. O procedimento pré-falencial correria, portanto, na segunda instância.

A defesa do devedor seria sumaríssima, com prazo de quarenta e oito horas para oposição ao pedido, tendo o devedor sede na comarca, e de cinco dias se domiciliado em comarca do interior dos Estados. As provas deveriam ser apresentadas com o pedido e com a defesa. Na primeira sessão, levado o processo à Mesa, sem necessidade de publicação, seria relatado e decidido.

Deferido o pedido, declarada a falência, no mesmo acórdão o Relator designaria um juiz instrutor, remetendo os autos para a sua jurisdição, para a promoção do procedimento instrutório falimentar. O acórdão seria lavrado em mesa e assinado pelo presidente e relator, figurando os demais presentes apenas na ata do julgamento. O Relator ficaria vinculado ao feito, e todos os recursos que de futuro surgissem no curso da falência, seriam por ele relatados. Se houvesse necessidade de realização de provas, para a complementação da defesa, sua admissão, em casos excepcionais, seriam colhidas em primeira instância, por delegação do tribunal ao juiz respectivo.

Admitir-se-ia recurso ao Supremo Tribunal Federal da decisão declaratória ou denegatória da falência, nos casos previstos genericamente na Constituição Federal. Mas o recurso, sem prejuízo no andamento do processo em primeira instância, seria encaminhado através da formação de instrumento.

Em caso de confissão da falência pelo devedor, o Presidente das Câmaras Cíveis decretaria desde logo a falência, nomeando o juiz-instrutor, para processá-la

na primeira instância. Na hipótese de elisão do pedido, com o depósito da quantia reclamada e da necessidade de realização de prova, o Relator declararia elidida a falência, encerrando o processo. Nessa hipótese, porém, remeteria as partes para o juízo ordinário. É, com efeito, injustificável o regime atual, quando elidida a falência o processo prossegue para se apurar o acertamento das contas entre o devedor e credor.

Esse sistema inspirado nos seus delineamentos estruturais no procedimento italiano, como já esclarecemos, teria dupla vantagem de evitar os recursos altamente inconvenientes e procrastinadores, de primeira para a segunda instância, e de colocar o juiz instrutor sob a observação atenta do Tribunal. A direção do processo falimentar se deslocaria, portanto, da competência do juízo singular, para ser colocada, dada a alta importância social e gravidade econômica do instituto, sob a responsabilidade das Câmaras Cíveis. Ao declarar a falência, o Tribunal designaria o juiz instrutor – juiz delegado no sistema italiano –, que receberia assim uma delegação superior para conduzir a instrução e liquidação da falência. A preferência por determinado juiz, seria naturalmente um reconhecimento de seus méritos funcionais e culturais. Isso dar-lhe-ia não só um estímulo, como também a certeza de que sua conduta na direção do processo estaria sob a apreciação crítica superior.

A desídia, enfim, seria punida, a incompetência corrigida e o mérito cultural reconhecido.

O acertamento do passivo.

Outro setor que merece reparos na atual Lei de Falências é a delonga na verificação dos créditos. Uma simplificação desse procedimento se impõe. Imagino, na reforma que proponho para estudos, a verificação dos créditos e a elaboração do quadro geral de credores como tarefa a ser realizada em audiência geral. Aqui ressuscito, de certa forma, a assembléia geral de credores, tão somente para esse efeito.

No despacho que o juiz-instrutor, ao receber a delegação superior para processar a falência, deve proferir, entre outras providências figuraria a designação da data da audiência para o julgamento das declarações de crédito, para trinta dias após. Os credores seriam notificados para apresentar suas declarações em quinze dias, e os quinze dias anteriores à assembléia se prestariam para a colheita da informação do falido, do parecer do síndico e para o exame e impugnação dos créditos.

Na audiência geral, o juiz examinaria e julgaria as declarações, admitindo ou excluindo os créditos, formando ao final da mesma audiência o quadro geral de credores. Os créditos excluídos, ou que dependessem de realização de provas ou de perícia contábil, seriam processados, reservando o síndico, o necessário para seu atendimento futuro. Caberia apelação da decisão que excluísse o crédito ou o admitisse, com prazo de cinco dias, sem efeito suspensivo.

As declarações de crédito retardatárias somente seriam admitidas, se comprovado o retardamento por motivos plausíveis, como o não recebimento da notificação do síndico ou outras que o juiz restritivamente poderia admitir.

Uma vez acertado o passivo, no mais breve espaço de tempo, com a elaboração no final da audiência do quadro geral de credores, o síndico deveria apresentar seu relatório sobre as causas da falência e a existência de crimes falimentares, cuja investigação passaria à cargo do Ministério Público. Extinguir-se-ia o inquérito judicial, esse produto híbrido da justiça civil e justiça penal, que tantos transtornos causa e que muitas vezes ocasiona a concessão de *habeas corpus*, pela sua má ou insuficiente formação.

Apresentado o relatório do síndico, se o falido ou os credores não apresentassem um plano de recuperação econômica da empresa, dentro de quinze dias, o síndico iniciaria a liquidação do ativo.

O plano, elaborado por profissional, somente seria aceito pelo Tribunal, caso tivesse, como ponto essencial, claras condições de financiamento com recursos de terceiros, sobretudo de instituição financeira. No caso positivo, seria aprovado o plano de reorganização, determinando-se ao síndico que fizesse a entrega dos bens aos gestores da empresa, cujos nomes e credenciais constariam do plano.

A empresa em reorganização, poderia ser administrada pelo ex-falido, se do relatório final do síndico não constasse como causa da falência a sua incompetência ou improbidade, se assim fosse julgado.

Em qualquer caso, fosse qual fosse a estrutura jurídica da empresa - firma individual, sociedade de pessoas ou de capital - a fiscalização se faria bimensalmente por um conselho fiscal, constituído pelo Curador de Massas Falidas, de um contador e de um credor, que seria nomeado pelo juiz, ao dar aplicação em primeira instância do plano de recuperação autorizado pelo Tribunal, ou por uma empresa de auditoria profissional, tirada do registro existente no Banco Central do Brasil.

O encerramento da falência, o cumprimento do plano de reorganização, após relatório apresentado pelo Juiz, seria determinado por decisão das Câmaras Cíveis Reunidas.

A publicidade dos atos judiciais.

Outro ponto que desejo ressaltar é o problema da publicidade dos atos do processo da falência. Os altos custos da publicidade, a pobreza das massas falidas, constituem um problema a clamar por solução. O síndico, hoje, deve arcar com adiantamento dessas despesas, de seu próprio bolso, pois via de regra a massa falida não tem condições de "caixa". Concebendo-se o instituto da falência como um procedimento de interesse preponderantemente público, função do Estado na consecução da política de saneamento da atividade econômica, esses custos devem ser por ele arcados. Todas as publicações seriam feitas na Imprensa Oficial, sem ônus para a massa falida, e só seriam ressarcidas se esta oferecesse aos credores um dividendo superior a cinquenta por cento.

CONCLUSÃO

Tenho a pretensão, eminentes colegas, de ter abordado os pontos culminantes da crise do direito falimentar, apresentando soluções plausíveis para ser debelada. Tenho a consciência, também, de que as idéias sugeridas devem ser ajustadas e aprimoradas. Não apresentei, como todos vêm, um projeto de lei, mas apenas o delineamento de sugestões, que me parecem viáveis.

Uma cousa, porém, tenho profundamente arraigado em meu espírito de advogado e de professor universitário, que de longa data observa, pesquisa e estuda a gravíssima crise do instituto falimentar em nosso país: esse problema não é particular da justiça ou do foro. É um gravíssimo problema econômico e social, cuja solução pertence ao Estado, ou melhor, à sociedade brasileira.

Sou um otimista e orgulhoso dos sucessos de meu País, na etapa gloriosa de seu despertar como nação civilizada. Estaria, portanto, longe de envergar as vestes de

Cassandra e cobrir minha cabeça com as cinzas do desespero... Mas não posso deixar de compreender que iniciaremos um período de dificuldades econômico-financeiras, que o Governo que se instala, por mais competente que seja, dificilmente poderá superar. A crise mundial a todos preocupa e o fenômeno tenebroso de 1929 ronda e sombreia as fichas de estatísticas e projeções matemáticas da conjuntura econômica.

O País, mais do que nunca, necessita aparelhar-se com mecanismos econômicos e jurídicos para vencer essas dificuldades, que poderão se abater sobre as empresas mais prósperas, sobre as quais repousa o desenvolvimento econômico nacional. Todo o sistema que proponho para debate tem, ao meu entender, a virtude de permitir o entrosamento dos técnicos com os juristas, para a recuperação das empresas em dificuldades de sobrevivência.

Em qualquer hipótese, porém, seja qual fôr o calor dos debates aqui nesta Casa ou nos ecos que, porventura, causarem, todos, tenho absoluta certeza, estão convencidos de que o belo diploma de 1945 não condiz mais com o desenvolvimento do país e com os progressos da ciência jurídica.

**Publicado originalmente na Revista nº 19 jan./jun. 1974, p. 95.*

Direito Civil



A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

ANA PAULA RIBEIRO ROCHA DE OLIVEIRA*

O Novo Código Civil fez uma significativa alteração nas regras pertinentes ao direito sucessório dos companheiros; no entanto, por outro lado, deixou preocupantes lacunas sobre determinados aspectos.

Inicialmente, denota-se que, por força dos artigos 1790 e 1845 do Novo Código Civil, o companheiro, ao contrário do cônjuge supérstite, não figura como herdeiro necessário, o que acarreta a possibilidade do autor da herança dispor, em testamento, da integralidade de seu patrimônio (CC, artigos 1845, 1846 e 1857), ressalvado, conforme o caso, ao companheiro sobrevivente o direito de meação quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Ademais, pela leitura do *caput* do artigo 1790 do CC/2002, constata-se a restrição de que a participação do companheiro na sucessão do outro somente incidirá sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Valendo advertir que esta restrição não imperava na Lei n. 8971/94, em que o companheiro poderia herdar a integralidade do acervo quando não existissem descendentes e ascendentes.

Tal limitação incidiu em grave injustiça, como muito bem explicitado por LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, nos termos que se seguem:

“Há grave equívoco aqui, que pode conduzir a situações de injustiça extrema. Basta imaginar a situação de um casal, que conviva há mais de 20 anos, residindo em imóvel de propriedade do varão, adquirido antes do início da relação, e não existindo descendentes nem ascendentes. Vindo a falecer o proprietário do bem, a companheira não terá direito à meação e nada herdará. Assim, não lhe sendo mais reconhecido o direito real de habitação nem o usufruto, restar-lhe-á o caminho do asilo, enquanto o imóvel ficarão como herança jacente, tocando ao ente público.”¹

Este autor apresenta, como solução a esta injustiça, a seguinte linha interpretativa:

*“Para evitar tal situação de flagrante injustiça, creio que a interpretação deverá aproveitar-se de uma antinomia do dispositivo em exame. Ocorre que, enquanto o *caput* do artigo 1.790 diz que o companheiro terá direito de herdar apenas os bens adquiridos no curso do relacionamento, o seu inciso IV dispõe que, não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. Ora, a expressão totalidade da herança não deixa dúvida de que abrange todos os bens deixados, sem a limitação contida no *caput*. Evidente a antinomia entre a cabeça do artigo e seu inciso. Entretanto, uma interpretação construtiva, que objetive fazer acima de tudo justiça,*

* ANA PAULA RIBEIRO ROCHA DE OLIVEIRA é Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. “A sucessão dos companheiros no novo Código Civil”. http://www.ibdfam.com.br/inf_historico.asp?CodTema=59&Tipo=1.

pode extrair daí a solução que evite a injustiça e o absurdo de deixar um companheiro, em dadas situações, no total desamparo. Portanto, não havendo outros herdeiros, o companheiro, por força do claro comando do inciso IV, deverá receber não apenas os bens havidos na constância da relação, mas a totalidade da herança.”²

MARIA HELENA DINIZ apresenta uma construção interpretativa mais técnica sobre esse impasse, qual seja:

“Há quem ache que, na falta de parente sucessível, o companheiro sobrevivente teria direito apenas à totalidade da herança, no que atina aos bens onerosamente adquiridos na vigência da união estável, pois o restante seria do Poder Público, por força do art. 1844 do Código Civil. Se o Município, o Distrito Federal ou a União só é sucessor irregular de pessoa que falece sem deixar herdeiro, como se poderia adquirir que receba parte do acervo hereditário concorrendo com herdeiro, que, no artigo sub examine, seria o companheiro? Na herança vacante configura-se uma situação de fato em que ocorre a abertura da sucessão, porém não existe quem se intitule herdeiro. Por não existir herdeiro é que o Poder Público entra como sucessor. Se houver herdeiro, afasta-se o Poder Público da condição de beneficiário dos bens do de cujus, na qualidade de sucessor. Daí o nosso entendimento de que, não havendo parentes sucessíveis receberá a totalidade da herança, no que atina aos adquiridos onerosa e gratuitamente antes ou durante a união estável, recebendo, inclusive, bens particulares do de cujus, que não irão ao Município, Distrito Federal ou à União, por força do disposto no art. 1844, 1ª. Parte, do Código Civil, que é uma norma especial. Isto seria mais justo, pois seria inadmissível a exclusão do companheiro sobrevivente, que possuía laços de afetividade com o de cujus, do direito à totalidade da herança dando prevalência à entidade pública. Se assim não fosse, instaurar-se-ia no sistema jurídico uma lacuna axiológica. Aplicando-se o art. 5º. Da Lei de Introdução ao Código Civil, procura-se a solução mais justa, amparando o companheiro sobrevivente.”³

Da leitura dos incisos I e II do artigo 1790 do CC/2002, verifica-se que o companheiro supérstite, quando existir somente filhos comuns, fará jus a uma quota equivalente à que, legalmente, for atribuída a estes filhos e quando existir descendentes só do de cujus (filhos ou netos exclusivos) ao direito à metade do que couber a cada um destes descendentes.

Por outro lado, é de se observar que o Novo Código Civil não disciplinou a hipótese de existência concomitante de filhos exclusivos e comuns e a doutrina, segundo MARIA HELENA DINIZ⁴, apresenta as seguintes soluções:

² SANTOS, Luiz Felipe Brasil. “A sucessão dos companheiros no novo código civil” http://www.ibdfam.com.br/inf_historico.asp?CodTema=59&Tipo=1.

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 6: Direito das Sucessões. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 133/134.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 6: Direito das Sucessões. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 134/135.

- 1) considerar tais filhos como comuns, dando ao companheiro supérstite quota equivalente à deles;
- 2) identificar os referidos descendentes como exclusivos do *de cujus*, conferindo ao companheiro supérstite a metade do que caberia a cada um deles;
- 3) conferir ao companheiro sobrevivente uma quota (em concorrência com filhos comuns) e meia (em concorrência com descendentes exclusivos do autor da herança);
- 4) subdividir, proporcionalmente, a herança conforme o número de descendentes de cada grupo em concorrência com o convivente.

Utilizando-se dos ensinamentos de MARIA HELENA DINIZ⁵ a segunda solução é a mais justa e adequada aos ditames constitucionais e legais, uma vez que aplicando os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e o princípio constitucional da igualdade dos filhos (CF, art. 227, § 6º.), deve-se valer do vínculo da filiação do autor da herança e não privilegiar, em detrimento dos filhos exclusivos, o existente com o companheiro sobrevivente, que terá, nessa hipótese, direito à metade do que couber a cada um dos descendentes do *de cujus*.

Ademais, as outras soluções não correspondem aos objetivos legais e constitucionais, haja vista que, como já dito acima, a primeira solução prejudicaria os filhos exclusivos do *de cujus*, que não detêm nenhum laço de parentesco consanguíneo com o companheiro sobrevivente privilegiado na partilha; a terceira solução, apesar de atender aos reclames do artigo 1790, incisos I e II, acarretaria um enorme prejuízo aos descendentes, pois cada um receberia uma quota única e o companheiro receberia um quinhão equivalente a uma quota e meia; e a quarta solução geraria a existência de desigualdade de quinhões dos filhos de um grupo com os do outro grupo, violando o artigo 1834 do CC/2002.

Deve-se destacar, ainda, que o companheiro não detém, ao contrário do cônjuge (CC, art. 1832), quando concorre com filhos comuns, no mínimo, a uma quarta parte da herança, visto que o Novo Código Civil não concedeu àquele tal direito.

O inciso III do artigo 1790 do CC/2002 conferiu ao companheiro o direito a um terço da herança, ou melhor, a um terço dos bens onerosamente adquiridos na vigência da união estável, quando concorrer com outros parentes sucessíveis, o que, como bem observa LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS⁶, “...consagra outra notável injustiça. Concorrendo com parentes colaterais, o companheiro receberá apenas um terço da herança. E, destaque-se, um terço dos bens adquiridos durante a relação, pois, quanto aos demais, tocarão somente ao colateral. Assim, um colateral de quarto grau (um único “primo irmão”) poderá receber o dobro do que for atribuído ao companheiro de vários anos, se considerados apenas os bens adquiridos durante a relação, ou muito mais do que isso, se houver bens adquiridos em tempo anterior.”

5 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 6: Direito das Sucessões. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 133.

6 SANTOS, Luiz Felipe Brasil. “A sucessão dos companheiros no novo Código Civil”. http://www.ibdfam.com.br/inf_historico.asp?CodTema=59&Tipo=1.

Outra questão que merece ser discutida é a regra do artigo 1830 do Novo Código Civil e a sua conciliação com as disposições sucessórias do artigo 1790 do mesmo diploma legal.

O artigo 1830 do Novo Código Civil assegura o direito sucessório ao cônjuge já separado de fato, desde que, por tempo inferior a dois anos ou se provado que a ruptura deu-se sem culpa do sobrevivente.

Diante disto, como alerta LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS⁷, surge uma regra de difícil harmonização com o direito sucessório do companheiro que simultaneamente venha a concorrer com cônjuge nestas condições.

Como, por exemplo, o *de cujus*, após a separação de fato, constituiu uma união estável com a realização de um contrato escrito ou reconhecida judicialmente, só que aquele era casado e a separação de fato foi inferior a um ano ou decorreu por culpa deste, sendo certo que como o art. 1723, § 1º do CC não faz exigência temporal da separação de fato para o reconhecimento da união estável, esta é regular.

Destarte, nesta situação, o Novo Código Civil não estipulou qualquer regra a fim de disciplinar tal hipótese, e, por esta razão, para conferir uma solução a esta lacuna e valendo-se, novamente, dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e aos princípios que norteiam a entidade familiar, há de se adotar, como ponto divisor para se aplicar as regras de sucessão ao cônjuge e ao convivente, o início da união estável.

Em outras palavras, as regras de sucessão pertinentes ao cônjuge incidirão nos bens adquiridos até o início da união estável e as pertinentes ao convivente durante o período da união estável.

Deste modo, ao aplicar tal ponto divisor, resguarda-se com prudência e bom senso as entidades familiares, evitando-se conflitos e injustiças.

Por fim, há de se enfatizar que o Novo Código Civil não conferiu direito real de habitação ao companheiro supérstite.

No entanto, parte da doutrina, por considerar o art. 7º, parágrafo único da Lei n. 9278/96 norma especial e por aplicação analógica dos artigos 1831 do CC/2002 e 6º da CRFB/88, entende que o companheiro fará jus ao direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Nesse sentido, é de se enfatizar o enunciado n. 117 do STJ aprovado nas Jornadas de Direito Civil de 2002.

Diante desta lacuna, o Projeto de Lei n. 6960/2002, visando alterar o art. 1790, apresenta a seguinte redação:

“O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I – em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um deles, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1641);

⁷ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. “A sucessão dos companheiros no novo Código Civil”. http://www.ibdfam.com.br/inf_historico.asp?CodTema=59&Tipo=1.

II – em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um deles;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único: Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.”

Contudo, tal projeto de lei, como se extrai de seu texto, não conseguiu preencher todas as lacunas existentes no instituto da sucessão dos companheiros disciplinado pelo Novo Código Civil.

Diante de todo o exposto, ante essas lacunas, há de se concluir que se torna imperioso aos operadores do direito que utilizem a prudência e o bom senso para supri-las de forma a evitar injustiças e desigualdades no âmbito das relações familiares.

**Publicado originalmente na Revista nº 22 jul./dez. 2005, p. 25.*

A EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL

ARNOLDO WALD*

1. A unificação do direito privado, abrangendo obrigações e contratos de direito civil e comercial, representou importante inovação do novo Código Civil, seguindo o exemplo do *Codice Civile* italiano e atendendo às aspirações dos meios jurídicos. Efetivamente, nas suas diretrizes constantes no plano previamente aprovado pelo Ministério da Justiça, em relação à elaboração do Código Civil, já foi determinado que se adotasse entre outros princípios o seguinte:

“a) Compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada nesse ponto desde o Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 e reiterada no Projeto de 1965”.

2. A distinção tradicional entre as obrigações civis e comerciais já tinha perdido a sua razão de ser quando se unificou a competência para julgar as questões de direito civil entre particulares e os processos de caráter negocial existentes entre comerciantes. Por outro lado, nada impede que, num mesmo código, se possa tratar de institutos que tenham algumas regras próprias de interpretação e para os quais as normas costumeiras tenham maior importância, como ocorre no campo do direito comercial.

3. O próprio Código Comercial de 1850 determinou, no seu art. 121, que fossem aplicadas as normas de direito civil aos contratos em geral, com as modificações nele constantes. Por sua vez, o Código Civil de 1916, no seu art. 1.364, fez incidir subsidiariamente sobre as sociedades civis as regras das sociedades anônimas, desde que não contrariassem as disposições da legislação civil.

4. A vocação do nosso direito pela unificação do direito obrigacional data, aliás, do século XIX, tendo sido defendida por TEIXEIRA DE FREITAS, chegando a conclusões análogas, no início do século XX, INGLÊS DE SOUZA, quando, incumbido de elaborar um novo Código Comercial, fez a proposta de termos um Código de Direito Privado. Civilistas e comercialistas admitem, assim, uma certa superação da distinção tradicional entre as duas matérias, negando a necessidade de códigos distintos para tratar de ambos os temas. Chegou-se, assim, a falar numa relativa “comercialização do direito civil” ao mesmo tempo em que se reconhecia a existência do “civilismo do direito comercial”.¹

5. Na realidade, distinções básicas que existiam, no passado, em relação a determinados bens, como os móveis e imóveis, perderam parte da sua importância com a securitização de créditos imobiliários, a chamada “comercialização” da hipoteca, a emissão de letras imobiliárias e a criação de fundos imobiliários no mercado de capitais. Por outro lado, empresas construtoras e incorporadoras, sob a forma de sociedades anônimas, passaram a também estar sob a regência do direito comercial.

* Advogado, Parecerista e Professor Catedrático de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
1 RUBENS REQUIÃO, *Questões de Direito Mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977, p.29.

6. Do mesmo modo, o subjetivismo que caracterizou, por muito tempo, o direito comercial, deixou de ter a sua razão de ser, não se admitindo mais que pudesse ser o direito especial de uma classe, com direitos e deveres distintos daqueles que são atribuídos às demais pessoas.

7. Finalmente, deixou de existir, em grande parte, a diferença de espírito que fazia do direito civil uma legislação rígida, formalista e essencialmente conservadora, opondo-se à flexibilidade do direito comercial e à ampla autonomia da vontade que se admite tradicionalmente nas operações mercantis. Aliás, é uma constante da evolução do direito, à qual se refere SAN TIAGO DANTAS, a oscilação entre uma legislação privada unificada e a ocorrência de uma espécie de bifurcação, ensejando a coexistência de um direito mais tradicional e de outro inovador. Foi o que aconteceu em Roma, com a criação, ao lado do *jus civile*, do direito pretoriano e do próprio *jus gentium*. O mesmo aconteceu com a relação entre o direito civil e o comercial, nos seus respectivos desenvolvimentos históricos.² Na maioria dos casos, acaba havendo uma reunificação, com a absorção pelo direito tradicional de parte substancial das inovações e da própria flexibilidade do novo direito, que, por sua vez, se estratifica. Foi o que aconteceu em Roma, com a elaboração do *Corpus Juris Civilis* na época de Justiniano. É o que está ocorrendo, agora, no campo das obrigações, entre o direito civil e o direito comercial.

8. No Brasil, assistimos historicamente a uma certa inversão no grau de modernidade, na medida em que o Código Comercial é mais antigo, datado de 1850 e inspirado pela legislação francesa do início do século XIX, enquanto o Código Civil de 1916 constitui uma legislação mais recente, adotando a sistemática e alguns dos princípios que constam do Código Civil Alemão (*BGB*), que entrou em vigor no início do século XX, sendo, pois, em nosso país, o direito civil codificado vigente até 2002 mais atualizado do que o comercial, ao contrário do que acontece na maioria dos países.

9. Quando se cogitou da elaboração de um novo Código Civil em nosso país, o Código Comercial já estava obsoleto há muito tempo. Não havia mais razão para manter um direito classista para os comerciantes e já estava ultrapassado o próprio conceito dos atos de comércio como caracterizando a condição de comerciante, quando praticados reiterada e profissionalmente.

10. Efetivamente, além de se ter dado ao ato de comércio, no campo jurídico, um sentido mais amplo do que o que tem na economia, que o considerou como abrangendo tão-somente a circulação dos bens – e não a sua produção –, a doutrina reconheceu que a sua definição importava verdadeiro círculo vicioso. Efetivamente, se, por um lado, caracteriza-se o comerciante pela natureza dos atos que pratica, por outro, a natureza desses atos depende de quem os pratica.³

11. Finalmente, foram sendo suscitadas, cada vez mais, dúvidas quanto ao regime dos atos mistos, praticados por um comerciante em relação a um não comerciante e também no tocante à legislação aplicável aos “atos de comércio” quando praticados por não comerciantes. A discriminação na matéria poderia até ser considerada inconstitucional e o problema se tornou mais grave na medida em que ocorreu a generalização de atos comerciais praticados por particulares.

2 SAN TIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 1 a 3.

3 GEORGES RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, trata, nos n.ºs 6, 7 e 8 da sua obra, da concepção subjetiva e objetiva dos atos de comércio e da posição do Código Comercial francês.

12. Houve, pois, um consenso no sentido de considerar superado o critério constante no nosso Código Comercial de 1850, propondo-se uma nova conceituação de caráter objetivo para regular o que se passou a denominar a atividade negocial ou empresarial.

13. A referência à empresa já constava de alguns diplomas do século XIX, inclusive no Regulamento nº 737, assim como em numerosos diplomas posteriores, mas coube ao Código Civil dar tratamento sistemático e definitivo à matéria, inspirando-se inclusive nas disposições da Constituição de 1988.

14. Não há dúvida que a maior influência exercida sobre o nosso novo Código Civil foi a do *Codice Civile* e da doutrina italiana, do mesmo modo que, anteriormente, o BGB foi o modelo do nosso Código Civil anterior. É, pois, na lei e nos autores daquele país que devemos procurar as origens da concepção que adotamos.

15. A lei italiana define o empresário no seu art. 2082, nos seguintes termos:

“2082. Imprenditore – È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.

16. Na realidade, a empresa é definida na legislação italiana, como exercendo *uma atividade econômica organizada com vistas à produção ou à troca de bens e serviços*, não se limitando ao campo da circulação, mas abrangendo a indústria, sob todas as suas formas.

17. A moderna doutrina italiana liderada por ALBERTO ASQUINI admite que a empresa é um fenômeno poliédrico abrangendo quatro facetas que são as seguintes: **a)** a subjetiva, equiparando-a ao empresário; **b)** a funcional, como atividade desenvolvida para alcançar determinadas finalidades; **c)** a patrimonial, ou seja, a empresa concebida como universalidade de bens, constituindo a chamada *azienda*; e finalmente **d)** como instituição, ensejando uma espécie de parceria entre empresários e seus colaboradores.⁴

18. As definições de ASQUINI foram complementadas para fazer da empresa um “ente complexo”, constituído por um conjunto de bens e uma união de pessoas, tendo finalidade própria a ser alcançada de modo dinâmico.

19. Trata-se pois de uma atividade organizada, para alcançar determinada finalidade, que pode ser exercida tanto por pessoa física (comerciante individual) como por determinados grupos sob a forma de sociedade.

20. Deve ser salientado que, como vimos, a empresa evoluiu nos seus aspectos estruturais e institucionais. Enquanto, na concepção do *Codice Civile*, o titular da empresa era sempre o empresário, no direito hodierno conhecemos empresas sem empresários, como acontece, por exemplo, nos casos em que a totalidade das ações pertence a fundos de pensão. Por outro lado, a empresa se caracterizava pela existência de um poder de mando, reconhecendo-se no empresário “o chefe da empresa” (art. 2.086 do *Codice Civile*). Tratava-se de uma estrutura quase monárquica, de inspiração medieval, que era compatível com o corporativismo da época, a *Carta del Lavoro* e até o *Führerprinzip* da legislação societária alemã. No Código Civil brasileiro, ao contrário, a empresa é instituição democrática e pluralista, tendo substituído a hierarquia de tipo militar, representada pela pirâmide, pela gestão organizada com base na cooperação em forma de rede.

4 ALBERTO ASQUINI, “Perfis da empresa” (tradução brasileira), in *Revista de Direito Mercantil*, nº 104, p. 110.

21. Resumindo a evolução realizada no direito brasileiro, esclarece o Professor MIGUEL REALE que:

“Como se depreende do exposto, na empresa, no sentido jurídico deste termo, reúnem-se e compõem-se três fatores, em unidade indecomponível: a habitualidade no exercício de negócios, que visem à produção ou à circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou resultado econômico; a organização ou estrutura estável dessa atividade.

Não será demais advertir, para dissipar dúvidas e ter-se melhor entendimento da matéria, que, na sistemática do Anteprojeto, empresa e estabelecimento são dois conceitos diversos, embora essencialmente vinculados, distinguindo-se ambos do empresário ou sociedade empresária que são ‘os titulares da empresa’.

Em linhas gerais, pode dizer-se que a empresa é, consoante aceção dominante na doutrina, ‘a unidade econômica de produção’, ou ‘atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de ‘bens ou serviços’. A empresa, desse modo conceituada, abrange, para a consecução de seus fins, um ou mais ‘estabelecimentos’, os quais são complexos de bens ou ‘bens coletivos’ que se caracterizam por sua unidade de destinação, podendo, de *per si*, ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos.

Dessarte, o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de ‘ato de comércio’ é substituído pelo de ‘empresa’, assim como a categoria de ‘fundo de comércio’ cede lugar à de ‘estabelecimento’. Consoante justa ponderação de RENÉ SAVATIER, a noção de ‘fundo de comércio’ é uma concepção jurídica envelhecida e superada, substituída com vantagem pelo conceito de estabelecimento, ‘que é o corpo de um organismo vivo’, ‘todo o conjunto patrimonial organicamente grupado para a produção’ (*La théorie des obligations*, Paris, 1967, p. 124)⁵.

22. O novo Código Civil trata do empresário nos seus artigos 966, 970 e 971, nos seguintes termos:

“**Art. 966.** Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

.....

Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

5 MIGUEL REALE, *O Projeto de Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 98-99.

Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.”

23. O legislador criou, pois, para o empresário rural, a faculdade de sujeitar-se ou não às normas de direito empresarial. A disposição se explica pela atual fase da economia agrícola brasileira caracterizada pelo desenvolvimento da agroindústria e pela maior importância dada à comercialização dos produtos agrícolas.

24. Quanto aos profissionais liberais, é preciso salientar que muitos deles acabaram organizando-se sob a forma de empresa, razão que justifica a distinção feita no parágrafo único do art. 966.

25. Já o estabelecimento comercial, que tem sido amplamente estudado pela doutrina, tanto estrangeira quanto nacional, tem a definição que consta do art. 1.142 e cujo regime é definido no art. 1.143 e seguintes.

26. O art. 1.142 esclarece que:

“**Art. 1.142.** Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

27. Por sua vez, o art. 1.143 tem o seguinte teor:

“**Art. 1.143.** Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza” .

28. Não há dúvida de que, no particular, houve não só uma mudança de terminologia, mas uma substancial modernização das regras legais aplicadas às empresas e ao empresariado. Atendeu-se à evolução tecnológica mas também à nova função atribuída à empresa, que passou a exercer importante função social.

29. De acordo com os princípios gerais que constam do Código Civil e conforme já previa a Lei nº 6.404, que rege as sociedades anônimas, tanto a empresa individual quanto a chamada sociedade empresária devem atender aos imperativos éticos e sociais.

30. Sendo a sociedade um contrato plurilateral, obedece ao disposto no art. 421 do Código Civil e sua sociabilidade significa tanto a democratização e a moralização do governo da empresa quanto a realização de uma conduta que deve corresponder aos superiores interesses do país e da sociedade.

31. Podemos afirmar, assim, que está ultrapassada uma fase do direito comercial que fazia prevalecer sempre a vontade e o interesse dos detentores do capital. Na nova fase, que se inicia com o Código Civil, institui-se uma verdadeira democracia

empresarial que deve corresponder à democracia política, vigorante em nosso país, substituindo-se o poder arbitrário do dono da empresa por um equilíbrio que deve passar a existir entre as diversas forças que cooperam para a realização das finalidades empresariais. Consolida-se, assim, uma nova conceituação da empresa como organização com fins lucrativos mas com estrutura e espírito de parceria entre todos aqueles que dela participam sob as formas mais diversas.

32. Podemos, pois, concluir, com MICHEL ALBERT, JEAN BOISSONNAT e MICHEL CAMDESSUS, reconhecendo que:

“... o legado mais temerário que o século XX deixou ao XXI é, nesse campo, a total incoerência entre um mercado cada vez mais globalizado e o imenso déficit do direito mundial, inclusive no que diz respeito aos direitos sociais. É esse déficit que deve ser combatido, notadamente pelo aprendizado do domínio desse processo histórico exclusivamente mecânico e fora do controle que é hoje a globalização”.⁶

**Publicado originalmente na Revista nº 23 jan./jun. 2006, p. 77.*

⁶ MICHEL ALBERT, JEAN BOISSONNAT e MICHEL CAMDESSUS, *Notre foi dans ce siècle*, Arléa, 2002, p. 121.

DIVÓRCIO CONSENSUAL E LITIGIOSO**

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA*

1 – Os provimentos legislativos

A luta pelo divórcio no Brasil, como aliás tem ocorrido em outros países, vem percorrendo rota marcada pela interferência de fatores diversos. De um lado, os seus defensores, entre os quais destaca-se o Senador Nelson Carneiro, que por mais de três décadas apresentou no Congresso projetos divorcistas que mantiveram acesa a polêmica. Em oposição, arremetiam-se os adversários, dentre os quais destacou-se pela combatividade o Deputado Padre Arruda Câmara, que publicou, em 1952, volumoso livro, sob a epígrafe *A Batalha do Divórcio*, e que é o testemunho de quanto as opiniões se radicalizavam, colocando os contendores em campos inimigos. Exemplo de como se desenhava a porfia é o fato de que o Brasil deixou de ter um Código Civil moderno, afinado com as idéias do tempo, enriquecido pelas inovações que o qualificariam como um valioso monumento representativo da evolução de nosso direito privado, sob o pretexto de que o “Projeto” elaborado pela Comissão composta de Orlando Gomes, Orozimbo Nonato e Caio Mario da Silva Pereira, e encaminhado ao Congresso em 1965, era divorcista, e por isso foi em má hora retirado. A par de argumentos de duvidosa consistência, a questão fora deformada pela penetração de um clima passional, alimentado simultaneamente pela Igreja Católica, pelos que se revelaram devotos da indissolubilidade do matrimônio, e por certo grupo que pretendia, combatendo o Projeto, abrigar-se sob o estandarte da defesa da tradição, da família e da propriedade.

Paralelamente a essas manifestações ocorridas nos ambientes restritos, e em atividades sob comando de organismos que se empenhavam particularmente nos resultados – pesquisas e inquéritos, promovidos em diversos segmentos da sociedade, e em várias regiões do País, – revelavam que este se inclinava pela mutação que viesse consagrar o princípio do rompimento do vínculo matrimonial, tendo em vista que não mais satisfazia à solução paliativa da dissolução da sociedade conjugal pelo desquite.

Neste modesto estudo, não pretendo fazer o histórico do divórcio, nem debater o problema dentro de um ângulo psicossociológico. Já não é mais hora de discutir se deve ou não ser indissolúvel o matrimônio. O que ora exponho e analiso é o instituto do divórcio frente ao direito positivo brasileiro. O objeto deste modesto estudo é enfocar o instituto do divórcio em face dos preceitos legais que o informam e disciplinam. Neste propósito, tenho presente a Emenda Constitucional n.º 9, de 29 de junho de 1977; a Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977; a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Com base nesses provimentos, que representam as suas fases típicas, desenvolvo o tema em termos sucintos como convém aos limites de uma palestra, submetido ao título que é item especificado deste Curso de Especialização.

* Professor emérito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), integrou a Consultoria-Geral da República e presidiu o Conselho Federal da OAB.

** Conferência proferida na OAB-Brasília em maio de 1989.

Divórcio Consensual e Divórcio Litigioso.

Não posso deixar sem referência a circunstância de que a aceitação do divórcio a *vínculo* não foi um gesto precipitado de nossa legislação. As discussões, as controvérsias e os esforços por sua implantação em nossa ordem jurídica revelam a exatidão do conceito emitido por *Lehmann*, segundo o qual um sistema jurídico somente aceita a tese da dissolução do casamento, quando está convencido de que este “não possa cumprir a missão que lhe incumbe, como célula da ordem social e estatal” (*Heinrich Lehmann, Derecho de Familia*, p. 236).

2 - Divórcio-Sanção e Divórcio-Remédio

Tal como ordenadas na sistemática civil, e desenvolvidas por numerosos autores, duas são as modalidades com que o instituto se apresenta. Numa delas, a norma legal tem em vista punir com a separação aquele dos cônjuges que falte aos seus deveres conjugais, infringindo as normas essenciais da vida em comum. Por esta via, o cônjuge inocente bate às portas da Justiça, articula o seu libelo, e o juiz, acolhendo-o, impõe ao culpado uma penalidade configurada na dissolução do vínculo matrimonial, com suas conseqüências de ordem pessoal ou econômica. Pela sua natureza procedimental, esse divórcio é necessariamente contencioso, pois será no desfecho do litígio que se profere o decreto dissolutório.

Na outra, a ordem jurídica tem em vista aquelas situações em que a vida conjugal já não passa de um arremedo do casamento, procurando os cônjuges, na sua dissolução, o remédio para o desequilíbrio doméstico, marcado de conflitos íntimos e discretos, pontilhado de desentendimentos, desencantado pelas frustrações. Em casos dessa sorte, quando a vida em comum transmudou-se em mágoas e desilusões, os cônjuges procuram, no divórcio como remédio, o rompimento do vínculo matrimonial, ensejando a cada um o refazimento de sua vida, quer por um novo casamento, quer simplesmente pela reconquista da liberdade (*cf.* sobre as duas modalidades “divórcio-sanção” e “divórcio-remédio”, *Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, Leçons de Droit Civil*, volume II, p. 1.333, e suas seqüências; *Yussef Said Cahali, Divórcio e Separação*, n.º 15; *Wilson de Andrade Brandão, Divórcio e Separação Judicial*, n.ºs 20 e 21; *Eduardo Espinola, A Família no Direito Civil Brasileiro*, n.º 112, nota 6; *Alípio Silveira, O Divórcio*, p. 109).

No conceito, ainda, de divórcio-remédio, é de se colocar a circunstância verdadeiramente dramática, em que enfermidade mental prolongada e sem esperanças aconselha o fim do casamento, posto que penoso, como solução para o enfermo e tranqüilidade para o lar.

O Direito Brasileiro abraça as duas soluções, ou os dois fundamentos genéricos, para a dissolução da sociedade conjugal. Já antes da instituição do divórcio, o desquite compreendia-as ambas: como *sanção* para o cônjuge adúltero, ou para o que submetesse o outro a sevícias, ou cometesse injúria grave, ou abandonasse o lar conjugal por dois anos; em tais casos, cabia ao juiz apurar a comprovação da falta, decretando a dissolução da sociedade conjugal como punição, posto subsistisse o vínculo matrimonial. Como *remédio*, reconhecia o Código Civil o desquite por mútuo consentimento, a que recorriam os cônjuges quando se convenciam da falência da vida em comum, buscando a dissolução da sociedade conjugal, sem revelarem os motivos que os levavam a essa solução, freqüentemente ocultando as feridas profundas

causadas pelo desencanto, mas suportadas por uma atitude de natural recato, a fim de que os filhos, parentes e amigos não tomassem conhecimento do drama interior de cada um. Presentes estão, portanto, as duas modalidades, de sanção e remédio, no Código Civil, no Projeto 634-B, de 1975, na Lei n.º 6.515, de 1977.

3 – Divórcio litigioso

Aprovada a Emenda Constitucional n.º 9, de 29 de junho de 1977, que aboliu do nosso Direito o princípio da indissolubilidade do matrimônio, apressou-se o Congresso Nacional em aprovar a Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que cogitou simultaneamente da separação judicial e do divórcio. É aí que vai assentar o instituto do divórcio *litigioso*, que se regulamentou paralelamente ao *consensual*, sob modalidade que pelas peculiaridades que assumiu foi cognominado “divórcio à brasileira”.

A Lei n.º 6.515/77, no artigo 40, abre as perspectivas ao *divórcio litigioso*, que poderá ser promovido com observância dos pressupostos ou requisitos que passo a examinar.

3.1 – Separação preexistente

O Legislador de 1977 teve em mira, fundamentalmente, a situação dos casais já anteriormente separados regularmente, cogitando da conversão do desquite ou separação judicial em divórcio. Manifestando uma certa timidez, adentrou no processo de divórcio de forma a bem dizer *transaccional*, nem recusando, nem concedendo abertamente.

O primeiro pressuposto da ação de divórcio ocorreria, então, no caso de *separação de fato*, com início anterior à data da Emenda Constitucional n.º 9, ou seja, anterior a 28 de junho de 1977. A *legitimatío ad causam* não era o fato só da separação de fato anterior. A petição haveria de alegar a existência de separação de fato, por prazo não menor de cinco (5) anos, porém iniciado anteriormente a 28 de junho de 1977. Não havia mister houvesse o quinquênio decorrido todo antes dessa data; bastaria que tivesse início antes, mesmo que se viesse a completar depois.

O primeiro pressuposto da ação ficou explicitamente positivado: o *decorso do prazo*.

Situa-se aí a primeira alteração trazida pela Constituição de 1988. Não abriu ela ensanchas ao pedido aberto e incondicional; vinculou-o também ao requisito do tempo, que desdobrou em duas hipóteses:

a) para os casais judicialmente separados, um ano; nesta hipótese, dar-se-á a prova de ter corrido processo de separação judicial e que esta já conte um ano de homologada;

b) em não havendo separação judicial, é admitido o pedido após prévia *separação de fato por dois anos*.

Aqui reside a grande inovação constitucional. Desprezou o Constituinte de 1988 a circunstância do início do prazo. O que prevalecia, neste ponto, para a Lei n.º 6.515/77, era o termo inicial da separação anterior a 28 de junho de 1977. Para o artigo 226, § 6.º, da Constituição conta-se o prazo do fato em si, seja da separação judicial (um ano), seja da separação de fato (dois anos). Trata-se aí de um elemento básico, sem o qual a ação não pode prosperar, muito embora, na hipótese da separação de fato, seja lícita a produção da prova no curso do processo.

Estabelecido, pois, que o casal já se acha separado pelo tempo previsto, caberá a apuração da *causa petendi*. E esta, na conformidade do disposto no artigo 40 da Lei n.º 6.515/77, há de ser a que, nos termos da mesma Lei, justifica a separação contenciosa, *ut* artigo 5.º.

3.2 – *Conduta desonrosa*

Diversamente do que ocorria com o desquite litigioso previsto no Código Civil, fundado em adultério, sevícia, injúria grave, abandono do lar por dois anos, a Lei do Divórcio preferiu o enunciado de motivações mais genéricas, tal como ocorreu no Direito Português, que assim procedeu com a Lei de 1977.

A primeira é a *conduta desonrosa*, que não tem paradigma legal determinado. Conceito de certo modo elástico, será objeto de construção pela jurisprudência dos tribunais. Nele entra certa dose de subjetivismo, permitindo, contudo, a apreciação física ou moral de convivência. Aí cabe a prática do adultério, o cometimento de atos degradantes capazes de carrear menosprezo social, como vícios, lenocínio, homossexualismo, embriaguez constante, uso de tóxicos, delitos sexuais mesmo sem condenação criminal. O que é fundamental será menos a comprovação objetiva do fato do que a apreciação dos motivos em subordinação a dois fatores; a sensibilidade do juiz, repousando no seu *arbitrium boni viri*, e as condições sociais dos litigantes.

No final do preceito, a Lei oferece um elemento orientador ao juiz: o que fundamenta, neste caso, o divórcio, é a conduta desonrosa que, por suas características, torne *insuportável a vida em comum*.

3.3 – *Violação dos deveres do casamento*

Também aqui o Legislador se manteve no plano dos conceitos genéricos, apontando como *causa dissolutionis* a violação dos deveres do casamento, permitindo reportar-se ao que o Código Civil arrola como “deveres de ambos os cônjuges”: fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio do casal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos (Código Civil, art. 231). A infração de qualquer deles implica violação dos deveres do casamento. O direito francês, em preceito análogo, alude à “*violação grave e renovada (violation grave et renouvelée)* dos deveres e obrigações resultantes do casamento” (cf. *Jean Carbonnier, Droit Civil*, vol. 2, n.º 41, p. 119). Pela nossa Lei, não há mister a reiteração. Mas a gravidade é aferida pelo apêndice do artigo: *tornando insuportável a vida em comum*.

Posto que se não refira, especificamente, aos fatos concretos da violação, cabe situá-los em correlação com os motivos fundamentais do desquite, embora o Legislador haja desprezado esta denominação tradicional, dando preferência à estouta mais sofisticada: *separação judicial*.

Pela colocação dos fatos, a mais grave das violações seria o *adultério*, como atentado ao que o Legislador de 1916 colocou no primeiro plano dos deveres comuns.

Assentado que o conceito, em termos de doutrina pacífica, é comum a ambos os cônjuges, a doutrina considera que incide em adultério o cônjuge que pratica comércio sexual com pessoa de outro sexo. Não importa se repetidamente ou só por uma vez (*Cunha Gonçalves, Direitos de Família e Direitos de Sucessão*, p. 94). No conceito

de adultério insere-se o ato sexual consumado (*De Page, Traité Élémentaire*, vol. I, n.º 859; *Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, Leçons de Droit Civil*, vol. I, n.º 1.424), a que *Pontes de Miranda* acrescenta, mesmo que por processo artificial ou contra a natureza. É mister, portanto, ocorra o ato sexual, não o constituindo o namoro, as cartas de amor, os encontros furtivos, ou outras manifestações afetivas, que *Carbonnier* qualifica como constituindo *infidelidade moral*, a qual não caracteriza o *adultério*, mas que se qualifica como um *comportamento injurioso* (*obra citada*, n.º 20, p. 65).

O dever de *mútua assistência* abrange não apenas a *assistência material*, como também o plano *moral*. Viola-o a *injúria* grave, que, se não identifica com a figura criminal do mesmo nome, mas que a doutrina e a jurisprudência nela qualificam as palavras e gestos ultrajantes, a ofensa à respeitabilidade (*Beviláqua, Direito de Família*, § 60), a transmissão de moléstia venérea, a imputação falsa de adultério (*Moura Bittencourt*), as práticas homossexuais (*De Page, ob. cit.*, n.º 869). Genericamente, o dever de mútua assistência compreende o comportamento gravoso à honra e boa fama do outro cônjuge, a criação de condições vexatórias e humilhantes no meio social e no ambiente familiar; pode-se ainda inserir como desrespeito ao outro cônjuge a prática da inseminação artificial, na inciência ou contra a vontade do outro cônjuge.

Na mesma linha de violação dos deveres conjugais, insere-se o comportamento anormal em relação aos filhos, negando-lhes o devido sustento, faltando ao dever de guardá-los e protegê-los, recusando as condições de educação compatíveis com a situação econômica e social da família; ou castigando-os imoderadamente.

3.4 – Ruptura da vida em comum

Segundo o disposto no artigo 5.º § 1.º da Lei 6.515/77, cabe separação judicial, e, conseqüentemente ação de *divórcio litigioso*, se um dos cônjuges provar a *ruptura da vida em comum* há mais de cinco anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.

Logo de plano, convém assinalar que se não trata do “abandono do lar conjugal”, que o artigo 315, alínea IV, do Código Civil inseria como fundamento do desquite contencioso. Não se requer, nesta hipótese prevista na Lei do Divórcio, o fato material de abandono. Alude a Lei ao comportamento do cônjuge que representa o rompimento da vida em comum. Trata-se de requisito de dupla apuração: a) *material*, advindo de circunstâncias traduzidas como elemento probatório; b) *imaterial* ou *psíquico*, de aferição subjetiva do juiz. Não é qualquer ruptura da vida em comum, porém aquela que, sendo contínua (cinco anos consecutivos), impossibilite a reconstituição da vida conjugal. Ausências intermitentes, como convivência desrespeitosa, podem abranger a idéia de “ruptura”. Não vai tão longe como o Direito Germânico que impõe o divórcio em decorrência da separação. A “ruptura da vida em comum” pode ocorrer mesmo sem a separação física. Não obstante a convivência sob o mesmo teto, o clima psicológico, os maus tratos, as agressões, a desassistência podem importar “rompimento” justificativo do divórcio.

Ao dizer que o elemento *imaterial* ou *psíquico* é de aferição subjetiva do juiz, tenho em vista a apuração de circunstâncias que autorizem concluir que o ambiente conjugal normal (*quod plerunque fit*) deixou de existir. Por alguma causa, somente conhecida dos cônjuges, ou destes e de terceiros circunscritos ao círculo restrito de parentes e amigos mais chegados, foi destruída a comunidade de vida, sem que o cônjuge inocente pudesse ou quisesse intentar a ação de separação. São situações que

a jurisprudência muitas vezes enfrentou no regime do Código Civil, sem que pudesse remediar, recorrendo muita vez à ampliação do conceito de injúria grave, retratada no comportamento do cônjuge, embora inexistisse a ofensa direta, a palavra agressiva.

Cumprido ao julgador encarar tais alegações com cautela. Muitas vezes o afastamento material é devido a circunstâncias justificáveis, como o exercício de atividade profissional ou funcional; ou a procura de melhores condições de vida; o tratamento de saúde. Pode ocorrer que as incompatibilidades domésticas, prolongadas, caracterizem a “ruptura” da vida em comum, não obstante a convivência na mesma casa. No enquadramento deste motivo, pode-se considerar o que a jurisprudência norte-americana denomina “tortura moral”.

Para que a “ruptura” se erija em causa de divórcio é necessário se prolongue por todo um quinquênio. Assim estatuinto, o Legislador de 1977 quis evitar a precipitação advinda de desentendimento sem profundidade. E criou outro fator de aferição ainda mais difícil, que será a “impossibilidade de reconstituição da vida em comum”, a ser cautelosamente interpretada, para que se não converta em óbice intransponível, ou reversamente em porta aberta ao divórcio por pretextos fúteis.

O que deve nortear o juiz, quer na hipótese de “violação de deveres conjugais”, quer nesta outra de “ruptura da vida em comum”, é que os fatos alegados, conforme observa *Carbonnier*, tornem intolerável a manutenção do vínculo conjugal. É preciso, acrescenta ele, que “a vida em comum tenha-se tornado indiscutivelmente, irremediavelmente insuportável, mas por outro lado, é bastante que “não possa ela ser humanamente, razoavelmente imposta: o direito não impõe o heroísmo – *le droit n'impose pas l'héroïsme*” (*Jean Carbonnier*, vol. cit., n.º 41, p. 125).

3.5 – *Moléstia mental*

Inovação introduzida pela Lei do Divórcio, para a separação judicial, e *ipso facto* para o divórcio litigioso, é o acometimento de *moléstia mental grave*.

Embora seja, quase sempre, característica de *divórcio-remédio*, ocupa lugar de destaque no processo litigioso, porque deverá ser argüida por um dos cônjuges, e provada no curso do processo.

A Lei menciona os requisitos desta *causa separationis*:

a) A primeira é tratar-se de doença mental *grave*. A gravidade será comprovada por atestação médica, com que o autor instruirá o pedido. E, dadas as circunstâncias, poderá o juiz determinar exame pericial por especialista de sua confiança, tanto mais conveniente quanto certo que a apreciação de quadros clínicos dessa natureza são muitas vezes polêmicos.

O outro aspecto a considerar é que a Lei fala em doença “mental”. Entendo eu que este conceito pode ser entendido em termos mais amplos, compreendendo enfermidade de etiologia diversa, mas que se possa transformar em comprometimento da sanidade mental.

b) O segundo requisito estará no fato de seu *surgimento*. A Lei fala em doença que se manifeste “após o casamento”. O que sobreleva é que a sintomatologia seja na pendência do casamento, embora a doença preexistia a ele. Se já antes se detectavam os sintomas, e, conhecendo-os, ainda assim casou-se, o cônjuge sadio tem o dever de

suportá-lo. Reversamente, se a moléstia preexistia recessiva, e patenteou-se após o casamento, tem cabida o divórcio.

c) Em terceiro lugar, a doença há de ser de “cura improvável”. A Lei não fala em moléstia incurável, pois que se trataria de prognóstico discutível, especialmente em face do constante e controvertido anúncio de cura de moléstias muitas vezes dadas como fatais. Para a aferição deste item, a Lei dá o prazo de cinco anos. Se dentro nele a *probabilidade de cura* se não apresentar, caberá a separação ou o divórcio.

d) Em último lugar, acrescenta a Lei a “impossibilidade de continuação da vida em comum”. Não se especifica qual o tipo de impossibilidade e como se caracteriza: pode ser psíquica, pode ser moral, pode ser física, pode mesmo ser econômica. Tudo depende das circunstâncias.

3.6 - *Improcedência do pedido*

Mesmo que os motivos sejam justificáveis e comprovados – poderá, contudo, o juiz, nos casos de “ruptura da vida em comum” e de acometimento de “moléstia grave”, denegar a separação ou o divórcio. Neste sentido, a Lei o investe de certo poder discricionário, se a decretação da medida possa vir a agravar as condições pessoais ou a doença do outro cônjuge, ou, mesmo, determinar, em qualquer caso, conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores (Lei n.º 6.515, art. 6.º).

Encontrando provados os fatos essenciais do libelo, o juiz deve julgar procedente a ação – *secundum allegata et probata index iudicare debet*. Para que sentencie em contrário, terá de fundamentar devidamente, de tal modo que a conclusão da sentença decorra naturalmente dos motivos que desaconselham a separação ou o divórcio.

4 - *Divórcio consensual*

Na mesma linha da “separação por mútuo consentimento” o sistema legal brasileiro admite o *divórcio consensual*, devendo ser consideradas situações especiais.

4.1 - *Conversão*

A Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, admitia o *divórcio não litigioso*, sob a forma de *conversão* da separação em divórcio (art. 25).

Estabelecia como exigência:

a) ocorrência de separação judicial há mais de três anos, contada da data da decisão homologatória ou da que concedeu a medida cautelar correspondente;

b) o pedido de conversão poderia ser formulado por ambos os cônjuges, ou por qualquer deles (caso em que assumiria cunho contencioso), e apensado aos autos da separação judicial (art. 35 e seu parágrafo) salvo no caso da mulher desquitada ter domicílio diverso daquele em que se julgou o desquite (Lei n.º 6.515, art. 48);

c) prova de terem sido cumpridas as obrigações assumidas no processo de separação (art. 36, n.º II).

4.2 - Divórcio consensual direto

Na vigência ainda da Lei n.º 6.515/77 admitia-se o *divórcio direto* independentemente do processo de conversão. Para sua decretação, haver-se-iam de reunir certos requisitos:

a) *separação de fato* com início anterior a 28 de junho de 1977, por tempo de duração não inferior a cinco anos, embora não fosse mister o decurso do quinquênio anterior à Emenda Constitucional n.º 9; bastaria o início, posto que completada posteriormente;

b) ajuizamento da ação de divórcio, com a comprovação do tempo de separação e a sua causa, após três anos;

c) observância dos trâmites processuais previstos nos artigos 1.520 a 1.524 do Código de Processo Civil.

4.3 - Reforma Constitucional

A Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, introduziu reforma substancial no instituto do divórcio, como já o declarei.

Em dispositivo de cunho genérico, estabeleceu que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos (art. 226, § 6.º).

Sem fazer distinção entre divórcio litigioso e consensual, entende-se que franqueou aos casais separados judicialmente há mais de um ano, ou de fato há mais de dois, postularem consensualmente a dissolução do casamento.

Não havendo lei especial que o discipline, admite-se (e assim tem ocorrido) que o pedido de divórcio consensual, com a prova dos requisitos acima, obedece ao mesmo rito procedimental adotado para o processo de conversão da Lei n.º 6.515/77.

Apurados que sejam esses requisitos, proferir-se-á sentença dissolvendo o casamento, e decretando o divórcio, com os efeitos a este atribuídos.

5 - Legitimação

A *legitimatío ativa* para a ação de divórcio (como de separação) é dos cônjuges. Sendo litigioso, *qualquer* dos cônjuges; sendo amigável, cabe *aos cônjuges* em petição conjunta.

A petição será subscrita também por advogado, e, quando os cônjuges não a assinarem na presença do juiz, terá as firmas reconhecidas (Lei n.º 6.515, art. 34, § 3.º).

Se os cônjuges não puderem ou não souberem assinar, é lícito que outrem o faça a seu rogo (art. 34, § 2.º).

O Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto 634-B) estabelece no artigo 1.586, parágrafo único, a hipótese de incapacidade, caso em que, para propor a ação ou para defender-se, “poderá fazê-lo o ascendente, curador ou irmão”.

Evidentemente, esta legitimação excepcional somente tem cabimento no divórcio litigioso.

6 - Reedição do pedido

A Lei n.º 6.515/77 dispunha no artigo 38 que “o divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez”.

Eu sempre me insurgi contra esta restrição, por duas ordens de razões.

A primeira é que a Emenda Constitucional n.º 9 não continha a exceção, e, desta sorte, estaria a lei ordinária restringindo um direito (de divorciar) onde a Constituição não restringia.

A segunda, porque poderia gerar uma situação esdrúxula: convolvando um divorciado novas núpcias com pessoa não divorciada, aquele não poderia “formular” o pedido uma segunda vez, enquanto que o não divorciado teria a faculdade de pleiteá-lo, porque não estaria reeditando o pedido.

Em face da Constituição de 1988, não mais subsiste a regra do artigo 38 da Lei n.º 6.515. Eu sustento que a entrada em vigor de nova Constituição “não revoga” a lei preexistente que lhe seja contrária. O que ocorre é que, sendo a Constituição o suporte da Lei, esta perde a eficácia, em havendo norma constitucional que lhe seja contrária.

Dizendo a Constituição de 1988 que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer qualificativo, é de se entender que a regra se estende a todo casamento, seja este celebrado entre *solutus et soluta*, ou entre um solteiro (ou solteira) e uma divorciada (ou divorciado).

7 - Coisa julgada

A sentença de divórcio (litigioso ou consensual) é dotada dos efeitos de *res iudicata*. Dá origem a um estado civil, e se diz, portanto, constitutiva. Não obstante este caráter, é dotada de execução (*Alcides de Mendonça Lima, Humberto Theodoro Junior*), para entrega, a cada um dos cônjuges, daquilo que em partilha lhe couber (*Pontes de Miranda, Lopes da Costa, Yussef Said Cahall*), como no tocante às obrigações contraídas para com os filhos.

Isto não obstante, é lícito a todo tempo ser revista para modificar o que for deliberado ou acordado em relação aos filhos, e bem assim quanto à pensão.

Denegado por um certo fundamento, pode contudo ser renovado o pedido por fundamento diverso, ou se o fato ocorrer novamente, sem que ao demandado caiba a alegação da *exceptio rei iudicatae* (*Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud*, vol. citado, n.º 1.440).

8 - Reconciliação

Ao contrário da sentença proferida em separação judicial, que não impede a reconciliação dos cônjuges, mediante procedimento sumário (ressalvados os direitos de terceiros) tal como dispõe o Código Civil (art. 323) ou a Lei n.º 6.515/77 (art. 46) – o mesmo não ocorre com a sentença de divórcio. Proferida ela, e passada em julgado, se os ex-cônjuges quiserem restabelecer a sociedade conjugal, somente poderão fazê-lo mediante novo casamento (Lei n.º 6.515, art. 33).

**Publicado originalmente na Revista nº 29 jan./jun. 1989, p. 34.*

“A LEI ITALIANA SOBRE A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO CIVIL OU CESSAÇÃO DOS EFEITOS CIVIS DO CASAMENTO RELIGIOSO”.

EUGENIO DE VASCONCELOS SIGAUD GIUSEPPE CASSARÁ*

O problema da dissolução do casamento não é novo. O direito romano previa a dissolução do matrimônio quando o comportamento de um dos cônjuges fosse incompatível com a vida conjugal.

Embora os cônjuges tivessem a faculdade de divorciar-se na velha sociedade romana, o instituto foi usado com discreção; nos últimos tempos da república, porém, ocorreu um verdadeiro abuso. Com Augusto houve uma reforma da lei, disciplinando as causas do divórcio. Constantino determinou a punição do cônjuge que se divorciasse sem “justa causa” e Teodósio fixou o termo de cinco (5) anos para que os divorciados pudessem contrair novas núpcias. Justiniano, por sua vez, aboliu o divórcio por mútuo consenso, revogando as disposições anteriores, as quais, todavia, foram revigoradas por Giustino logo após a morte daquele.

Na Idade Média poucos foram os soberanos que se opuseram ao domínio religioso da Igreja no campo matrimonial. Carlos III, de Bourbon (1775) foi um dos raros que reivindicou para a Magistratura civil o poder de dissolução do casamento, sendo o “matrimônio um contrato”.

Terminada a Idade Média, o divórcio é encontrado em Roma, mas exclusivamente no caráter consensual do instituto, posto que não havia um sistema unitário de leis.

Somente após a revolução francesa surgiram novas leis sobre o estado civil que permitiam novas núpcias logo após a obtenção da sentença de divórcio. Estas leis vigoraram em 1808 nos Estados italianos do Piemonte, Liguria, Emilia e no Reino de Nápoles.

Após a queda de Napoleão, restabeleceu-se o predomínio da concessão eclesiástica sobre o matrimônio e distinguindo-se o casamento civil do religioso voltou a imperar o princípio da indissolubilidade do vínculo.

Vários foram os projetos de lei apresentados ao Parlamento italiano para introduzir o divórcio ou a dissolução do casamento, entre estes os projetos de Salvatore Morelli (1878) de Bernini e Borciani (1901), de Comandini (1914), de Lazari e Marangoni (1920) e do grande jurista Enrico Ferri.

Após o fascismo, durante o qual a situação se agravava com a assinatura do Tratado com o Vaticano em 1929, o deputado Sansone apresentou o primeiro projeto sobre o divórcio, que não chegou a ser apreciado.

Finalmente, o último projeto de lei apresentado pelos Deputados Fortuna e Baslini, foi aprovado, transformando-se na Lei 898, de 1 de Dezembro de 1970.

A palavra “divórcio” tem sido impropriamente usada para indicar a lei aprovada na Itália em 1970 (Lei 898, de 1 de dezembro de 1970) pelo Parlamento, que dispõe sobre a “dissolução do casamento civil” e sobre a “cessação dos efeitos civis” do casamento religioso.

* Vice-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro.

A Lei 898 foi submetida a plebiscito popular e aprovada em 12 de maio de 1974.

Não guarda a lei qualquer traço comum com outras disposições legais sobre o divórcio existente em tantos outros países e que por sua incompreensão de instituição tão importante como é o casamento, dão a impressão de instrumentos destinados a destruir as bases do matrimônio.

O divórcio, de fato, dando a um dos cônjuges a possibilidade de libertar-se do outro, é, na realidade, um meio de destruição da família. A lei italiana, ao revés, com suas normas que prevêm a defesa da família, dos filhos e dos próprios cônjuges, é aplicável somente quando o casamento “não existe mais” e não se verifica qualquer possibilidade, nem mesmo remota, dos cônjuges restabelecerem a vida em comum.

Diversamente, o “divórcio” tal como existe na maioria das legislações que o acolhem, opera com rapidez e contra a vontade de uma das partes, relegando a segundo plano o interesse da prole. As razões invocadas como justificativas ou motivos para o divórcio, na maioria dos casos, são as mais banais e as provas em juízo são, muitas vezes, forjadas de comum acordo entre os próprios cônjuges. Pode-se dizer, em suma, que é possível obter-se o divórcio em casos que a sociedade conjugal poderia recompor-se ou, simplesmente, não ser destruída pela vontade ou capricho de um dos cônjuges.

O legislador italiano, exatamente, procurou evitar tais erros, posto que somente poderá ser a lei nova invocada, ou aplicada para *sancionar*, ou reconhecer legalmente uma situação que, na realidade, já existe, e para defender e proteger os interesses morais e materiais dos filhos.

A dissolução do matrimônio nos termos da lei italiana põe fim às principais conseqüências que ainda se encontram nos poucos países onde vige a “indissolubilidade do vínculo”: altíssima percentual de coabitações irregulares, relações adúlteras, filhos adúlteros, filhos abandonados, abortos, traumas e complexos dos filhos em virtude de sua origem irregular, ou adúltera.

Feito este breve esboço, passemos ao exame da Lei Italiana 898, de 1970, ratificada em plebiscito popular em 12 de maio de 1974:

ARTIGO 1.º

O juiz decreta a dissolução do casamento contraído segundo o Código Civil, quando, tentada inutilmente a conciliação de que trata o art. 4.º seguinte, conclui que a comunhão espiritual e material entre os cônjuges não pode ser mantida ou restabelecida pela existência de uma das causas prevista no art. 3.º.

O artigo 1.º dispõe sobre a decretação da dissolução do casamento civil, quando resulta inútil a tentativa de conciliação de que cogita o artigo 4.º, a seguir, e o Juiz conclui pela impossibilidade de ser mantida ou restabelecida a comunhão espiritual e material entre os cônjuges pela existência de uma das causas previstas no artigo 3.º.

Não basta, assim, a impossibilidade da vida em comum por incompatibilidade de gênios ou temperamentos, exigindo o legislador a configuração de um dos motivos especificados no art. 3.º.

A lei é, assim, taxativa quanto aos motivos que ensejam a dissolução do casamento civil, não admitindo outros que não os que expressamente contém.

ARTIGO 2.º

Nos casos em que o casamento tenha sido celebrado com rito religioso e regularmente inscrito, o juiz, quando, tentada inutilmente a conciliação de que trata o art. 4.º, constata que a comunhão espiritual e material entre os cônjuges não pode ser mantida ou restabelecida pela existência de uma das causas previstas no art. 3.º, decreta a cessação dos efeitos civis decorrentes da inscrição do casamento.

No art. 2.º, o legislador cogita da cessação dos efeitos civis do casamento religioso, que denomina de “concordatário”.

Casamento “concordatário” significa o casamento celebrado na Igreja e regularmente inscrito no registro civil das pessoas naturais do Estado em razão do Tratado firmado com o Vaticano em 1929, matrimônio, pois, que tem um duplo valor, religioso e civil.

No matrimônio concordatário, igualmente ao casamento civil como previsto no art. 1.º, o juiz verificando a inutilidade da tentativa de conciliação e a impossibilidade de ser mantida ou restabelecida a comunhão espiritual e material entre os cônjuges, em virtude da existência de uma das causas previstas no art. 3.º da lei, decreta a cessação dos efeitos civis do matrimônio.

A decisão do juiz, pois, atinge, apenas, os efeitos civis do casamento religioso regularmente inscrito e não a sua dissolução, matéria afeta à autoridade eclesiástica. Assim, inválido o matrimônio frente ao Estado pela cessação dos seus efeitos civis, continua válido frente à Igreja, posto que a decisão judicial não atinge o casamento como sacramento, mas simplesmente seus efeitos na vida civil.

ARTIGO 3.º

A dissolução ou a cessação dos efeitos civis do casamento pode ser requerida por qualquer dos cônjuges:

1) quando, após a celebração do casamento, o outro cônjuge for condenado, por sentença passada em julgado, mesmo por fato cometido anteriormente:

(a) – prisão perpétua ou prisão superior a quinze (15) anos, e, ainda, por outras sentenças, por um ou vários delitos dolosos, excluídos os crimes políticos e aqueles cometidos por motivo de relevante valor moral e social;

(b) – a qualquer pena detentiva pelo delito de que trata o art. 564 do Código Penal e pelos delitos previstos nos arts. 519, 521, 523 e 524 do mesmo Código, praticados contra descendentes, ou filho adotivo, bem como por induzimento, ou coação sobre o cônjuge ou filho, inclusive adotivo, à prostituição, ou o favorecimento ou vantagem auferida da prostituição de um descendente ou filho adotivo;

(c) - a qualquer pena por homicídio voluntário de um descendente ou filho adotivo, ou tentativa de homicídio contra o cônjuge, descendente ou filho adotivo;

(d) - a qualquer pena detentiva, com duas ou mais condenações, pelo crime de que trata o art. 582, quando ocorrentes as circunstâncias agravantes referidas no item 2.º do art. 583 e arts. 570, 572 e 643 do Código Penal, contra cônjuge, ou filho adotivo. Nas hipóteses previstas na letra “d”, o juiz competente para decretar a dissolução ou a cessação dos efeitos civis do casamento declara, também, tendo em vista o comportamento subsequente do réu, sua inidoneidade para manter ou restabelecer a convivência familiar. Em todas as hipóteses previstas no item 1 deste artigo, a ação não poderá ser proposta pelo cônjuge que tenha sido condenado como co-autor do crime, ou quando a convivência conjugal tenha sido retomada.

2) nos casos em que:

(a) - o outro cônjuge tenha sido absolvido por doença mental de um dos crimes previstos nas letras “b” e “c” do item 1 do presente artigo quando o juiz competente para decretar a dissolução, ou cessação dos efeitos civis do casamento conclui pela inidoneidade do réu para manter ou restabelecer a convivência familiar;

(b) - tenha sido concedida por sentença passado em julgado a separação judicial dos cônjuges, ou tenha sido homologada a separação consensual, ou existir a separação de fato quando verificada pelo menos dois anos antes da vigência da presente lei;

Em todos estes casos, para a propositura da ação de dissolução ou cessação dos efeitos civis do casamento, as separações deverão contar pelo menos cinco anos ininterruptos anteriores ao comparecimento dos cônjuges perante o Presidente do Tribunal no procedimento de separação pessoal; nas separações de fato iniciadas na forma acima estabelecida, os cinco anos consideram-se decorridos a partir da cessação efetiva da convivência.

Quando se verifique oposição do cônjuge réu, os prazos acima são elevados:

– para sete anos, no caso de separação decretada por culpa exclusiva do autor;

– para seis anos, no caso de separação consensual homologada em data anterior à vigência da presente lei, ou separação de fato;

(c) - o procedimento penal iniciado pelos delitos previstos nas letras “b” e “c” do item 1 do presente artigo encerrado por sentença que julgue extinta a punibilidade, quando o juiz competente para julgar a dissolução ou cessação dos efeitos civis do casamento considera que nos fatos praticados subsistem os elementos constitutivos e as condições de punibilidade dos delitos;

(d) - quando o procedimento penal por incesto encerrar-se por sentença de impronúncia, ou absolvição que declare não punível o fato por falta de escândalo público;

(e) – o outro cônjuge, cidadão estrangeiro, tenha obtido no exterior a anulação ou dissolução do casamento, ou tenha contraído no exterior novo matrimônio;

(f) – o casamento não se tenha consumado.

A lei é taxativa no art. 3.º estabelecendo os motivos que permitem o pedido de dissolução, ou cessação dos efeitos civis do casamento, os quais divide em dois grupos: o primeiro, constante do item 1, alíneas “a” a “d”; o segundo, constantes do item 2, alíneas “a” a “f”.

Assim, é possível a propositura da ação de dissolução ou cessação dos efeitos civis do casamento: (1) quando o marido ou a mulher tenha sido condenado em processo por crime comum cometido antes ou depois do casamento (excluídos os crimes políticos e aqueles comuns cometidos por motivo de relevante valor moral ou social) à prisão perpétua, ou pena detentiva superior a quinze (15) anos; (2) quando qualquer dos cônjuges tenha cometido incesto, ou mantido relação sexual com ascendente, irmão ou irmã, filho ou filha; (3) quando tenha cometido estupro, ou mediante rapto tenha constrangido menor a relações sexuais ou atos libidinosos; (4) quando tenha induzido o outro cônjuge, ou filha adotiva, à prostituição, ou tenha favorecido ou auferido vantagem da prostituição de um descendente ou filha adotiva; (5) quando tenha sido condenado a qualquer pena por homicídio voluntário, ou tentativa de homicídio voluntário contra descendente ou filho adotivo; (6) quando condenado a qualquer pena pelo crime de abandono material e moral contra a família; (7) quando condenado a qualquer pena pelo crime de lesões corporais graves (arts. 582, 583 do Código Penal It.), cometido contra o outro cônjuge, descendente ou filho adotivo. Estes os motivos tipificados no item 1, do art. 3.º.

No item 2, letras “a” a “f” o legislador prevê como motivos justificadores do pedido de dissolução ou cessação dos efeitos civis do casamento: (a) – quando absolvido o cônjuge de um dos crimes previstos no item 1 em virtude de doença mental, o juiz conclua que subsiste a inidoneidade ou incapacidade do réu para manter ou restabelecer a convivência familiar; (b) – quando tenha sido concedida a separação judicial dos cônjuges por sentença passada em julgado, ou tenha sido homologada a separação consensual, ou existir separações de fato verificada pelo menos dois antes da vigência da lei. Nestes casos, a ação somente será possível se tais separações contarem pelo menos cinco (5) anos ininterruptos anteriormente ao comparecimento dos cônjuges ao Tribunal, no procedimento de separação pessoal; nas separações de fato, os cinco anos decorrem a partir da cessação efetiva da coabitação.

Tais prazos são elevados quando há oposição do cônjuge réu: (1) para sete (7) anos no caso de separação decretada por culpa do autor; (2) para seis (6) anos no caso de separação consensual referida ou separação de fato.

Ainda, no elenco de motivos para a dissolução ou cessação dos efeitos civis do casamento, alinha o legislador neste item 2: (c) – quando embora declarada extinta a punibilidade nos processos instaurados por qualquer dos crimes de que trata o item 1, o juiz conclui que nos fatos praticados subsistem os elementos constitutivos e as condições de punibilidade dos mesmos delitos; (d) – quando o processo pelo crime de incesto encerrar-se por sentença de impronúncia ou absolvição que declare o fato não punível por falta de escândalo público; (e) – quando o outro cônjuge sendo cidadão estrangeiro tenha obtido no exterior a anulação ou dissolução do casamento, ou tenha contraído novas núpcias; (f) – o casamento não se tenha consumado.

É importante sublinhar, ainda aqui, que o legislador procurando dificultar ou restringir os motivos para a propositura da ação, exclui a possibilidade da sua propositura por qualquer dos crimes previstos no item 1, quando o outro cônjuge tenha sido condenado como co-autor, ou a convivência conjugal tenha sido restabelecida após a condenação do culpado.

ARTIGO 4.º

A ação para obter a dissolução ou a cessação dos efeitos civis do casamento conterà a exposição dos fatos em que se funda, e será proposta no juízo em que os cônjuges estabeleceram residência, ou no caso de domicílio incerto ou no estrangeiro, no foro do domicílio do autor. Do pedido, o escrivão dará comunicação ao cartório do registro civil do lugar onde foi realizado o casamento, para averbação à margem do termo.

No pedido deve ser indicada a existência de filhos legítimos, legitimados ou adotados pelos cônjuges durante o casamento.

O Presidente do Tribunal determinará a data do comparecimento dos cônjuges e o prazo para notificação do pedido e do despacho, nomeando um curador especial quando o réu é doente mental, ou legalmente incapaz.

Os cônjuges deverão comparecer perante o presidente do tribunal pessoalmente, salvo impedimento por relevantes e comprovados motivos. O Presidente deve ouvir os cônjuges, em primeiro lugar separadamente e depois conjuntamente, tentando conciliá-los. Se os cônjuges se reconciliam, ou, ainda, se o cônjuge autor declara que não quer prosseguir na ação, o Presidente faz tomar por termo a conciliação ou a declaração de desistência da ação. Se o cônjuge réu não comparece, ou se não há conciliação, o Presidente, ouvidos, se entende oportuno, os filhos menores, determina, de ofício, os alimentos provisórios e urgentes, que considera necessários no interesse da prole e do outro cônjuge, encaminha o processo ao juiz instrutor que designar e determina o dia da audiência de comparecimento das partes perante este. A determinação do presidente poderá ser revogada ou modificada pelo juiz instrutor consoante a regra do art. 177 do Código de Processo Civil.

O Presidente do Tribunal, a qualquer momento que entender, motivadamente, que subsistem possibilidades concretas de reconciliação entre os cônjuges em razão da existência de filhos menores, marcará audiência de comparecimento perante o Juiz instrutor dentro do prazo de um ano.

A decisão pela qual o Presidente marca audiência de comparecimento perante o Juiz instrutor é notificada pelo autor ao réu que compareceu à audiência, no prazo improrrogável nela fixado e é comunicada ao Ministério Público.

O Juiz instrutor pode determinar de ofício as medidas para a instrução.

No art. 4º, a lei estabelece regras processuais para a propositura da ação de dissolução ou cessação dos efeitos civis do casamento, determinando: (a) a competência do foro da residência dos cônjuges ou, no caso de domicílio incerto ou no estrangeiro, fixando como competente o foro do domicílio do autor; (b) a necessidade da exposição dos fatos e fundamento do pedido; (c) a necessidade de esclarecimento da existência, ou não, de filhos legítimos, legitimados ou adotivos; (d) a necessidade do comparecimento pessoal dos cônjuges perante o Presidente do Tribunal, salvo motivo relevante; (e) a necessidade da nomeação de Curador especial quando o cônjuge réu é doente mental ou incapaz legalmente; (f) o modo como deverá proceder o Presidente do Tribunal na audiência de conciliação marcada para o comparecimento dos cônjuges; (g) a fixação de alimentos provisórios considerados urgentes em favor dos filhos ou do cônjuge; (h) o encaminhamento do processo ao Juiz instrutor, marcada a data do comparecimento das partes perante este; (i) a faculdade outorgada ao Juiz instrutor de revogar ou modificar a determinação do Presidente, ou, ainda, de determinar, de ofício, as medidas necessárias à instrução do processo.

Ao Ministério Público será comunicada a data da audiência designada para comparecimento das partes perante o Juiz instrutor.

É de notar que, a qualquer tempo que considere o Presidente do Tribunal subsistir possibilidade concreta de reconciliação entre os cônjuges em virtude de existirem filhos menores, poderá determinar a remessa dos autos ao Juiz instrutor para nova audiência.

ARTIGO 5.º

O tribunal competente, diante do contraditório das partes e com a intervenção obrigatória do Ministério Público, constatada a existência de um dos casos de que trata o art. 3.º, decreta por sentença a dissolução ou a cessação dos efeitos civis do casamento e determina ao oficial do registro civil do lugar onde inscrito o matrimônio que proceda à averbação da sentença.

O cônjuge mulher readquire o nome que tinha anteriormente ao casamento.

A sentença é recorrível por ambas as partes. O Ministério Público pode, de acordo com o art. 72 do Código de Processo Civil, recorrer parcialmente, limitando o recurso à defesa dos interesses patrimoniais dos filhos menores ou legalmente incapazes.

Com a sentença que decreta a dissolução ou a cessação dos efeitos civis do casamento, o tribunal dispõe, tendo em conta as condições econômicas dos cônjuges e as razões da decisão, a obrigação, para um dos cônjuges, de contribuir em favor do outro com uma pensão periódica em proporção aos seus rendimentos e necessidades próprias. Na determinação do *quantum*, o Juiz considera a contribuição pessoal e econômica prestada por cada um dos cônjuges à economia doméstica e o valor do patrimônio conjunto. As partes podem concordar em que a pensão seja prestada de uma só vez. A obrigação de prestar alimentos cessa, se o cônjuge ao qual é devida, contrai novas núpcias.

A norma dispõe sobre a intervenção obrigatória do Ministério Público no processo de dissolução, determinando, também, que, reconhecida a existência de uma das causas de que trata o art. 3.º e decretada a dissolução, proceda-se à averbação da sentença à margem da inscrição do casamento.

Recorrível a sentença para as partes em litígio, o Ministério Público, porém, somente tem recurso *parcial*, limitado à defesa do interesse dos filhos menores, ou legalmente incapazes.

Com a decretação da dissolução ou a cessação dos efeitos civis do casamento, conforme o caso, a mulher readquire o seu nome de solteira.

E no que concerne aos alimentos, o tribunal considerando a situação econômica dos cônjuges, fixará a obrigação para um dos cônjuges em contribuir em favor do outro. Faculta, ainda, a lei em matéria de alimentos que os cônjuges concordem em que a prestação alimentar seja dada de uma só vez. No caso de pensão alimentícia mensal, a obrigação cessará para o alimentante se o alimentando contrai novas núpcias.

ARTIGO 6.º

A obrigação, nos termos dos arts. 147 e 148 do Código Civil, de manter e educar os filhos nascidos ou adotados durante o casamento que tenha sido dissolvido ou decretada a cessação dos seus efeitos civis, permanece mesmo no caso de novas núpcias contraídas por um ou por ambos os cônjuges.

O tribunal que decreta a dissolução, ou a cessação dos efeitos civis do casamento determina qual dos cônjuges terá a guarda e posse dos filhos sob fiscalização do Juiz tutelar bem como, por razões graves, decide sobre a posse e outras disposições relativas à prole. Em todos os casos, o pai e a mãe têm o direito e a obrigação de fiscalizar quanto à educação da prole.

A guarda e as disposições relativas aos filhos terão como exclusivo fundamento o interesse moral e material deles próprios.

Em particular, o tribunal estabelece a medida e o modo pelo qual o outro cônjuge contribuirá para a manutenção e educação dos filhos, bem como disporá acerca dos bens destes.

O tribunal, no caso dos genitores descuidarem seus deveres para com os filhos menores ou incapazes ou que ponham em risco seus interesses, pode nomear um tutor, independentemente da configuração de fato que importe na extinção do pátrio poder.

O art. 6º contém disposições relativas aos filhos: sua guarda e posse, alimentos que lhe são devidos, obrigação de ambos os cônjuges velarem por sua educação e bem estar, administração do seus bens.

Estipula, o legislador que tais disposições têm por exclusivo fundamento o interesse moral e material da prole.

Por último, é facultado ao Tribunal, sempre que verificar que os pais descuidam dos seus deveres para com os filhos menores ou incapazes, a nomeação de um Tutor para os mesmos, independentemente da caracterização de fato que importe na declaração de extinção do pátrio poder.

ARTIGO 7.º

A redação do segundo inciso do art. 252 do Código Civil é assim alterada: “Os filhos adulterinos podem ser reconhecidos pelos pais que, ao tempo da concepção estavam casados, quando o casamento seja dissolvido por efeito de morte do outro cônjuge, ou por sentença de dissolução ou de cessação dos efeitos civis consequente à inscrição do casamento religioso.

No art. 7.º deu o legislador nova redação ao inciso segundo, do art. 252 do Código Civil Italiano, para permitir o reconhecimento dos filhos adulterinos concebidos na vigência da sociedade conjugal, quando dissolvida esta pela morte do outro cônjuge ou pela sentença proferida no processo de dissolução, ou cessação dos efeitos civis do casamento.

Anteriormente à Lei 898/70, tal reconhecimento somente era possível na dissolução da sociedade conjugal por morte de um dos cônjuges.

ARTIGO 8.º

O Tribunal que decreta a dissolução ou a cessação dos efeitos civis do casamento pode impor ao obrigado a prestação de garantia real ou pessoal, se existe o risco deste subtrair-se ao cumprimento das obrigações de que tratam os arts. 5.º e 6.º.

A sentença constitui título para inscrição da hipoteca legal nos termos do art. 2818 do Código Civil.

O Tribunal pode determinar, ainda, através de decisões sucessivas tomadas em conselho, que uma parte dos rendimentos ou produtos do trabalho do obrigado seja paga diretamente aos credores das prestações de que trata a disposição anterior.

Estabelece a lei neste art. 8.º que o Tribunal poderá determinar ao alimentante a prestação de garantia real ou pessoal, caso considere que há o risco deste furtar-se ao adimplemento da sua obrigação.

Em tal hipótese, a sentença constitui título para a inscrição da hipoteca legal, nos termos do art. 2818 do Código Civil Italiano.

Prevê, ainda, a lei que a prestação alimentar seja descontada dos rendimentos do obrigado e paga diretamente pela fonte empregadora aos alimentandos.

ARTIGO 9.º

Quando após a sentença de dissolução, ou cessação dos efeitos civis do casamento sobrevenham motivos justificados, o Tribunal, a requerimento de uma das partes, pode determinar a revisão das disposições relativas à posse e guarda dos filhos e ao “quantum” e forma de pagamento das pensões a serem pagas nos termos dos arts. 5.º e 6.º. No caso de morte do obrigado, o tribunal pode determinar que uma parte da pensão devida ao cônjuge supérstite seja atribuída ao cônjuge ou cônjuges em relação aos quais tenha sido proferida sentença de dissolução ou de cessação dos efeitos civis do casamento.

O Tribunal decide em conselho, ouvidas as partes e o Ministério Público, após o exame das provas.

No art. 9.º são contempladas duas regras de diverso endereço, embora da mesma natureza: a primeira, diz respeito a revisão das disposições da sentença relativas à posse e guarda dos filhos, bem como dos alimentos a estes devidos, que se poderá dar a qualquer tempo, a requerimento de uma das partes, justificadamente; a segunda, de caráter muito especial no campo jurídico, determina que em ocorrendo a morte do obrigado a prestar alimentos, parte da pensão deixada ao cônjuge supérstite seja entregue ao cônjuge, ou cônjuges em relação aos quais se tenha extinguido a sociedade conjugal por força de sentença proferida em processo ou processos de dissolução do casamento, ou cessação dos seus efeitos civis.

Como se vê, o legislador italiano preocupou-se em dar às obrigações decorrentes do processo de dissolução do casamento caráter de verdadeira obrigação pessoal e não personalíssima, posto que, no caso, atinge o direito do cônjuge supérstite, que se vê desfalcado da pensão que recebe em proveito de outra ou outras pessoas que tenham sido anteriormente casadas com o obrigado a prestar-lhes alimentos.

ARTIGO 10

A sentença que decretar a dissolução ou a cessação dos efeitos civis do casamento, passada em julgado, deve ser remetida por cópia autenticada pelo escrivão do Tribunal ou da Corte competente ao Oficial do Registro Civil no qual o casamento foi inscrito, para averbação e anotação de acordo com R. Decreto de 9 de julho de 1939, n.º 1.238.

A dissolução ou cessação dos efeitos civis do casamento decretados nos casos previstos nos arts. 1.º e 2.º da presente lei, tem validade e todos os efeitos de lei a partir do dia da averbação no Registro Civil.

Repete aqui o legislador a necessidade da averbação, à margem do termo do casamento, da sentença passada em julgado que decretou a dissolução ou cessação dos efeitos civis do casamento, fazendo remissão à legislação pertinente aos atos dos Oficiais do Registro Civil das Pessoas Naturais.

O que se há de sublinhar na disposição legal em foco é o fato de que estipula a lei que a dissolução ou cessação dos efeitos civis do casamento somente tem validade, isto é, somente produz todos os efeitos para a vida civil, a partir do dia da averbação da sentença no termo do casamento.

Como o casamento é anotado no termo do nascimento dos cônjuges, também neste se fará a anotação da sentença de sua dissolução.

ARTIGO 11

Após a dissolução ou à cessação dos efeitos civis do casamento, sempre que o Tribunal não tenha determinado em contrário, os pais exercem o pátrio poder sobre os filhos entregues à sua guarda e posse. O genitor ou genitora em posse dos filhos administra os

bens destes, com a obrigação de prestar contas, cada ano, ao Juiz de Tutelas, e terá o usufruto dos mesmos até contrair novas núpcias. O outro genitor ou genitora fica com o direito de fiscalizar e com o dever de colaborar na educação e instrução dos filhos.

O genitor ou genitora que achar contra indicadas as providências tomadas pelo genitor exercente do pátrio poder, pode recorrer ao Juiz de Tutelas, esclarecendo as medidas a serem tomadas.

O Juiz, ouvido o filho, no caso de ter idade superior a 14 anos, determinará as providências que repute adequadas ao interesse do filho.

Neste art. 11, o legislador ao mesmo tempo que dá ao genitor que detém a posse e guarda dos filhos a administração dos bens deste, sobre os quais institui usufruto em seu favor até que contraia novas núpcias, obriga-o a prestar contas dessa administração, anualmente, ao Juiz de Tutelas.

Ao outro cônjuge, faculta a lei a fiscalização dos atos daquele que detém a posse e guarda dos filhos, colaborando na sua educação, podendo, ainda, quando discordar das medidas tomadas pelo exercente do pátrio poder, recorrer ao Juiz de Tutelas propondo o que julgar necessário. O Juiz de Tutelas, por sua vez, ouvido o filho se maior de 14 anos, deliberará sobre as providências que reputar do seu interesse.

A determinação da lei obedece, no caso do art. 11, à organização judiciária italiana, posto que em cada circunscrição territorial existe um Tribunal de Menores, presidido por um Juiz de Direito denominado Juiz de Tutelas. A esse tribunal estão afetas todas as questões relativas aos interesses de menores, abandonados ou não, bem como dos legalmente incapazes.

Daí a razão pela qual, seja no art. 6.º seja neste art. 11, o legislador remete ao Juiz (de menores ou incapazes) que denomina Juiz Tutelar, a vigilância do cumprimento das suas decisões a respeito dos filhos do matrimônio dissolvido.

ARTIGO 12

A dissolução ou cessação dos efeitos civis do casamento do Código Civil se aplicam, quando for o caso, na dissolução ou cessação dos efeitos civis do casamento.

Neste último artigo, a lei mantém a validade das disposições do Código Civil a que se refere, quando for o caso.

Há que se destacar aqui, apenas, que enquanto para o homem é suficiente a averbação da sentença que decretou a dissolução da sociedade conjugal, para que possa casar novamente, para a mulher a possibilidade de novo casamento dependerá da prova de que não se encontra grávida.

Necessariamente a Lei 898/70 teve opositores, que a consideraram por demais liberal. Por outra parte, os partidários do divórcio nela antes vislumbraram limitações excessivas.

Para aquele que examine a lei italiana pelo prisma exclusivamente sociológico-jurídico, há de reconhecer que o legislador cristalizou em lei o pensamento social dominante: a Lei 898, de 1970, mereceu a ratificação popular em plebiscito realizado em 12 de maio de 1974.

O objetivo principal do legislador foi, evidentemente, o de regularizar as uniões entre pessoas que sendo desquitadas ou separadas de fato, encontravam-se impedidas de casar, com tal medida possibilitando a legitimação da prole natural ou adúltera.

Uma reflexão última se impõe: contribuirá a Lei 898/70 para a destruição ou deterioração do instituto da família? A resposta parece-nos ser negativa, posto que até hoje todos os excessos e liberdades de comportamento moral que a sociedade moderna aceita, não diminuíram no ser humano seu permanente anseio de uma vida familiar emocional e juridicamente estável.

**Publicado originalmente na Revista nº 20 jul./dez. 1974, p. 37.*

DIREITOS HUMANOS E RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS *

GUSTAVO TEPEDINO **

SUMÁRIO: 1. *Apresentação do problema: insuficiência da dogmática tradicional e das técnicas do direito privado para a tutela dos Direitos Humanos. Os novos confins do direito público e do direito privado;* 2. *Alguns casos paradigmáticos. A crescente necessidade de proteção da pessoa na atividade econômica. Insuficiência da técnica legislativa regulamentar. Superação do individualismo e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana nas relações intersubjetivas;* 3. *Globalização, atividade econômica privada e a proteção dos direitos humanos;* 4. *Em busca da proteção integral da pessoa humana na perspectiva civil-constitucional.*

1. Apresentação do problema: insuficiência da dogmática tradicional e das técnicas do direito privado para a tutela dos Direitos Humanos. Os novos confins do direito público e do direito privado

Muito já disseram os especialistas sobre o percurso histórico da proteção dos direitos humanos, no momento em que, ao final do Século XX, contabilizam-se, em trágico balanço, massacres, guerras, genocídios, fluxos e refluxos de autoritarismo, dominações internacionais, imperialismo e neo-imperialismo, o desapareço pela convivência harmônica entre os povos ¹. Por quanto interessa ao tema aqui proposto, pode-se afirmar que, durante o longo e tormentoso processo de consolidação dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, quer no âmbito do direito internacional, mediante a celebração de tratados e convenções, quer no plano interno, no que concerne aos Textos Constitucionais e às Declarações de Direitos Fundamentais, a matéria manteve-se essencialmente contida nas balizas do direito público.

Vale dizer, a estrutura dogmática que dominou as grandes codificações européias do Século XIX, e gizou as linhas mestras do sistema jurídico pátrio, baseia-se na *summa divisio* herdada do direito romano, que estrema o direito público e o direito privado. Inspirado pelas idéias jusnaturalistas que exaltavam o indivíduo, o direito civil assegurava a liberdade de contratar e a franca apropriação dos bens, ao passo que a doutrina dos direitos humanos, concebida a partir do século passado, engendrou mecanismos de proteção do indivíduo em face do Estado. Cuida-se, pois, de duas faces da mesma moeda. A sublimação do indivíduo no direito civil

* Aula inaugural do ano acadêmico de 1988 da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba, no dia 22 de março de 1998, proferida em evento organizado conjuntamente por aquela Instituição de Ensino, o Conselho Estadual de Direitos Humanos e o Ministério Público Federal.

** **Gustavo Tepedino** é Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

1 Sobre o tema, especialmente no que tange à conceituação, origens, fundamentos e principais doutrinas dos direitos humanos, **Celso Albuquerque Mello**, *Direitos Humanos e Conflitos Armados*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997. V., ainda, para o exame da evolução histórica da proteção dos direitos humanos, **Clémerson Merlin Clève**, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos nos Sistemas Regionais Americano e Europeu in Temas de Direito Constitucional*, Curitiba, Editora Acadêmica, 1993.

dá-se pela autonomia da vontade, enquanto as garantias fundamentais, concebidas pelo direito público, afastam as ingerências do Estado da esfera privada².

Eis as linhas mestras que, perfeitamente compatíveis com as necessidades da sociedade pré-industrial, mostram-se no entanto abaladas pela crescente demanda da sociedade tecnológica, onde a economia massificada e os avanços científicos perturbam a demarcação antes cristalina dos territórios do direito público e do direito privado. O dirigismo contratual, de um lado, e a formulação de novos meios – processuais e substanciais – de controle e de participação social corroboram este fenômeno de superposição dos espaços público e privado, suscitando uma redefinição de limites e uma profunda relativização conceitual. Na democracia capitalista globalizada, de pouca serventia mostram-se os refinados instrumentos de proteção dos direitos humanos, postos à disposição pelo direito público, se as políticas públicas e a atividade econômica privada escaparem aos mecanismos de controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Na era dos contratos de massa e na sociedade tecnológica, pouco eficazes mostram-se os mecanismos tradicionalmente empregados pelo direito civil, como a responsabilidade civil fundada na culpa, sendo indiscutíveis os riscos sociais decorrentes da atividade econômica, mais e mais sofisticada, impondo-se a busca de soluções de índole objetiva, preferencialmente preventivas, não meramente ressarcitórias, em defesa de uma melhor qualidade de vida e da realização da personalidade³.

Diante dessas circunstâncias, verifica-se igualmente a insuficiência das técnicas de proteção da pessoa humana elaboradas pelo direito privado, consubstanciadas na doutrina dos direitos da personalidade. Afinal, a tipificação (de cunho monista ou pluralista) dos direitos da personalidade, concebida sob o paradigma dos direitos patrimoniais, com sua meticulosa taxionomia, a definição de poderes do titular e os mecanismos previamente definidos para a sua proteção, mostra-se inteiramente aquém das inúmeras e crescentes demandas da pessoa humana, inseridas em situações que se multiplicam e se diversificam ao sabor dos avanços tecnológicos, sendo insuscetíveis de se ajustarem à rígida previsão normativa, muito embora merecedoras de tutela pelo ordenamento jurídico⁴.

2 Sobre o tema, fazem-se sempre estimulantes as páginas clássicas de **Michele Giorgianni**, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, p. 391 e ss.

3 V. **Antonino Procida Mirabelli di Lauro**, *La riparazione dei danni alla persona*, Camerino- Napoli, ESI, 1993, especialmente o segundo capítulo, *Riparazione integrale*, p. 103 e ss., com ampla bibliografia. O processo de objetivização da responsabilidade civil em diversos países mostra-se indiscutível, sobretudo em setores como o meio ambiente. Cf. **Barbara Pozzo**, *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità - esperienze giuridiche a confronto*, Milano, Giuffrè, 1996. A insuficiência dos mecanismos subjetivos da responsabilidade aquiliana foi acentuada, nos anos 60, por **Stefano Rodotà**, *Il problema della Responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1967, sendo notáveis os esforços de certa corrente doutrinária no sentido de racionalizar a matéria, ainda que em perspectiva estritamente econômica. V., nesta direção, a contribuição fundamental de **Guido Calabresi**, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1975.

4 Ao propósito, apresenta-se fundamental a obra de **Pietro Perlingieri**, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, ESI, 1972. A necessidade de construir critérios interpretativos capazes de integrar as diversas fontes normativas incidentes sobre a atividade econômica privada é proposta por **Stefano Rodotà**, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969, onde se analisa, magistralmente (no capítulo segundo, *Buona fede e correttezza nel quadro dell'integrazione*, p. 112 e ss.) o papel das cláusulas gerais para uma revisão crítica da teoria dos negócios jurídicos. Ainda em tema de cláusulas gerais, na perspectiva de superação da técnica regulamentar, v. **Maria Costanza**, *Profili dell'integrazione del contratto secondo buona fede*, Milano, Giuffrè, 1989, com amplas referências bibliográficas.

2. Alguns casos paradigmáticos. A crescente necessidade de proteção da pessoa na atividade econômica. Insuficiência da técnica legislativa regulamentar. Superação do individualismo e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana nas relações intersubjetivas

Os exemplos das deficiências acima expostas são inúmeros, todos eles confrontando a atividade econômica privada com a tutela dos direitos fundamentais. Examinem-se alguns casos emblemáticos. O primeiro deles foi registrado na recente experiência francesa⁵. O Prefeito de *Morsang-sur-Orge*, valendo-se do seu poder de polícia, interditou o espetáculo, em cartaz numa certa discoteca, constituído pelo arremesso de um homem de pequena estatura – um anão – pelos clientes, de um lado a outro do recinto, em certame com objetivos de entretenimento⁶.

A decisão da Prefeitura, que pretendia debelar a visível humilhação a que era submetido o anão, teve fundamento no art. 3º da Convenção Européia de Salvaguardas dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, cujo texto consagra o princípio da dignidade da pessoa humana. O problema é que o próprio anão, litisconsorciado com a empresa interessada, recorreu ao Tribunal Administrativo, obtendo êxito em primeira instância, ao argumento de que aquela atividade não perturbava “a boa ordem, a tranqüilidade ou a salubridade públicas”, aspectos em que se circunscreve o poder de polícia municipal. Em outras palavras, a tutela da dignidade humana, só por si, segundo a jurisprudência francesa até então vigente, não integrava o conceito de ordem pública. O pedido fundamentava-se, ainda, no fato de que a atividade econômica privada e o direito ao trabalho representa garantias fundamentais do ordenamento jurídico francês⁷. O caso acabou sendo submetido, em grau de recurso, ao Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa que, alterando o entendimento dominante, reformou a decisão do Tribunal de Versailles, assentando que “o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da (noção de) ordem pública; (e que) a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana”⁸.

5 A preocupação com a integração das normas de direito público e de direito privado na França tem-se acentuado na última década. V., por todos, **Marc Frangi**, *Constitution et Droit Privé - Les Droits Individuels et les Droits Economiques*, Paris, Presses Universitaires d'aix-Marseille, 1992, com minuciosa seleção de julgados e ampla bibliografia relativa ao direito francês.

6 A descrição do caso e todos os elementos dele extraídos foram colhidos da arguta análise do Professor **Joaquim Barbosa Gomes**, *O Poder de Polícia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Francesa*, in *ADV-COAD, Seleções Jurídicas*, 1996, n. 12, p. 17 e ss.

7 Salienta o mesmo autor que o caso representou “uma limitação clara à liberdade individual e à liberdade de iniciativa, mais conhecida naquele país como ‘*liberté du commerce et de l'industrie*’”, tendo o anão alegado que “aderira ‘voluntariamente’ ao programa, mediante remuneração (...). Por outro lado, na condição de desempregado e ainda por cima inferiorizado no mercado de trabalho em razão da própria deficiência física, aquela atividade era para ele nada mais do que um meio de sobrevivência como outro qualquer. Proibi-lo de exercê-la significava, portanto, do seu ponto de vista pessoal, a privação do gozo de um direito inalienável: o direito ao trabalho” (*O Poder de Polícia*, cit., p. 19).

8 **Joaquim Barbosa**, *ob. cit.*, p. 17. Vale conferir o texto original: “*Le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public; que l'autorité investie de pouvoir de police municipale peut, même en absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte à la dignité de la personne humaine*” (RDP, 1996, p. 564). **Joaquim Barbosa** sublinha ainda a importância da decisão que provocou uma reviravolta na jurisprudência anterior, construída pelo próprio Conselho de Estado, a partir do caso Benjamim, de 1933, que consagrava a excepcionalidade da intervenção do poder de polícia; “*la liberté est la règle, la restriction de police l'exception*”.

Observou-se, ainda no exame da mesma hipótese, que o Conselho de Estado, ao valer-se de princípio insculpido na Convenção européia, adotou orientação em sentido análogo à tendência do Conselho Constitucional da França, o qual, na ausência de norma expressa, decidiu, em 1994, “ao examinar a arguição de inconstitucionalidade de uma lei versando sobre doação e utilização de elementos e partes do corpo humano, ‘elevant’ o princípio da dignidade da pessoa humana ao *status* de ‘*principe à valeur constitutionnelle*’. E o fez valendo-se não de uma disposição da Constituição em vigor (de 1958), mas de uma declaração de princípios inserida na Constituição do pós-guerra (1946)”⁹.

Tais considerações servem a demonstrar, sem possível discussão, que a proteção dos direitos humanos, nos dias de hoje, reclama análise interdisciplinar, concita o intérprete a harmonizar fontes nacionais e supranacionais, reformula, em definitivo, o conceito de ordem pública, que se expande para os domínios da atividade econômica privada.

O segundo caso a ser trazido à baila refere-se à transexualidade. À falta de expressa previsão legal, doutrina e jurisprudência mostram-se resistentes à admissão da intervenção cirúrgica de alteração do sexo e, mais grave, contrárias à retificação do registro civil para a mudança do sexo e do nome do transexual, mesmo após a cirurgia, normalmente realizada no exterior. Além dos inúmeros inconvenientes sofridos por transexuais com projeção na imprensa¹⁰, vale relatar hipótese em que o descompasso entre a realidade fática e a legislativa (*rectius*, interpretativa) propiciou verdadeira agressão à dignidade da pessoa humana.

Após dez anos de vida conjugal na Dinamarca, com um marido francês e um filho adotado segundo a legislação francesa, um brasileiro transexual, chamado Juracy, veio ao interior da Bahia para visitar a família. Decidiu, então, com o marido, adotar uma criança abandonada, José, com 6 anos de idade, “à moda brasileira”, ou seja, registrando-a como filha do casal. Juracy foi presa pela polícia federal no momento em que pretendia obter o passaporte para José, tendo-lhe sido imputada a prática dos crimes de uso de documento falso (art. 304, C.P.), promoção de ato destinado ao envio de criança para o exterior (art. 239 da Lei nº 8.069/90) e falsidade ideológica (art. 299, C.P.), além de ter sido questionada pelo Ministério Público a adoção de uma criança por um casal de homossexuais.

A partir daí, a vida da família transformou-se em verdadeiro pesadelo, no qual se produziram danos irreparáveis. Juracy foi recolhida ao pavilhão masculino do aterrorizante presídio de Água Santa, no Rio de Janeiro, onde foi submetida, certamente, à mais vil degradação. Seus filhos, o maior deles um adolescente estudioso, responsável e poliglota, segundo consta nos autos, foram recolhidos a

⁹ *Ob. cit.*, p.20.

¹⁰ O caso mais notório parece ser o de Luís Roberto Gambine Moreira, conhecido como Roberta Close, submetido à cirurgia de alteração de sexo em Londres, em 1989. Em 1992, através de substancial sentença de 58 laudas, cuidadosamente proferida pela Juíza Dra. Conceição Mousnier, da 4ª Circunscrição de Registro Civil, após perícia médica, foi-lhe autorizada a alteração de nome e alteração de sexo, nos termos do pedido, para que passasse a se chamar Roberta, com indicação do sexo feminino. O Ministério Público recorreu, tendo então a 8ª Câmara do Tribunal de Justiça, por unanimidade, através dos Desembargadores Geraldo Batista, Luís Carlos Guimarães e Carpena Amorim, reformado a sentença, para manter o nome e o sexo masculino na Certidão de Nascimento de Roberta Close. O Recurso Extraordinário que se seguiu foi inadmitido, assim como improvido foi o agravo de instrumento interposto contra a sua inadmissão, deixando assim a Suprema Corte de examinar a matéria. Conforme amplamente divulgado pela imprensa, a referida artista mudou-se para a Suíça, onde constituiu família, casando-se e assumindo integralmente a sua condição de mulher.

um asilo de menores. O pai, também denunciado, foi posto em liberdade mediante o pagamento de fiança, afirmando em juízo desconhecer inteiramente, assim como o filho adolescente, a transexualidade de Juracy.

Ambos os réus foram absolvidos no processo criminal, tendo a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria de votos, mantido a sentença, rejeitando o recurso interposto pelo Ministério Público, através de acórdão assim ementado:

“Criminal - Uso de Documento Falso - art. 304 do CP.

I - Utilização de certidão de nascimento falsa para obtenção de passaporte para menor.

II - Constatação de que a mãe do menor, constante do registro, era transexual operado e que se casara no exterior com um francês, utilizando falsa certidão de nascimento.

III - A omissão da legislação brasileira quanto aos transexuais que se submeteram à cirurgia para troca de sexo, impossibilitando-os de legalmente alterarem a certidão de nascimento, gera situações como a dos autos, por inexigibilidade de outra conduta.

IV - Se a jurisprudência tem entendido que inexistente o delito, se a falsa identidade visa a esconder passado criminoso, também se aplica à hipótese de esconder o sexo original.

V - O artigo 304 do CPB exige, além do dolo, a intenção de obter vantagem ou causar prejuízo, o que inócorre no presente caso”.

VI - Recurso Improvido”¹¹.

O terceiro caso a ser destacado, na esteira das mesmas considerações até aqui desenvolvidas, alude à possibilidade de se exigir do réu, na ação de investigação de paternidade, que se submeta ao exame de D.N.A., mesmo contra sua vontade.

A jurisprudência, tendencialmente, tem tomado posição pela impossibilidade do constrangimento físico do réu, servindo a recusa como prova, em favor do autor, do vínculo de paternidade, a ser sopesada pelo magistrado no conjunto probatório. Alguns autores têm se manifestado no mesmo sentido, em homenagem ao “direito individual, fundamental, constitucional, natural da pessoa à sua integridade corporal. Violaria o direito constitucional à intimidade (art. 5º, n. X) constranger-se alguém a fornecer material ou substância para um exame biológico”¹².

A matéria foi submetida, recentemente, ao Supremo Tribunal Federal, em *Habeas Corpus* impetrado contra a obrigatoriedade do exame determinada pelo juiz monocrático no Rio Grande do Sul, em decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça daquele Estado. A Suprema Corte, por maioria apertada, manifestou-se pela concessão da ordem, em acórdão redigido pelo Ministro **Marco Aurélio**, assim ementado:

Investigação de Paternidade - Exame DNA - Condução do Réu “Debaixo de Vara”. Discrepa, a mais não poder, das garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade

¹¹ Os elementos acima apresentados constam da apelação criminal n. 92.18299-0/RJ, julgada em 8 de março de 1993, tendo sido Relatora a Dra. Tânia Heine e vencido o Dr. Clélio Erthal.

¹² **Zeno Veloso**, *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 110.

humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório “debaixo de vara” para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”.

No controvertido julgamento restaram vencidos os eminentes Ministros **Francisco Rezek, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão**, tendo sido Relator o primeiro deles, com voto primoroso em que coteja, de um lado, os direitos à intangibilidade e à intimidade, aqui atingidos pelo dever de oferecer um fio de cabelo para o exame e, de outro, os direitos à investigação de paternidade e à elucidação da verdade biológica, concluindo pelo prevalecimento destes últimos. E remata: “A Lei 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigador, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado”¹³.

Ao comentar criticamente o acórdão, observou-se, argutamente, em doutrina, que a hipótese caracterizaria abuso de direito por parte do réu: “o direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade”¹⁴.

O quarto e último caso posto à colação, particularmente inserido na problemática dos direitos humanos, diz com a prisão civil por dívida, expressamente rejeitada pelo art. 7º, nº 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Governo brasileiro através do Decreto nº. 678/92, que dispõe:

“Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que, por não prevalecer a norma internacional em face da Constituição Federal, conforme o entendimento há muito pacificado naquela Corte¹⁵, a norma transcrita deve se curvar à Constituição

13 Ac. S.T.F., n. 71373-4-RS, de 10.11.94 (D.J.U., 22.11.94, p. 45686).

14 **Maria Celina Bodin de Moraes**, “Recusa à Realização do Exame de DNA, na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade”, in *A Nova Família: Problemas e Perspectivas* (Org. Vicente Barretto), Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 194.

15 Sobre o ponto, v. a minuciosa retrospectiva crítica da jurisprudência do STF empreendida por **Jacob Dolinger**, “As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo”, in *Revista Forense*, vol. 334, 1996, p. 71 e ss. V., ainda, o passo incisivo do voto do Relator no acórdão passado em revista, quando afirma: “Todos sabemos – e hoje, então,

de 1988, a qual, por sua vez, assim como a Carta anterior, autoriza a lei ordinária a regular a prisão civil nos casos de depositário infiel. Veja-se a ementa do acórdão da lavra do Relator para o acórdão, Ministro **Moreira Alves**:

“Habeas Corpus. Prisão Civil do Depositário Infiel - Alienação fiduciária em face da atual Constituição. Cabimento da prisão em face do art. 5º, LXVII/CF. Pacto de São José - Norma infraconstitucional que não pode contrapor-se à permissão do art. 5º, LXVII no que diz respeito à prisão civil do depositário infiel - Norma geral que não derogou as normas infraconstitucionais especiais sobre a prisão civil do depositário infiel. HC indeferido”¹⁶.

À arguta objeção de que, sendo o texto internacional equiparado à lei ordinária, teria o condão de revogar, por ser aquele posterior a esta, a prisão do depositário infiel, argumentou o Ministro **Moreira Alves** que a lei geral não revoga a lei especial, rematando: “ainda que se considere este Tratado como lei ordinária, é de sabença também comum, que está na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2º, § 2º), que a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. E aqui, isto é em demais evidente. Este é um Tratado de princípios gerais que não são nem princípios de natureza legal ordinária”.

Assim decidindo, a Suprema Corte, posto que por apertada maioria, confirma uma perigosa tendência, incentivada pelas sucessivas crises econômicas que paulatinamente reformulam os institutos e as práticas jurídicas, no sentido da difusão da prisão civil por dívida, veiculada pela alienação fiduciária em garantia, como sanção ordinária aposta aos empréstimos em dinheiro ¹⁷. Não é por acaso que, após a impressionante expansão da alienação fiduciária em garantia, de modo a alcançar bens fungíveis e bens que já pertenciam ao patrimônio do devedor no momento da celebração do financiamento (e não apenas os bens objeto do financiamento), tratou o legislador de regular a alienação fiduciária para o financiamento de bens imóveis. E a prisão civil por dívida, que se pensava abolida da civilização ocidental desde

com muito mais evidência do que em face da Constituição de 1969- que os tratados do Direito Brasileiro estão equiparados às leis ordinárias, não têm supremacia sobre a Constituição e hoje, com muito mais razão, por um fato singelíssimo, o de que, como Suprema Corte do País, temos competência para julgar as questões em que haja desrespeito à Constituição e o STJ, que é um Tribunal hierarquicamente inferior ao nosso, tem como competência, em recurso especial, julgar as contrariedades ou as negativas de vigência a Tratados. Não é possível que, se o tratado se sobrepujasse à Constituição, a Suprema Corte julgue as suas questões e não as dos tratados.” Na mesma direção, vale examinar o recente julgamento do Recurso Extraordinário n. 172720-9, R.J., julgado pela 2ª turma do STF em 6 de fevereiro de 1996, sendo Relator o Ministro **Marco Aurélio** (D.J. 21.02.97, ementário n. 1858-04). No acórdão, relativo a extravio de bagagens, a Corte consagrou a responsabilidade por danos morais excedente à indenização tarifária fixada pela Convenção de Varsóvia, salientando-se, no voto do Ministro **Rezek**, especialista na matéria, “o fato de que a garantia constitucional da indenizabilidade do dano moral é algo que prevalece sobre obrigações internacionais de nível ordinário (no caso, os velhos textos de Varsóvia e Haia)”.

¹⁶ *Habeas Corpus* n. 72.131 - RJ., julgado em Sessão plenária de 23 de novembro de 1995, sendo vencidos os Ministros **Marco Aurélio** (Relator), **Francisco Rezek**, **Carlos Velloso** e **Sepúlveda Pertence** (Presidente). A ementa e os votos orais, sem revisão, foram gentilmente cedidos pelo Ministro Relator, antes de sua publicação.

¹⁷ Sobre o tema, em particular sobre a expansão subjetiva e objetiva da utilização da alienação fiduciária em garantia, com minuciosa retrospectiva jurisprudencial, seja consentido remeter a **Gustavo Tepedino**, “Efeitos da Crise Econômica na Execução dos Contratos”, in *Revista da Faculdade de Direito (UERJ)*, Ed. Renovar, vol. 4, 1994, p. 195 e ss.

a *lex Poetelia Papiria*, de 326 a. C.¹⁸, parece passar de exceção à regra, a despeito da eclosão de Tratados, Convenções, Pactos e Constituições que proclamam a tutela dos direitos humanos.

A tais casos concretos poder-se-iam acrescentar outros, atinentes à bioética, à inseminação artificial, a conflitos envolvendo as novas tecnologias e às redes de informática. Servem todos a corroborar, em síntese estreita, a tese aqui sustentada no sentido de que a proteção dos direitos humanos não mais pode ser perseguida a contento se confinada no âmbito do direito público, sendo possível mesmo aduzir que as pressões do mercado, especialmente intensas na atividade econômica privada, podem favorecer a uma conspícua violação à dignidade da pessoa humana, reclamando por isso mesmo um controle social com fundamento nos valores constitucionais. Por outro lado, como acima enunciado, no campo das relações privadas, a usual técnica regulamentar mostra-se avessa à proteção dos direitos humanos, pois que incapaz de abranger todas as hipóteses em que a pessoa humana se encontra a exigir tutela.

A Constituição da República, ponto de equilíbrio entre as diversas forças políticas nacionais, oferece parâmetros para o exercício do necessário controle da atividade econômica privada. Seja por seu caráter compromissório, seja pela maior estabilidade do processo legislativo necessário à sua revisão, seja por sua posição hierárquica no ordenamento jurídico, deve ser utilizada sem qualquer cerimônia pelo operador, aproveitando-se da opção do constituinte pela intervenção nos institutos do direito civil, como propriedade, família, atividade empresarial, relações de consumo¹⁹.

No que tange especificamente à proteção da pessoa humana, mantém-se despercebida, as mais das vezes, pelos civilistas, a cláusula geral de tutela fixada pela Constituição, nos arts. 1º, nº III; 3º, nº III e 5º, § 2º.

Segundo o art. 1º, nº III, a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Nos termos do art. 3º, III, constituem-se objetivos fundamentais da República: a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Finalmente, pelo art. 5º, § 2º, os direitos e garantias expressos na Constituição (com aplicação imediata, consoante o § 1º) não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Tais preceitos, inseridos como foram no Título I, compõem os princípios fundamentais da República, os quais, segundo a técnica adotada pelo constituinte, precedem topográfica e interpretativamente, todos os demais capítulos constitucionais. Vale dizer, a Constituição não teria um rol de princípios fundamentais não fosse para, no plano hermenêutico, condicionar e conformar todo o tecido normativo: tanto o corpo constitucional, no mesmo plano hierárquico, bem como o inteiro ordenamento infraconstitucional, com supremacia sobre todas as demais normas jurídicas²⁰.

18 O interessante contexto em que se concebeu a *lex poetelia* é relatado magistralmente por **Pietro Bonfante**, *Storia del diritto romano*, vol I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 213.

19 V., na perspectiva do texto, **Maria Celina Bodin de Moraes**, "A Caminho de um Direito Civil Constitucional", in *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993, p. 21 e ss.

20 Dentre os constitucionalistas, a tese da Constituição como compromisso e a necessidade de sua aplicação imediata nas relações de direito privado é sustentada por **Clémerson Merlin Clève**, em sua conferência "A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória)", proferida no Seminário Nacional sobre o Direito Alternativo promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, in *Seleções Jurídicas ADV-COAD*, 1994, n. 1, p. 45 e ss. V., ainda, para um

Pretendeu, portanto, o constituinte, com a fixação da cláusula geral acima aludida e mediante o estabelecimento de princípios fundamentais introdutórios, definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos.

3. Globalização, atividade econômica privada e a proteção dos direitos humanos

As preocupações acima manifestadas tornam-se ainda mais inquietantes quando se pensa no inelutável processo de globalização que norteia a economia mundial e que se apresenta permeado por duas tendências contraditórias: de um lado, o intervencionismo supranacional sobre o direito interno da maior parte dos países europeus e americanos, a implicar rigoroso planejamento e pouquíssimo espaço para a soberania nacional, valendo-se os centros de decisão de práticas notadamente autoritárias, na fixação das metas a serem alcançadas por cada país; e, de outro, um excessivo liberalismo entre as transferências de tecnologia, mão-de-obra e investimentos, com a derrubada das barreiras alfandegárias nas relações internacionais, como forma de formar mercados supranacionais. Daí decorrem diversas conseqüências em termos hermenêuticos, no que tange aos direitos humanos na atividade econômica privada ²¹.

Verifica-se, em primeiro lugar, um choque de fontes: o ordenamento interno, quase sempre intervencionista, destinado a garantir a igualdade substancial no cenário nacional, fruto de formações legislativas do pós-guerra e, no caso brasileiro, consagrado pela Carta de 1988; e as fontes externas, supranacionais, que se pretendem liberalizantes no intuito de facilitar a formação dos mercados e das transferências de capital e trabalho. Ocorre que tal contraste normativo não pode significar um aniquilamento dos valores internos que asseguram a estabilidade social e o respeito à tábua axiológica nacional ²².

Em segundo lugar, percebe-se a tentativa de se suplantar, através da normatização supranacional, as conquistas sociais internas, as quais acabariam por representar barreiras não-tarifárias à unificação dos mercados globalizados. O exemplo típico deste fenômeno é o nosso Código de Defesa do Consumidor, que impõe restrições à atividade econômica dos fornecedores bem mais rígidas do que aquelas a que são submetidos os empresários dos demais países do Mercosul.

pormenorizado exame dos métodos e princípios de interpretação constitucional, **Luís Roberto Barroso**, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996, especialmente, p. 97 e ss.

²¹ As diversas repercussões, no plano ético e jurídico, do processo de globalização econômica são examinadas nos estudos de **Agostinho Ramalho**, **Jacinto Coutinho**, **Wilson Ramos**, **Manoel Eduardo Gomes** e **Luiz Edson Fachin**, *Direito e Neoliberalismo - Elementos para uma leitura interdisciplinar*, Curitiba, Edibej, 1996.

²² Tal preocupação é particularmente sentida em **Pietro Perlingieri**, *Diritto comunitario e legalità costituzionale - per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, ESI, 1992, o qual salienta, em passo lapidar (p. 19-20): “La pluralità delle fonti implica la loro armonizzazione. Il mito delle più ampie unificazioni legislative ed anche quello dell’applicazione uniforme del diritto deve fare i conti con la realtà, sempre risorgente nella storia e sempre vincente, della diversità dei localismi. Il realismo cioè induce a sottolineare la necessità di un coordinamento secondo una gerarchia di fonti e di valori formalizzati ed una ripartizione di competenze stabilita e garantita. Il ‘sistema giuridico’ complessivo terrà in conto le peculiarità nazionali e regionali, le diversità che esistono in una comunità di popoli”.

Sublinhe-se, em terceiro lugar, o risco de se subestimar e comprimir as realidades culturais internas, no âmbito das quais se encontram consagrados altos níveis de demandas coletivas, novos direitos, conquistas sociais importantes.

Prevalece, em todo esse complexo processo, a ótica e a lógica da maximização dos resultados e da minimização dos custos. Os direitos sociais e a expansão do exercício da cidadania passam a ser vistos como custo econômico da produção, no panorama da competição internacional, sem levar em conta as desigualdades sociais de certos países, nos quais – mercê de processo histórico e político que os exclui do rol dos chamados países desenvolvidos – há de se destinar portentosa soma orçamentária às políticas públicas destinadas à efetivação da justiça distributiva (como, de resto, determina a Constituição de 1988) para que se possa garantir um mínimo de dignidade social.

Cria-se, desse modo, um falso dilema entre os investimentos em fatores que ofereçam competitividade internacional e os investimentos sociais, que propiciam o pleno desenvolvimento da pessoa humana, a efetivação da cidadania, a consolidação dos direitos do homem.

A busca da competitividade, nesse contexto, acaba por significar uma importação de produtos já elaborados – a melhores preços de produção – e a exportação dos empregos necessários a produzi-los, já que outros países se encontram mais preparados tecnologicamente para a competição, resultando em ulteriores fatores de desemprego, exclusão social, atentados a valores existenciais, sendo certo que, no caso brasileiro, os modelos anteriormente adotados de protecionismo interno não trouxeram competitividade, senão a consolidação de grandes cartéis e monopólios.

Tal cenário se agrava na medida em que a absorção de Tratados internacionais de proteção à pessoa humana e de garantias sociais é vista com desconfiança pela mídia, exatamente pelos custos que representa, ou seja, pelo perigo de que o ingresso de novos princípios fundamentais represente um entrave à maximização dos resultados econômicos.

Aponte-se, ainda, no plano do direito privado, permeado pela mesma lógica de mercado, uma perigosa e equivocada tendência a reduzir a pessoa humana – e portanto a sua tutela – a simples sujeito de direito, através de expediente técnico que, em verdade, desconsidera a diversidade axiológica, nos termos do ditado constitucional, entre a pessoa humana e a empresa privada. Exemplo disso é a construção doutrinária em matéria de ressarcimento por danos morais, indistintamente aplicada às pessoas físicas ou jurídicas, além da teoria dos direitos da personalidade das pessoas jurídicas, bem como, no plano da retórica, a eloqüente referência à *empresa cidadã*, expressão utilizada recentemente no discurso oficial.

4. Em busca da proteção integral da pessoa humana na perspectiva civil-constitucional

Em conclusão, pode-se afirmar que a tutela dos direitos humanos na atividade econômica e, mais genericamente, nas relações de direito privado, consolida-se na interpenetração dos espaços público e privado, fazendo-se a cada dia mais urgente, na medida em que os avanços tecnológicos e a ampliação dos mercados tendem a “despersonalizar” o indivíduo, aniquilando conquistas sociais e fomentando o predomínio da perversa lógica econômica.

Faz-se imprescindível, diante disso, que a absorção dos Tratados de proteção aos direitos humanos não seja levada a cabo à luz de parâmetros econômicos ou meramente mercadológicos; e que, na compatibilização das fontes normativas, possa ser preservada a tábua de valores culturais, jurídicos e éticos nacionais, consagrada nos Textos constitucionais e na história jurisprudencial de cada país²³.

Impõe-se, finalmente, uma nítida separação conceitual, no plano interpretativo, entre os valores sociais e os valores econômicos que presidem o ordenamento; entre a pessoa jurídica e a pessoa humana; entre a lógica de mercado e a lógica existencial, concernente ao cidadão, para o qual há de se voltar, em última análise, toda a ordem jurídica contemporânea.

**Publicado originalmente na Revista nº 7 jan./jun. 1998, p. 103.*

²³ Para o exame dos diversos aspectos relativos à mais que complexa integração normativa supranacional, v. os atos de importante congresso internacional reunidos em *Diritto Privato Comunitario - Fonti, Princípi, Obbligazioni e Contratti* (coord. **Vito Rizzo**), Napoli, ESI, 1997, 2 vols.

INEGOCIABILIDADE DA MATÉRIA ORGÂNICA. TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS OU PARTES DO CORPO**

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES*

“O pudor, o recato do sexo levantam a cada passo tropeços ao médico e ao cirurgião. Mas êsses empecilhos cedem sempre às exigências da necessidade, que, aliás, não exclui, no homem de ciência, a reserva, o tacto, o respeito dêsses sentimentos delicados e dessas conveniências severas. *Nesta região dos seus domínios, a liberdade da ciência, a sua ação prática não pode ter outras fronteiras senão as da utilidade social.*” (grifo nosso). (Francisco de Castro, in “O Invento de Abel Parente”, Laemmert & Cia. Livreiros Editôres, 1893, pág. 77).

PRIMEIRA PARTE

INEGOCIABILIDADE DA MATÉRIA ORGÂNICA

SUMÁRIO: 1 – *Conceito de inegociável.* 2 – *Os direitos da personalidade: seus caracteres, conceito e natureza. A opinião da doutrina.* 3 – *O direito à vida e sobre o próprio corpo.* 4 – *O cadáver como objeto de direito.* 5 – *A previsão legislativa e o Anteprojeto de Reforma do Código Civil.* 6 – *Conclusão.*

1. *Conceito de Inegociável.*

Antes de qualquer consideração a respeito, faz-se mister precisar a significação jurídica de inegociabilidade, com referência à matéria orgânica.

Segundo RUGGIERO¹, “a definição mais simples e admitida de negócio jurídico é: “uma declaração de vontade do indivíduo tendente a um fim protegido pelo ordenamento jurídico”. Caracteriza-se, pois, como desdobramento do ato jurídico, pela manifestação da vontade, sendo determinada coisa negociável, ou não, na medida em que possa tornar-se objeto de uma vontade juridicamente declarada, produzindo os efeitos que a lei lhe reconhece e permite.

DE PLÁCIDO E SILVA² formula o seguinte conceito do vocábulo negociável:

“Derivado de negociar, em sentido vulgar significa o vocábulo tudo o que é suscetível de negócio ou que possa ser objeto de uma venda. Assim, negociável será toda coisa que esteja em comércio. Não serão negociáveis, pois, as que estão fora dêle, isto é, as insuscetíveis de apropriação e legalmente inalienáveis.”

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro.

** Ensaio jurídico apresentado no II Congresso Fluminense do Ministério Público (Teresópolis, 1968) e classificado em segundo lugar.

1 ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, Saraiva, 1957, vol. I, pág. 267.

2 DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Forense, 1963, vol. III, pág. 1.059.

Por essa definição, a negociabilidade prende-se à comercialidade do bem, tratando-se, afinal, da distinção entre coisa no comércio ou fora d'ele, considerada esta última como insuscetível de apropriação ou legalmente inalienável (Código Civil, artigo 69).

2. Os direitos da personalidade: seus caracteres, conceito e natureza. A opinião da doutrina.

2.1. O exame do tema ora versado não se restringe a esta classificação dos bens, para devidamente situar a matéria orgânica, senão que envolve outro setor do direito, o dos chamados direitos da personalidade ou personalíssimos, onde a amplitude dos conceitos, a renovação e a elaboração constantes não permitem a fixação de uma área certa, isenta de dúvidas e divergências, com uniformidade de opiniões e critérios.

A hesitação já ocorre a partir de sua própria denominação, como “direitos individuais (KOHLEK), direitos sobre a própria pessoa (WINDSCHEID), direitos pessoais (WACHTER), direitos de estado (MUHLENBRUCH), direitos originários, direitos inatos, direitos personalíssimos. Últimamente, porém, acentua-se a preferência pela expressão *direitos da personalidade* empregada por GIERKE”, conforme expõe ORLANDO GOMES.³

2.2. Receberam a influência do jusnaturalismo, que confere a cada homem direitos inatos, e na ordem civil figuram como atributos da personalidade. Favoreceu sua consagração legislativa a necessidade de se proteger a pessoa humana contra as ofensas à sua dignidade e o perigo que corria de ser amesquinhada diante da hipertrofia do poder político e do avassalador progresso técnico e científico.

Para PONTES DE MIRANDA⁴ “são efeitos de fatos jurídicos, que se produziram, nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fácticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa”.

Constam, neste século, de alguns códigos como o suíço, o japonês, o helênico e o egípcio, embora só estejam amplamente sistematizados no Código Civil italiano de 1942 e no recente Código Civil português. Fazem parte ainda dos projetos do Código Civil brasileiro e francês.

2.3. São considerados absolutos, extra-patrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, subdividindo-se em direitos à integridade física e à integridade moral. Compreendem os primeiros o direito à vida, sobre o próprio corpo e ao cadáver.

De acordo com PERREAU⁵, “les deux caractères principaux des droits de la personnalité sont d'être opposables *erga omnes* et inestimables en argent”. Deste último decorre que não podem ser cedidos, sua imprescritibilidade, a impossibilidade de transmissão por sucessão e a não aplicação dos meios comuns de representação de terceiros.

Reconhece, porém, que “des besoins sociaux ont conduit les juges à limiter dans une plus ou moins large mesure toutes ces conséquences”.

2.4. Seu conceito varia em função da natureza que lhe atribuem, entrando-se em terreno controverso.

3 ORLANDO GOMES, *Direitos da Personalidade*, Rev. Forense, vol. 216, 1966, pág. 6.

4 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 1954, tomo II, pág. 7.

5 PERREAU, *Des Droits de la Personnalité*, Revue Trimestrelle du Droit Civil, 1909, pág. 514.

Trata-se, para uns, de direitos sôbre a própria pessoa, *jura in re se ipsum*, contestados por outros através da dúvida de que a pessoa possa ser ao mesmo tempo sujeito e objeto de direito. Assim, com MAGGIORE ⁶, “si puô parlare di un diritto alla vita, alla integrità personale, all’onore, ... non sulla vita, sull’integrità personale, sull’onore”.

Argumentam, porém, alguns que o objeto do direito, na hipótese, não é a personalidade em si mesma, mas em suas diversas manifestações e projeções físicas e psíquicas. Pois, realmente, confundindo-se a personalidade com a capacidade jurídica, ela é o pressuposto dos demais direitos e não o objeto de um deles. Ampliase, dêste modo, o conceito jurídico de bem, não adstrito ao significado naturalístico, mas de conteúdo histórico, para incluir estas projeções e torná-las merecedoras da tutela do direito como objeto de uma relação.

Replica-se, entretanto, que êste desdobramento, abstrato, não é possível, quer jurídica, quer psicológicamente.

Seriam os direitos da personalidade, para outros, ínsitos à pessoa, resumindo-se no direito de ser tratada como tal, ou seja, como titular de todos os direitos próprios da natureza humana.

ORLANDO GOMES ⁷ observa que, a par dos que julgam consistirem em direitos sem objeto, há autores, como FERRARA, que consideram objetos os outros homens, com o dever de respeito ao gozo dos mesmos, sendo a vida e a integridade física meros termos de referência.

Não cessa, todavia, a divergência.

Tidos como na faixa da livre atividade humana, alguns lhes opõem limites e outros não; no primeiro caso, por imposição do interesse geral.

Esta exposição é feita com o objetivo de evidenciar a controvérsia que impera nesta parte, devendo-se ressaltar a conclusão a que chegaram CUNHA GONÇALVES ⁸ e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO ⁹, cujos ensinamentos ora nos têm orientado. O homem, em princípio, tem o direito de dispor de si mesmo, exercendo livremente sua atividade, para atingir a seus fins, atividade esta que é extrajurídica e entra na categoria do lícito e do jurídico. Ressalvam-se, porém, as proibições legais a respeito, menos em função do interesse individual, mas em nome da conservação da espécie, da utilidade social, da moral pública ou dos interesses do Estado. Assim, entre outras, a apenação do abôrto (arts. 124 a 128 do Código Penal), do induzimento e instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122 do mesmo Código) e da falsa auto-acusação (art. 341 do mesmo diploma legal).

FERRARA ¹⁰ pensa o seguinte: “Ma fuori queste limitazioni l’uomo ha una *facultas quaedam disponendi* di se stesso, disposizione che resta interna a lui, in una sfera extragiuridica”.

3. O direito à vida e sôbre o próprio corpo.

3.1. A vida é um bem absolutamente indisponível, condição em que recebe a

6 MAGGIORE, *Diritto Penale*, Bologna, 1955, vol. I, tomo I, pág. 332.

7 ORLANDO GOMES, artigo citado.

8 CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, Max Limonad, 1955, pág. 337 e segs.

9 WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Transplante de Órgãos do Corpo Humano sob o Aspecto Jurídico*, Rev. Tribunais, 1968, vol. 389, página 389 e segs.

10 FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Athenaeum, MCMXXXI, vol. I, pág. 398.

tutela penal. Não se legitimam, dêste modo, o suicídio, nem sua tentativa, ainda que impunível, nem a eutanásia, tolerando-se apenas certas atividades arriscadas, como os espetáculos circenses, o pugilato e outras mais.

3.2. De outro lado, incluem-se entre os atos lícitos, como atos que o homem pode exercer sobre sua própria pessoa, ainda numa exemplificação de CUNHA GONÇALVES, não só os da vida quotidiana – cortar o cabelo e as unhas, sujeitar-se a operações cirúrgicas – mas também ceder o sangue para uma transfusão, submeter-se a novas terapêuticas, ou legar o cadáver ao teatro anatômico, ou os olhos a uma clínica oftalmológica, ou uma das vísceras a uma cidade, o que fez D. Pedro IV ¹¹.

Êstes atos e outros constituem *direitos sobre o próprio corpo* e sua prática não lesa direitos alheios, nem ofende os supremos princípios da conservação e utilidade social, da moral pública ou os interesses do Estado. Assim é que se deve entender os direitos da pessoa viva sobre seu próprio corpo.

3.3. ORLANDO GOMES ¹², numa síntese, diz que o direito sobre o próprio corpo compreende o direito sobre o corpo inteiro e sobre as partes separadas, abrangendo os direitos de decisão individual acerca de tratamento médico e cirúrgico, exame e perícia médicos. Dizem-lhe respeito, ainda, o direito à esterilização e os problemas gerados com a inseminação artificial.

3.4. Com relação ao direito sobre as partes separadas, que julga menos controverso, adverte contra os atentados procedentes de terceiros e contra o poder ilimitado de disposição do próprio indivíduo. São partes destacáveis, por exemplo, os dentes, cabelos, unhas etc.

3.4.1. Primeiramente procuremos demonstrar-lhe a natureza. O próprio autor ¹³, contra a opinião de outros, nega se transforme em direito de propriedade, por se tornarem disponíveis estas partes separadas, permanecendo como direito da personalidade.

Contudo, pensam diferentemente RUGGIERO ¹⁴, que lhes atribui a qualidade de coisas comerciáveis, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR ¹⁵, CUNHA GONÇALVES ¹⁶ e FERRARA ¹⁷. De igual modo, PONTES DE MIRANDA ¹⁸, que repele a ocupação como meio de aquisição da propriedade, uma vez que, separada a parte, não se trata de *res nullius*, o que não é consentâneo com nosso estágio de civilização. É preciso, para êsse fim, “ato jurídico *stricto sensu*, com que se exerce direito formativo gerador”. Não admite negócio jurídico antes de destacada a parte, entendendo como negócio jurídico sobre coisa futura a compra e venda ou promessa de compra e venda de cabelos ao cabeleireiro ou ao fabricante de bonecas, não obrigando, todavia, a separar, nem a indenizar, sob pena de ser tido como ilícito. Apenas realmente separando-se, é que produz efeitos.

3.4.2. De especial interesse é a natureza jurídica das partes artificiais, tais como dentes e ossos. Ainda PONTES DE MIRANDA considera que deixam de ser objeto de direito, pois se inserem no corpo humano, a menos que mantenham a individualidade, como as perucas, dentaduras etc.

11 CUNHA GONÇALVES, *obr. cit.*, pág. 339.

12 ORLANDO GOMES, artigo citado.

13 ORLANDO GOMES, artigo citado.

14 ROBERTO DE RUGGIERO, *obr. cit.*, vol. I, pág. 246, nota 20, *in fine*.

15 PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, *O Transplante do Coração face ao Direito Brasileiro*, Rev. dos Tribunais, 1968, vol. 389, pág. 395 e segs.

16 CUNHA GONÇALVES, *obr. cit.*, vol. I, pág. 339.

17 FERRARA, *obr. cit.*, vol. I, pág. 399, nota 1.

18 PONTES DE MIRANDA, *obr. cit.*, tomo II, pág. 12.

FERRARA¹⁹, sem estabelecer esta distinção, considera-as comerciáveis e critica DERNBURG pela posição contrária.

3.5. Em suma, percebe-se que é pacífica a disponibilidade das partes destacadas do próprio corpo, limitado, porém, o poder de disposição sobre o mesmo. Os atos que lhe correspondem são condicionados ao interesse e à moralidade públicos e desde que não importem em diminuição permanente ou grave prejuízo para o disponente.

3.6. Como ilustração da matéria, mencione-se o rumoroso caso de um transplante de testículo ocorrido na Itália, mediante paga ao doador, que foi levado à apreciação dos Tribunais. As opiniões dos autores foram divergentes à época e a decisão absolutória, publicada na “Rivista di Diritto e Procedura Penale”, 1934, vol. 2, pg. 171, conclui:

.....
“II - Di regola tutti i diritti sono disponibili, a meno che l'atto di disposizione non incontri ostacolo nella impossibilità giuridica di dar vita ao negozio, o nel fatto che il negozio giuridico sia in contrasto con divieti espressi di legge, o col buon costume e con l'ordine pubblico.

III - È valido il consenso prestato alla ablazione di una ghiandola sessuale, quando tale fatto non abbia portato notevoli disturbi al soggetto, mentre abbia giovato alla persona cui la ghiandola è stata trapiantata”.

3.7. Na literatura, SHAKESPEARE conta em “O Mercador de Veneza” o suplício de Antonio, que respondia com a própria carne pelo empréstimo contraído com o usuário Shylock. Não prevaleceu, porém, a reivindicação diabólica deste, eis que, se tinha direito à peça de carne, não podia derramar sangue cristão.

4. O cadáver como objeto de direito.

4.1. Cumpre, de início, assinalar a significação etimológica da palavra, *apud* WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO: *ca* (carne), *da* (data ou dada), *ver* (vermes), donde sua destinação tradicional à sepultura.

4.2. ANTONIO BORREL MACIÀ²⁰ em sua completa obra, ensina que é como um princípio universal a aceitação do cadáver como fora de comércio. No entanto, a questão abrange variações e matizes próprios em alguns autores e até contestação, pois GRISPIGNI²¹ entende que, além de uma coisa, “per di più una *res in commercium*, la quale può anche essere oggetto di convenzione non solo a titolo gratuito ma anche a titolo oneroso”.

Negam-lhe esta qualidade CLÓVIS BEVILAQUA²², FERRARA, MANZINI²³, MAGGIORE²⁴,

19 FERRARA, *lug. cit.*

20 ANTONIO BORREL MACIÀ, *La Persona Humana. Derechos sobre su propio Cuerpo Vivo y Muerto. Derechos sobre el Cuerpo Vivo y Muerto de Otros Hombres*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954, pág. 127.

21 F. GRISPIGNI, *Il Consenso dell'Offenso*, Athenaeum, 1924, pág. 500.

22 CLÓVIS BEVILAQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Francisco Alves, 7.ª ed., pág. 155.

23 MANZINI, *Trattato*, Torino, 1950, vol. VI, pág. 96, nota 2.

24 MAGGIORE, *obr. cit.*, tomo I, pág. 332 e segs.

ENNECERUS e CASTAN (*apud* Macià), RUGGIERO²⁵ e PONTES DE MIRANDA²⁶. Os dois últimos afastam a hipótese da existência de um direito patrimonial, remontando ao direito romano:

“Dominus membrorum suorum videtur.” (L. 13, pr., D., ad legem Aquiliam, 9,2, Ulpiano).

Admite, porém, o último tratadista que se torne comerciável o cadáver, quando atingido pela imemorialidade, no caso de múmias, esqueletos e peças com ossos humanos.

FERRARA²⁷ entende que é *res extra commercium*, mas pode tornar-se objeto de direito privado por vontade do titular do direito ou pela lei. Como exemplo, cita quando é destinado a experiências científicas, podendo ser objeto de furto.

CUNHA GONÇALVES²⁸ espousa o original parecer de que não se trata de coisa no comércio, nem fora do comércio, eis que continua a merecer a proteção do direito através da incriminação de atos como sua violação e profanação, pois é símbolo da personalidade anterior.

De marcante atualidade é a opinião de FREITAS NOBRE²⁹, considerando o homem, na mesma linha de Pio XII, simples usufrutuário de seu corpo, razão pela qual nega qualquer direito patrimonial sobre o cadáver, deslocando a matéria do campo dos direitos e interesses individuais para o do interesse público e da necessidade social.

4.3. Reconhece-se, porém, de um modo geral, um direito de disposição do próprio homem em relação a seu cadáver, limitado por razões de polícia, de sanidade pública ou, *lato sensu*, de moral e ordem pública (RUGGIERO). Os herdeiros não têm este direito de disposição, “posto que, se o interesse é público, possa a pessoa mais próxima, efetivamente, do falecido ter de dar o seu consentimento, ou opor-se, mostrando que não se justifica, *in casu*, a exceção aos costumes” (PONTES DE MIRANDA).

O cadáver é para eles, herdeiros, e demais membros da família apenas objeto de cuidado (FERRARA), pois o que lhes cabe e incumbe é “um direito-dever de custódia, piedade e proteção; um direito familiar, puramente pessoal, e não patrimonial, e que, por isto, não está sujeito às regras da sucessão” (CUNHA GONÇALVES).

4.4. ANTONIO BORREL MACIÀ, em seu proficiente trabalho, uma vez mais invocada³⁰, volta ao passado e lembra que a incomercialidade corresponde a uma tradição de muitos séculos, enraizada nos sentimentos sociais e religiosos do povo. Como decorrência dessa condição atribuída ao cadáver, passou-se a ter como fora de comércio, também, o lugar onde é enterrado, efeito que qualifica e evidencia a causa. Por ocasião, entretanto, do início dos estudos anatômicos, quando se esbarrou neste inevitável obstáculo histórico, surgiu a distinção entre cadáveres destinados a serem sepultados e os que o fossem às investigações anatômicas. Os primeiros estariam fora do comércio; os segundos, não. Ainda que esta separação não atenda a um

25 RUGGIERO, *obr. cit.*, vol. I, pág. 245.

26 PONTES DE MIRANDA, *obr. cit.*, vol. II, pág. 13 e segs.

27 FERRARA, *obr. cit.*, vol. I, pág. 403 e segs.

28 CUNHA GONÇALVES, *obr. cit.*, vol. I, pág. 340.

29 FREITAS NOBRE, *O Transplante de órgãos perante o Direito*, artigos publicados in “O Estado de São Paulo” de 28-7-1968.

30 ANTONIO BORREL MACIÀ, *obr. cit.*, pág. 126 e segs.

princípio doutrinário e racional, antes a uma necessidade social e científica, resulta no precedente de que “tan sólo puede privarse de sepultura a un cadáver, cuando razones de suficiente categoría lo hacen conveniente”.

Lança, afinal, a crucial indagação: deve-se, em nome de um conceito de profanação mantido pela tradição secular, abrir mão de uma série de vantagens que a ciência proporciona?

É o conflito entre a força do passado e os impulsos para o futuro.

4.5. Vinculada ao que se vem expondo é a questão da disposição gratuita ou onerosa do corpo. Que esta – a disposição – é possível já não padece dúvida, certo que não a título de direito patrimonial. Em regra, opõem-se a que seja a título oneroso os autores citados, que não concebem o cadáver como *res in commercio*, com algumas ressalvas. CLÓVIS BEVILAQUA³¹ não o admite como objeto de contrato, quer oneroso, quer gratuito; CUNHA GONÇALVES³² faz alusão à possibilidade de a própria pessoa vendê-lo a um anatomista. PONTES DE MIRANDA³³ refere-se ao negócio jurídico oneroso por parte dos herdeiros, quando o testador assim o previu, e a razão deste negócio supera o interesse moral da inumação ou cremação.

Embasa a proibição da cessão onerosa o mesmo fato de ser tida como imoral e contrária aos bons costumes, ilícita e, em consequência, nula.

De outro lado, justifica-se a disposição gratuita, derogando a norma consuetudinária, pelos fins pedagógicos, terapêuticos e humanitários que a moralidade sanciona.

Comentando acêrca desta distinção, invocada por LOPEZ BÉRENGUER, pergunta MACIÀ³⁴ se a finalidade não é a mesma na forma onerosa ou gratuita, não obstante a vantagem pecuniária? E não é o fim que dá a licitude do ato?

4.6. A êste propósito, impõe-se apreciar a natureza do ato jurídico da disposição. ALBERTO G. SPOTA, *apud* WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO³⁵, entende-o como um mandato *post-mortem* para a remoção de partes ou órgãos, ao que objeta êste último que, perante nosso Direito, cessa o mandato com o óbito do mandante (Código Civil, arte 1.316, n.º II). Considera-o, então, simples doação ou legado, conforme se realize por ato *inter vivos* ou *mortis causa*. É ainda revogável, não podendo a família do morto contrapor-se à sua vontade.

Também MACIÀ pensa que se trata de doação. Na hipótese aventada de cessão onerosa, quer seja conceituada como um jôgo de doações compensadas economicamente ou entrelaçadas, ou como compra e venda, em face da peculiaridade do objeto, refoge às regras comuns, e, apesar de aceitar a retribuição pecuniária, considera o ato revogável a todo momento, restando apenas o dever de indenizar o cessionário, não sujeita a revogação a prazo ou prescrição. Esta indenização seria de caráter moral pelo fato de o cadáver não ser levado à sepultura, não havendo, de outra parte, o risco de um compromisso irrevogável quanto ao próprio corpo, o que seria odioso.

Estas apreciações são feitas por mero espírito especulativo diante dos rumos ignorados que a prática reiterada e progressiva dos transplantes poderá abrir para a sociedade e no Direito.

31 CLÓVIS BEVILAQUA, *obr. cit.*, pág. 155.

32 CUNHA GONÇALVES, *obr. cit.*, vol. I, pág. 339 e segs.

33 PONTES DE MIRANDA, *obr. cit.*, vol. II, pág. 15.

34 ANTONIO BORREL MACIÀ, *obr. cit.*, pág. 127 e segs.

35 WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, artigo citado.

4.7. Relativamente à disposição do cadáver pelo Estado, indaga este autor se tal é possível e procedente. Argumenta, então: se este, o Estado, representando a sociedade, pode dispor dos cidadãos em caso de guerra, quando o risco da vida permite se dizer que chega a dispor desta, não o poderia em relação ao cadáver?

Lembre-se, entre nós, a lei n.º 2.312, de 3-9-1954 – normas gerais sobre a defesa e proteção da saúde – que reza no art. 1.º: “É dever do Estado, bem como da família, defender e proteger a saúde do indivíduo”. O Dec. 49.974-A, de 21-1-1961, que a regulamentou, preceitua, no art. 13, que em caso de óbito suspeito de ter sido causado por doença transmissível, a autoridade promoverá os exames competentes no cadáver e outras medidas necessárias para a elucidação do diagnóstico.

FREITAS NOBRE³⁶ dá ênfase à existência de “um direito coletivo à utilização das possibilidades e reservas que o corpo inútil pode conceder a uma outra vida ameaçada”.

Percebe-se, em consequência, que a matéria não está situada no mero campo privatístico dos direitos individuais, ainda que limitados por princípios de ordem pública, senão que diz respeito estritamente a esta, numa visão ampla e dinâmica do Direito sob o prisma da utilidade e da necessidade social.

5. A previsão legislativa e o Anteprojeto de Reforma do Código Civil.

5.1. *Legem habemus*: a lei n.º 5.479, de 10 de agosto de 1968, prevê a retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e dá outras providências. Prescreve no art. 1.º:

“A disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo, post mortem, para fins terapêuticos é permitida na forma desta Lei” (grifo nosso).

De igual modo, no art. 10 e seu § 2.º:

“É permitido à pessoa maior e capaz dispor de órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins humanitários e terapêuticos.”

.....
“Só é possível a retirada, a que se refere este artigo, quando se tratar de órgãos duplos ou tecidos, vísceras ou partes e desde que não impliquem em prejuízo ou mutilação grave para o disponente e corresponda a uma necessidade terapêutica, comprovadamente indispensável, para o paciente receptor.”

Quanto ao cadáver, permite a retirada de suas partes num dos seguintes casos: a) pela manifestação expressa do disponente em vida; b) pela autorização escrita do cônjuge não separado e sucessivamente de descendentes, ascendentes e colaterais, ou das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos; c) na falta de responsáveis pelo cadáver, mediante a autorização do Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, sendo ainda necessária esta autorização nas casas dos itens anteriores (art. 3.º, incisos I, II, III e IV).

5.2. A lei anterior, de n.º 4.280, de 8-11-1963, também permitia a extirpação de partes do cadáver para fins de transplante, mas não era auto-executável, a não ser em relação à córnea, não tendo, por isto, sido aplicada.

³⁶ FREITAS NOBRE, artigo citado.

5.3. O Anteprojeto de Reforma do Código Civil regula os direitos da personalidade no Capítulo III, Título I do Livro I. Permite no art. 30 que se pratiquem atos de disposição sobre o próprio corpo, no todo ou em parte, nestes casos: a) quando não importem em diminuição permanente da integridade física; b) não ofendam os bons costumes; c) justifiquem-se por exigência da medicina. Igualmente, no art. 31, considera lícito o ato pela qual alguém dispõe gratuitamente de seu próprio corpo, no todo ou em parte, para depois de sua morte. Veda, ainda, no art. 32, a prática de atos de disposição sobre este pelos parentes e herdeiros.

Fundamentando o dispositivo do art. 30, diz o Prof. ORLANDO GOMES³⁷ que “a utilização terapêutica de partes do corpo humano, nos limites que a lei estabelece, legitima a prática da disposição, justificando a exceção ao princípio da extrapatrimonialidade do direito sobre o próprio corpo” (grifo nosso).

5.4. A autorização, segundo o preceito legal (arts. 3.º e 10 da lei 5.479), tem de ser expressa, devendo especificar o tecido, o órgão ou a parte objeto da retirada, quando seja de pessoa viva. Não se exige, porém, formalismo sacramental para o ato, bastando que seja um documento autêntico, podendo constar de uma carta, como de um testamento, em qualquer de suas formas, ou codicilo. Tratando-se de disponente relativamente incapaz, mister se faz, seja dada a autorização através de instrumento público, com a assistência do representante legal (inciso II do art. 2.º). Da mesma forma, sendo analfabeto.

Releva notar que se reconhece ao menor púbere apenas o direito de dispor de seu corpo, *post mortem*, nas condições mencionadas; não de consentir na retirada de órgãos e partes do mesmo, ainda em vida, o que é exclusivo das pessoas maiores e capazes (art. 10, *caput*).

6. Conclusão.

6.1. Após a exposição alinhada nos itens anteriores, chegamos à conclusão que se desenvolve a seguir:

6.2. Os direitos sobre o próprio corpo e ao cadáver, como parte dos chamados direitos da personalidade, situam-se no plano dos atos lícitos, na esfera da atividade extrajurídica do homem, limitados por imperativos de ordem pública e moral, não contravindo às regras dos *bonos mores*.

6.3. Quanto às partes destacadas do corpo da pessoa viva, limitado seu poder de disposição sobre o mesmo, uma vez separadas, tornam-se comerciáveis, portanto, objeto de propriedade: unhas, cabelos etc.

6.4. São inteiramente válidos os limites opostos a este poder de disposição pelo Anteprojeto de Reforma do Código Civil, no art. 30, e pela lei n.º 5.479, no art. 10, § 2.º (itens 5.1. e 5.3.).

6.5. Com referência ao cadáver, tem a pessoa o poder de dispor dele, no todo ou em parte, tendo em vista a finalidade útil e humanitária, como o é a terapêutica, prevista no art. 1º da mencionada lei n.º 5.479. Será, porém, um ato gratuito, em obediência aos sentimentos de moralidade vigentes, que encontraram guarida no preceito legal.

³⁷ ORLANDO GOMES, *Memória Justificativa do Anteprojeto do Código Civil*, Imprensa Nacional, 1963, pág. 36.

6.6. Se bem que não assista aos herdeiros e parentes do falecido nenhum direito patrimonial nem poder de disposição sobre o cadáver, podem estes autorizar a retirada de órgãos e partes do mesmo, para fins terapêuticos. Este ato se justifica por um princípio social de que pode e deve o Estado intervir para prover a bem da saúde dos indivíduos e corresponde, na fase atual dos progressos científicos, a uma necessidade ou direito coletivo.

A autorização pelos parentes é uma decorrência do direito-dever de piedade, custódia e proteção que têm sobre o cadáver, de natureza familiar e pessoal. Procedente, assim, é a norma legal (art. 3.º, inciso III, da lei n.º 5.479).

6.7. De igual modo, podem manifestar esta autorização as corporações religiosas ou civis responsáveis pelos despojos e o Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, na falta de responsáveis pelo cadáver. Fundamenta-se o ato naquele princípio do prevalente interesse público e social, exposto no item anterior. Justificada novamente a norma legal (art. 3.º, incisos III e IV).

6.8. Afinal, numa conclusão objetiva em relação ao tema proposto, as partes destacáveis do corpo da pessoa viva, guardados os limites físicos e legais, quando separadas, tornam-se *res in commercio*. Quanto ao cadáver, no todo ou em suas partes, é *res extra commercium*, por contrariar atualmente qualquer negócio oneroso sobre o mesmo à moral da sociedade, à qual repugna a idéia de sua mercantilização. Cada caso, porém, merece exame especial, e a simples recompensa pode não lhe atribuir êsse caráter, se precípua o fim de beneficiar a saúde de outrem.

Impõe-se ponderar, com FREITAS NOBRE³⁸ que, nesta hipótese, a despeito do caráter oneroso do ato, cabe ao médico decidir se deve ou não ser realizada a retirada do órgão do morto para salvar uma vida.

Entendendo-se o termo inegociável como próprio das coisas fora do comércio, o cadáver o é, mas não, a parte ou o órgão destacados do corpo da pessoa viva.

6.9. Contudo, se se compreender o termo inegociável como dizendo respeito a negócio jurídico *stricto sensu*, no conceito proposto por RUGGIERO no item 1 (hum) dêste, conclui-se que o cadáver pode ser objeto de uma declaração de vontade tendente a produzir um efeito protegido pelo ordenamento jurídico, a qual coincide com sua disponibilidade, doutrinária e legalmente admitida. Não sendo esta, porém, de caráter patrimonial, daí decorre que êle seja insuscetível de apropriação e, por tal razão, fora de comércio. Sòmente neste sentido é que se entende possa ser objeto de doação.

Nesta parte, deve-se levar em conta a observação de PERREAU³⁹ já em 1909:

“Rigoureusement parlant, les droits de la personnalité, placés hors du commerce, sont incessibles, ou, d’une façon plus générale, insusceptibles de conventions, ou, un peu plus largement encore, hors des atteintes de la volonté humaine.

Ceci, c’est de la théorie; mais en pratique, rien n’eut été plus fâcheux. Aussi les tribunaux ont-ils largement atténué cette idée.”

6.10. É necessário, finalmente, que fique bem assinalado o caráter de prevalência do interesse público e social nesta matéria, já se chegando a falar num

38 FREITAS NOBRE, artigo citado.

39 PERREAU, artigo citado.

“direito coletivo à utilização das reservas do corpo inútil”, o que não permite se dê por encerrada sua discussão em termos de inovações e perspectivas. Deve-se pesar também que a própria negociabilidade do cadáver não é de ser repudiada em termos absolutos, se predominante o fim utilitário do benefício à vida e à saúde de outrem. Basta lembrar as vendas de sangue e leite, a criação de Bancos para esse fim, tal o de córnea, e ainda, no plano dos direitos da personalidade, a resistência vencida à indenização do dano moral.

Retenham-se a este propósito as palavras do Papa Pio XII, *apud* Monsenhor ARRUDA CÂMARA: ⁴⁰ “É de proibir-se qualquer retribuição ou compensação aos interessados? É fora de dúvida que graves abusos podem ocorrer se se exige retribuição. Mas seria exagêro tachar de imoral qualquer aceitação ou exigência de retribuição. O caso é análogo ao da transfusão de sangue: é um mérito do doador recusar prêmio; mas não constitui culpa, necessariamente, aceitá-lo”. Arremata o padre deputado que o cita: “Assim, não vejo como considerar crime o recebimento de compensação, sobretudo, tratando-se de pessoas pobres”.

6.11. Há de nortear a criação do legislador, a interpretação do hermeneuta e a aplicação que da norma legal façam os magistrados, os membros do Ministério Público, os advogados e, enfim, quantos lidem com o laborioso mister da Justiça a admirável lição de ALCEU AMOROSO LIMA: ⁴¹

“Essa majestade suprema do direito, que parte da mutação das leis positivas, enquanto subordinadas às circunstâncias, mas vai integrar-se na imutabilidade suprema da lei natural, enquanto participa da lei eterna, integrando-se assim harmoniosamente Direito e Moral, é o que constitui a essência do direito, segundo a sua concepção verdadeira, harmoniosa, completa, ao mesmo tempo plástica e fixa, atendendo às circunstâncias da “defectibilidade” humana e das mutações sociais e por outro lado às exigências da permanência e da perfeição divina.”

SEGUNDA PARTE

O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS OU PARTES DO CORPO

SUMÁRIO: 7 – A lei 5.479, de 10-8-68 e as partes vetadas. 8 – As questões suscitadas perante o Direito. 9 – A ausência de crime contra o respeito aos mortos. 10 – A licitude do transplante: a intervenção cirúrgica. 11 – O consentimento do paciente. 12 – Os critérios para a determinação da morte e a responsabilidade média. 13 – A retirada dos órgãos e partes e o prazo para a realização da autópsia. 14 – A necessidade de autorização do disponente, da família e de terceiros. 15 – Autorização para as instituições nas quais se realize o transplante. 16 – Novas figuras delituosas. 17 – As perspectivas do transplante na Ciência. A Moral e o Direito. 18 – Conclusão.

7. A lei 5.479, de 10-8-68 e as partes vetadas.

⁴⁰ Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968.

⁴¹ ALCEU AMOROSO LIMA, *Introdução ao Direito Moderno*, 2.^a ed., pág. 106.

7.1. Esta lei, que permite a retirada e o transplante de órgãos e partes do cadáver para fins terapêuticos, dispõe ainda em seus artigos 2.º e 4.º, parágrafo único, o seguinte:

“A retirada para os fins a que se refere o artigo anterior deverá ser precedida da prova incontestável da morte.”

.....
“A retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes do cadáver, somente poderão ser realizados por médico de capacidade técnica comprovada, em instituições públicas ou particulares, reconhecidamente idôneas e autorizadas pelo órgãos públicos competentes.

Parágrafo único. *O transplante somente será realizado se o paciente não tiver possibilidade alguma de melhorar através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica.*” (grifo nosso).

Prevê no art. 10 e parágrafos a retirada de órgãos ou partes do próprio corpo vivo (vide item 5.1.).

Determina no art. 6.º a recomposição condigna do cadáver, que será entregue aos responsáveis para o sepultamento, sob pena de prática de ilícito penal a que é cominada a pena prevista para o crime de destruição, subtração ou ocultação de cadáver: reclusão de um a três anos e multa de cinquenta centavos a três cruzeiros novos (art. 211 do Código Penal).

Impõe, no art. 11, a pena de detenção de um a três anos, sem prejuízo de outras sanções que couberem, para a infração ao disposto nos arts. 2.º, 3.º, 4.º e 5.º e proíbe a intervenção, se houver suspeita de crime (art. 12).

De outro lado, “a retirada de partes de cadáver, sujeito por força de lei à necropsia ou à verificação diagnóstica da *causa mortis*, deverá ser autorizada pela médica legista e citada no relatório da necropsia ou da verificação diagnóstica” (art. 9.º).

Prevê sua regulamentação no prazo de sessenta dias a partir de sua publicação, em 14-8-68 (art. 15).

7.2. Contudo, êste não era o texto final da projeta que subiu à sanção presidencial, o qual dispunha o seguinte nos parágrafos 1.º, 2.º e 3.º do artigo 2.º (Diário do Congresso Nacional, de 21-8-68) :

.....
“A verificação do óbito deverá ser feita pelos métodos científicos atualizados, sempre precedida da comprovação da ausência de atividade cerebral demonstrada pelo traçado absolutamente linear do eletroencefalograma e a ausência de batimentos cardíacos por mais de cinco minutos.”

“O atestado de óbito será subscrito por três médicos, sendo um clínico, um cardiologista e um neurologista, que não pertençam à equipe que irá proceder à dupla operação de retirada e enxêrto.”

“Em caso de aproveitamento de olhos ou órgãos do cadáver que dispensem a retirada imediata, bastará o atestado de óbito firmado por um médico.”

Estas partes foram vetadas pelo Presidente da República (Diário mencionado) com fundamento em que “a disposição dos parágrafos 1.º, 2.º e 3.º do art. 2.º visam disciplinar, através de uma sistemática estabelecida, o *modus faciendi* para a comprovação da morte, face ao fim colimado”. “Por isso, fixou não só a forma de verificação do óbito, como exigiu a adoção de métodos, que, tendo em vista a dinâmica com que se processam as transformações técnico-científicas, poderiam, mesmo, pelo risco de se tornarem arcaicos, invalidar todo o esforço empreendido pelos nossos cientistas, no sentido de permitir ao nosso país, no campo das ciências e da tecnologia, formar com as nações mais desenvolvidas”. Prosseguindo, diz que “a essas exigências acrescenta-se a da obrigatoriedade de o atestado de óbito ser subscrito por três médicos na especialidade que menciona”, o que pode invalidar o objeto da lei.

8. *As questões suscitadas perante o Direito.*

Várias questões afloram em virtude da prática dos transplantes, entre outras: a disponibilidade dos órgãos ou partes do corpo humano, objeto da primeira parte deste trabalho; sua licitude penal, tanto pelo aspecto do crime contra o respeito aos mortos, quanto pela intervenção cirúrgica; o consentimento do paciente; a determinação da morte e a previsão legal de seu critério; a autorização do disponente, da família e de terceiros; a restrição de sua prática a médicos e instituições que preencham determinados requisitos; a apenação de novas infrações.

9. *A ausência de crime contra o respeito aos mortos.*

9.1. A retirada dos órgãos ou partes do cadáver não configura o delito previsto no art. 211 do Código Penal (destruição de cadáver), porque sua licitude decorre da lei, como se observou. Todavia, ainda assim, não o caracterizaria, eis que não ocorre destruição, pois, ao contrário, o órgão é aproveitado em outro corpo, para permitir-lhe a continuidade da vida, “com as condições de uma autêntica moratória que a Providência propicia”, no elegante dizer de FREITAS NOBRE.⁴² É o milagre da morte em socorro da vida.

9.2. De igual modo, não se configura o crime do art. 212, do Código Penal (vilipêndio a cadáver ou suas cinzas) visto que não se tipifica a ação, nem há o dolo específico necessário.

10. *A licitude do transplante: a intervenção cirúrgica.*

10.1. Afastada a hipótese de ofensa ao bem jurídico de respeito aos mortos, resta saber se o ato em si envolve ilicitude por violar outros interesses penalmente tutelados como a integridade física e a liberdade individual, eis que ocorre também entre pessoas vivas.

Permitido em lei, não há, em princípio que cogitar seu caráter criminoso, desde que, realizado em obediência às normas que traça, aos limites e condições que impõe. Ressaltem-se entre estas a finalidade terapêutica e a impossibilidade de o paciente melhorar através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica.

⁴² FREITAS NOBRE, artigo citado.

O médico que executa o transplante age, assim, no exercício regular de um direito consagrado na lei.

Não obstante sua previsão legal, o ato se justificaria, e excluída estaria a ilicitude, porque não é contrário ao direito.

10.2. GRISPIGNI ⁴³ assinala, com razão, que “nella trapiantazione di organi si riscontra una vera e propria lesione personale, in quanto che il danno non è prodotto a beneficio della salute della persona che lo subisce, bensì a beneficio di una terza”.

A questão se propõe e deve ser examinada à luz do tratamento médico-cirúrgico, ao qual se reduz, em última análise, conforme entende JIMÉNEZ DE ASÚA. ⁴⁴

10.3. A êste propósito, o Prof. OSCAR STEVENSON ⁴⁵ alude às seguintes “teorias da razão jurídica de discriminar-se o médico no desempenho dos misteres:

- a) consenso;
- b) qualidade do motivo ou fim;
- c) pelo fim eminentemente social;
- d) pela ausência de dolo e nada mais;
- e) pelo fim salutarífico e estético reconhecido pelo Estado;
- f) pela natureza das condições de cura as quais não podem considerar-se lesão nem turbamento da integridade física;
- g) pelo exercício de profissão regulada por lei justificadora dessa atividade intrinsecamente lícita;
- h) pelo direito resultante de profissão legalmente reconhecida;
- i) pela aplicação do princípio do interesse prevalente, o da sociedade;
- j) pelo costume.”

Conclui que o ato se legitima em função do consentimento, numa interpretação *ex contrario sensu* do preceito contido no inciso II do § 3.º do art. 146 do Código Penal (constrangimento ilegal):

.....
“§ 3.º - Não se compreendem na disposição dêste artigo:

.....
II - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.”

Partindo da análise dêsse dispositivo, admite a intervenção médico-cirúrgica, por escopo terapêutico ou não, abrangidos o enxêrto de pele ou de testículo e a transplantação ovárica.

É certo, porém, que diante do nôvo texto legal que disciplina a matéria, estas intervenções somente se tornam possíveis, quando correspondem a uma necessidade terapêutica.

⁴³ F. GRISPIGNI, *obr. cit.*, pág. 479.

⁴⁴ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, Tomo IV, pág. 671.

⁴⁵ OSCAR STEVENSON, “*Exclusão do Crime por Causas não Previstas Formalmente*”, Livraria Acadêmica, 1941.

10.4. NELSON HUNGRIA,⁴⁶ ANÍBAL BRUNO⁴⁷ e MAGALHÃES NORONHA,⁴⁸ de um modo geral, não sendo nosso propósito invocar maiores razões de seu pensamento, justificam-na como uma atividade autorizada pelo Estado, dentro dos meios e regras admitidos, inerente ao dever profissional do médico.

BETTIOL⁴⁹ faz uso do princípio da ação socialmente adequada para excluir a tipicidade da intervenção cirúrgica com êxito, justificando-a, em outros casos, pelo critério do consentimento do titular do direito entrelaçado com o da necessidade. Explica por êles a licitude das transplantações cutâneas e das transfusões de sangue, ponderando que “poder-se-á talvez admitir que seja a própria lei que autoriza semelhantes intervenções, mas de qualquer modo é certo que o consentimento, quando subsista a necessidade, é idôneo a elidir todo o caráter ilícito ao fato cometido por um cirurgião. Trata-se, ademais, de ações que têm uma importância moral e social positiva”.

Recorre também à ação social adequada, “por consubstanciar um meio justo para um fim justo, por atender ao princípio do balanceamento de bens-interesses” o Prof. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, em artigo exclusivo sobre o transplante do coração.

JIMÉNEZ DE ASÚA⁵⁰ trata especificamente dos transplantes e diz que “no tenemos qué invocar el consentimiento, ya que éste no es la causa que justifica el tratamiento médico-chirúrgico. Á la luz del verdadero motivo justificante de esos actos es como ha de mirarse el problema. *Esos tratamientos médicos y quirúrgicos se justifican por el fin de curar reconocido por el Estado, y que fundamenta su licitud al demostrarse válido conforme a la doctrina de la valuación de bienes*” (grifo nosso).

Admite, porém, que, abstraído-se a hipótese das operações denominadas necessárias, no caso das operações convenientes, o consentimento é que dá a oportunidade da ação, condicionando-a.

Adverte ainda que é preciso a presença de um elemento subjetivo: o fim de curar. Propõe o exemplo de alguém que ceda um órgão para transplante movido pelo lucro e pondera que, por êste motivo, não se justifica a ação. Embora se argumente não esteja o médico, único responsável, imbuído do desejo de lucro, êle o será, uma vez que o momento em que se deve aferir a culpabilidade não é o do enxerto do órgão no corpo receptor, mas na sua extração do disponente, que o cede mediante pecúnia.

Conclui que somente “el elemento subjetivo de lo justo (sanar en este caso) destruye el posible tipo legal delictuoso”.

Contudo, algumas indagações se impõem diante desta opinião. Se o transplante fôr indispensável para o receptor, como sugere FREITAS NOBRE,⁵¹ irá o médico deixar de fazê-lo? Será ilícita sua ação? Parece-nos, à vista do estado de necessidade, que não.

Esta discriminante é invocada por êste autor para afastar a ilicitude dos transplantes de um modo geral, ao lado da excludente penal do inciso II, § 3.º, do art. 146 do Código Penal. Quanto ao disponente, justifica a retirada do órgão pelo estado de necessidade e pelo interesse coletivo, comprovada de modo insofismável a morte.

Ocorre na intervenção um *perigo de vida*, não só iminente, mas *atual* e, além do mais, *inevitável*, o que determina aja o cirurgião em socorro do titular do bem

46 NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, 4.ª ed., vol. I, tomo I, pág. 310 e vol. V, pág. 106.

47 ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, 2.ª ed., vol. I, tomo 2.º, pág. 12 e segs.

48 E. MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 3.ª ed., Saraiva, 1.º vol., pág. 234.

49 GIUSEPPE BETTIOL, *Direito Penal*, Editora Revista dos Tribunais, 1966, págs. 353, 402 e segs.

50 JIMÉNEZ DE ASÚA, *obr. cit.*, pág. 670.

51 FREITAS NOBRE, artigo citado.

ou interesse jurídico que a justifica e reclama. Fala, então, com mais propriedade, em *socorro de necessidade*, que pressupõe “a atualidade e inevitabilidade do perigo, a proporcionalidade do perigo de vida na situação do paciente e do perigo de vida com o transplante, situação esta de necessidade capaz de integrar a figura do *estado de necessidade*”.

DONNEDIEU DE VABRES, *apud* JIMENÉZ DE ASÚA, nega a legitimidade de qualquer enxerto por falta de validade do consenso, não importando o motivo que inspire o doador.

VICENZO SPIEZA⁵² alega que “nei limiti fissati, i trattamenti in esame sono legittimati da uno scopo, che dello Stato e riconosciuto conforme ai fini della legge penale e parallelo al sentimento sociale”.

11. O consentimento do paciente.

Diante da omissão da Lei n.º 5.479, cremos que o paciente, cujo corpo receberá o órgão transplantado, deverá consentir na operação, ou alguém por ele, como ocorre nas intervenções cirúrgicas de um modo geral.

A êste propósito, um “Esbôço de Legislações sôbre Transplantes”, preparado pelo Instituto de Patologia Cirúrgica de Roma⁵³, anexado pelo Deputado CUNHA BUENO ao projeto de lei que apresentou sôbre a matéria, exige como condição para a remoção de um órgão que o receptor, ou algum de seus parentes, contra-assine o requerimento firmado pelo médico, comunicando a intenção de realizar o transplante.

O Deputado NELSON CARNEIRO, em parecer como Relator dêsse projeto e do que recebeu o n.º 1.084, ambos dêste ano (1968), assim se pronunciou: “O paciente, ao menos nesta fase inicial, necessita, entretanto, de estar cômscio dos riscos que o aguardam e de dar conscientemente (ou, em seu impedimento, alguém por êle) expressa concordância com o aludido tratamento”.⁵⁴

Verdade é que, em face dos têrmos da Lei n.º 5.479 (§ único do art. 4.º), só se faz o transplante, quando não há possibilidade alguma de o paciente melhorar através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica. Não é de se dispensar, todavia, seu consentimento. Comentando a excludente penal do inciso II do § 3.º do art. 146 do Código Penal, diz NELSON HUNGRIA que “torna-se desautorizado o tratamento arbitrário mesmo nos casos em que, embora previsível a morte do enfêrmo, tenha êste um período mais ou menos prolongado de sobrevivência”.⁵⁵

Parece-nos tenha lugar esta excludente, quando, além do *iminente perigo de vida*, objetivo e concreto, exigindo o transplante como necessário, urgente e inadiável, não esteja o paciente em condições de consentir, nem haja quem o faça por êle.

Não contra sua vontade, nem à sua revelia, se pode consentir, ao menos nesta fase inicial de riscos e dúvidas de alguns, enquanto se aguarda a consolidação dêste nôvo tipo de intervenção cirúrgica em todos os aspectos médicos, especialmente o imunológico.

12. Os critérios para a determinação da morte e a responsabilidade médica.

52 VICENZO SPIEZA, *Limiti della Liceità Giuridica del Trattamento Medico-chirurgico*, Alberto Moreno Editore, Napoli, MCMXXXIII, pág. 83.

53 Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968, pág. 2865.

54 Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968, pág. 2867.

55 NELSON HUNGRIA, *ob. cit.*, vol. VI, pág. 179.

12.1. São as seguintes as palavras do Prof. PAULO VAZ DE ARRUDA, integrante da equipe do Prof. ZERBINI, a respeito da determinação da morte, citadas pelo Deputado NELSON CARNEIRO:⁵⁶ Verificar, constatar a morte dos outros é algo profundamente angustiante. Na filosofia da ciência já está estabelecido que, o que é mais valioso é a hipótese, desde que seja uma hipótese de boa qualidade. A hipótese é mais importante que a própria conclusão, pois uma vez chegada à conclusão, não se tem nada mais em disponibilidade; *é tão verdadeira a relatividade e a mutabilidade dos conceitos científicos* que os encarregados da reformulação vigente procuram dar um conceito vasto e mais amplo do problema da vida real e da vida aparente. Embora seja profundamente angustiante verificar e constatar a morte dos outros, estamos acostumados a fazê-lo. E tudo isto tem sentido, porque existe a perspectiva de uma nova vida real” (grifo nosso).

12.2. A Lei n.º 5.479 exige, no art. 2.º, apenas a prova incontestável da morte, não estabelecendo critérios mínimos para sua verificação, fiel, assim, ao projeto originário.

No entanto, não era o que constava do projeto de lei aprovado pelo Congresso, vetadas que foram as disposições relativas a esta verificação, conforme se expôs no item 7.2. Entre os motivos para fundamentar o veto, saliente-se o da exigüidade do tempo para o aproveitamento natural de algumas vísceras, o que seria impossível diante dos requisitos fixados, tais como o do § 2.º do art. 2.º.

12.3. Sugerindo critérios mínimos para esta árdua tarefa, têm-se reunido especialistas em várias partes do mundo, já tendo havido pronunciamento de um grupo de professores da Universidade de Harvard (“O Globo”, de 13-9-68), da Academia de Ciências dos Estados Unidos e de vinte e quatro eminentes cardiologistas do mundo em junho deste ano (1968), em Genebra.⁵⁷

12.4. HUBERT LEPARGNEUR, O. P.⁵⁸, refletindo sobre a Deontologia nos transplantes de coração, pondera que “só o indivíduo pode e deve-se capacitar, na medida de seus meios concretos, a responder com competência à questão moral da oportunidade de determinada ação”. Escreve em outra parte que “é duvidoso de que o psiquiatra possa substituir a responsabilidade do juiz, mas não há dúvida de que o cirurgião deve assumir sua própria responsabilidade ética, não podendo separar esta avaliação ética da avaliação técnica, de acordo com a natureza da moral que expusemos. Nesta avaliação de oportunidade, avaliação ao mesmo tempo técnica e ética, sabemos que entram em jogo não só princípios, mas coeficientes pessoais culturalmente condicionados”.

12.5. O Código de Ética Médico, por outro lado, em vários artigos, firma a responsabilidade do facultativo pelos atos que deva praticar, advertindo que só pode fornecer o atestado de óbito após certificar-se pessoalmente da realidade da morte (artigo 61). Proscreeve ainda as experiências *in anima nobili*, a não ser para fins de tratamento ou diagnóstico, com o consentimento do paciente (art. 58).

12.6. O Esboço de Legislações sobre Transplantes recomenda que “toda instituição com direito a realizar tais remoções deverá ter um pessoal qualificado para fazer uma definição da morte”.

13. A retirada dos órgãos e partes e o prazo para a realização da autópsia.

56 Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968, pág. 2866.

57 Revista *Pergunte e Responderemos*, n.º 105, de setembro de 1968.

58 HUBERT LEPARGNEUR, *Transplantes do Coração: Reflexões de Deontologia*, in Revista Eclesiástica Brasileira, vol. 28, fasc. 2, pág. 418.

Esbarrou-se, ao início dos transplantes, na proibição do artigo 162 do nosso diploma penal adjetivo, o qual dispõe que “a autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito”.

No entanto, a Lei n.º 5.479 só exige que a retirada do órgão seja precedida da prova incontestável da morte, além de que a própria parte final do dispositivo citado consagra a exceção: “salvo se os peritos, *pela evidência dos sinais da morte*, julgarem que possa ser feito antes daquele prazo, o que declararão no auto” (grifo nosso).

Parece, assim, não subsistir o pretenso obstáculo que apenas à autópsia se refere.

14. *A necessidade de autorização do disponente, da família e de terceiros.*

14.1. A retirada do órgão só se torna lícita mediante esta autorização nos casos e nas condições referidos no item 5.1., *in fine* (art. 3.º, incisos I a IV da Lei n.º 5.479), sob pena de o infrator incorrer nas sanções do art. 11.

14.2. Uma questão interessante se propõe: negando a família a autorização, e, todavia, havendo um paciente em estado grave, necessitando urgentemente do transplante de um órgão que só aquele corpo pode fornecer, deve-se deixar de realizá-lo em obediência àquela negativa, abandonando-se o paciente ao mal que o condena?

Duas solicitações se chocam, ficando o médico prêsso de atroz dúvida: se atende à palavra e aos sentimentos dos familiares ou se ao estado grave do paciente. Terrível dilema que se resolve na consciência ética.

Parece-nos não seja ilícita sua conduta, caso se sobreponha à negativa e aos sentimentos dos familiares e beneficie o corpo do paciente condenado. Talvez lhe agradeçam mais tarde aqueles que negaram, por terem podido contribuir para o bem do próximo, apesar de que se houvessem furtado, na hora, ao gesto que, conforme salientou o Papa Pio XII, é menos de um dever e sim de caridade.

Não é ignorar a palavra deste grande Pontífice⁵⁹ de que devem ser observados “os sentimentos de uma terceira parte interessada que cuida do cadáver. Não seria humano desdenhar tais sentimentos profundos para servir um fim terapêutico”.

Trata-se apenas de um estado de necessidade intenso no seu maior grau, já que o paciente não pode esperar que apareça outro corpo do qual se retire o órgão capaz de lhe permitir a vida.

15. *A autorização para as instituições nas quais se realize o transplante.*

Acertada se afigura esta previsão legislativa (art. 4.º da Lei n.º 5.479 - item 7.1.). MACIÀ dá notícia de que o mesmo ocorre na Espanha por disposição legal que data de 1950.⁶⁰

Com mais fundamentos se apresenta esta restrição, quando a própria lei não estabelece critérios científicos para a determinação da morte, deixando êste e outros problemas afetos à responsabilidade médica. Daí também o requisito de capacidade técnica que se exige do profissional.

16. *Novas figuras delituosas.*

16.1. A Lei n.º 5.479 cria figuras delituosas nos arts. 6.º, § único, e 11, mencionados no item 7.1.

59 *Apud* MONSENHOR ARRUDA CÂMARA, *in* Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968, pág. 2866.

60 ANTONIO BORREL MACIÀ, *obr. cit.*, pág. 125.

Longe de pretender adentrar o exame da matéria, que, pela novidade, muitos aspectos oferece a estudo e debate, deve-se frisar, numa referência aos trabalhos legislativos, que o projeto aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Saúde da Câmara dos Deputados dispunha, nesta parte, que a infração aos dispositivos da lei configuraria os crimes do art. 121, § 3.º e do art. 211 do Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Em trâmite no Senado, recebeu emenda do Senador ALOYSIO DE CARVALHO, que se converteu no atual art. 11, assim justificada: ⁶¹ “Ora, o art. 121, § 3.º é de homicídio culposo. Estamos, então, admitindo que a retirada de um órgão de um indivíduo, já cadáver, possa ser considerado homicídio culposo. É muito mais próprio que a pena a aplicar seja a mesma pena para o homicídio culposo, mas aplicada ela própria sem qualquer referência ao artigo do Código Penal que pune o homicídio culposo”.

Em caso da transgressão ao art. 2.º da lei, portanto, pratica o médico infração isolada, que diz respeito tão-somente à prova da morte.

Acrescente-se que, apesar de esta - a morte - não ter resultado incontestavelmente provada, não quer dizer que não tenha ocorrido.

Uma questão interessante poderia surgir: se ficasse demonstrado que o doador não estava morto, quando lhe foi retirado o órgão, mas que veio a falecer em virtude dessa extração, por que crime ou crimes responderia o médico? Por ambos os ilícitos referidos - homicídio culposo e art. 11 desta lei - ou apenas por um deles, então, o primeiro?

16.2. Outro problema é a co-responsabilidade ou não do Diretor da Instituição na prática das infrações previstas na Lei n.º 5.479, dado que o transplante depende de sua autorização (artigo 3.º, IV, *in fine*). Assume esta dúvida especial relevo, quando se trata do diagnóstico impreciso da morte.

17. As perspectivas do transplante na Ciência. A Moral e o Direito.

17.1. Estas perspectivas dependem, *prima facie*, do resultado das operações. Êste não tem sido desanimador, não obstante os percalços de uma experiência nova, que espera e necessita de consolidação, sem prejuízo dos horizontes que deixa antever.

Constam da Exposição de Motivos que acompanhou a mensagem do projeto da Lei n.º 5.479 estas palavras: “Inicialmente limitada a algumas peças, como a córnea e os ossos, as possibilidades de extirpações estenderam-se a outras partes ou órgãos mediante o advento de recursos extracorpóreos de manutenção da vida, necessários à realização de profundos atos operatórios”. “O coração e o rim já estão incluídos, dêste modo, entre os órgãos que se vêm substituídos, com sucesso promissor”.

A conclusão do relatório do “*Human Kidneys Transplant Registry*”, publicada na “Revista da Associação Médica Brasileira”, vol. 14, n.º 7, de julho de 1968, notícia 1.200 casos de transplantes renais humanos executados até dezembro de 1966, assinalando cerca de 75 % de bons resultados após um ano de transplante, quando os doadores eram parentes próximos: mãe, pai e irmãos. Analisando os quinze primeiros casos de homotransplante renal *inter vivos* no Brasil, os autores do artigo mencionado atestam 64 % de sobrevivência de mais de um ano, considerando a série de 11 casos. E concluem: “dessa análise resulta uma impressão bastante favorável dos resultados obtidos, bem como do grande número de informações científicas dêle tiradas, de modo que se sentem estimulados a prosseguirem no programa em questão”.

61 Diário do Congresso Nacional, de 20-6-1968, pág. 2126 (Seção II).

O Monsenhor ARRUDA CÂMARA,⁶² em parecer ao então projeto da Lei n.º 4.280, de 6-11-63, repetido no que proferiu para a atual lei, faz alusão ao Banco de Olhos do Rio Grande do Sul e às estatísticas de que “de 48 a 54, entre 40 % e 65 %, o transplante deu resultados positivos, sendo em 20% com a plenitude de visão, semelhante à natural”.

Por êstes resultados e pelo prosseguimento dos estudos científicos, percebe-se que novos rumos surgem na difícil arte de curar, velho sonho que é o transplante, acalentado durante mais de seis mil anos, apesar de só ter adquirido fundamento científico há sessenta anos.⁶³

17.2. Perante a Moral, nenhuma restrição se lhe faz em princípio. SANTO TOMÁS DE AQUINO, invocado pelo padre-deputado, naquele parecer, dá a justificativa moral para os transplantes eteroplásticos (doador e receptor são de espécie diversa): “Na ordem natural das coisas, os mais imperfeitos existem por causa dos mais perfeitos... Daí ser lícito sacrificar as plantas ao uso dos animais e os animais para o uso do homem, segundo a própria ordenação divina” (Summa Teol. 2.^a - 2.^a - 63).

Quanto ao transplante omoplástico do cadáver para o homem vivo, cita ainda as palavras de PIO XII: “Para quem recebe, representa essa operação um reparo e a correção do defeito de nascimento ou de acidente. Relativamente ao defunto, não se lesa bem algum que lhe diga respeito nem o seu direito a tal bem. O cadáver não é mais, no sentido da palavra, “sujeito de direito”. A extirpação não é mais privação de um bem; os órgãos do cadáver não possuem mais o caráter de bens, porque já não lhe servem e não têm mais relação com fim algum. Suas finalidades se findaram”.

A lenda também nos dá notícia de um transplante realizado pelos Santos Cosme e Damião de uma perna completa, proveniente de um etíope morto para um devoto membro da Igreja primitiva.

17.3. Perante o Direito, máxime o Direito Penal, só deve encontrar o agasalho legal para que possa ser útil à humanidade, partindo do respeito ao indivíduo como tal e aos valores morais da sociedade em que vive. Caem bem as palavras de VICENZO SPIEZA:⁶⁴

“La legge penale è creata per garantire la società nella sua costituzione legale e nei suoi diritti pubblici di ogni natura, per proteggere il suo progresso, per mantenerne salda la compattezza e per assicurarne la vitalità, oltre che per punire l’offesa che un reato arreca al sentimento sociale, che, in un determinato periodo storico, ritiene antisociale e anti giuridico un dato fatto.”

18. Conclusão.

18.1. De todo o exposto, chega-se à seguinte conclusão:

18.2. Os transplantes para fins terapêuticos, se o paciente não tiver possibilidade alguma de melhorar através de tratamento médico ou de outra ação cirúrgica, legitimam-se pela Lei n.º 5.479, preenchidas as condições que prevê, constituindo ilícito penal a infração a alguma destas disposições. Entre elas, saliente-se a da prova incontestável da morte, quando o órgão deva ser retirado de cadáver.

62 Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968, pág. 2867.

63 ROY YOOK CALNE, *Transplante Renal*, Editorial Acribia, Zaragoza, Espanha, 1965.

64 VICENZO SPIEZA, *obr. cit.*, pág. 81.

18.3. Justificam-se, ainda, extralegalmente, por sua finalidade social e humanitária, funcionando o consentimento do disponente ou de quem de direito como mera condição ou oportunidade da ação.

18.4. Êste, o consentimento, faz-se necessário por parte do paciente, também, ou, no seu impedimento, de alguém por êle, a não ser que ambas as hipóteses não sejam possíveis, e a iminência do perigo de vida exija a intervenção como necessária e inadiável. Não, porém, contra a vontade do paciente ou à sua revelia se podiam manifestá-lo.

É o mínimo que se exige nesta fase inicial dos transplantes.

18.5. Os critérios para a determinação da morte ficam por conta da responsabilidade profissional e ética do médico, a quem se requer capacidade técnica comprovada. Tendo em vista as constantes transformações técnico-científicas, que novos critérios poderão trazer para êsse fim, melhor é que se deixe à sua consciência e idoneidade profissional a certeza desta verificação, sendo exato que a prova contestável dá ensejo à configuração de ilícito penal.

18.6. Não se aplica à hipótese o prazo previsto no art. 162 do Código de Processo Penal para a autópsia.

18.7. Não obstante a necessidade da autorização da família e das corporações religiosas ou civis responsáveis pelos despojos nos casos previstos, não é crime, todavia, a retirada do órgão contra a oposição dos mesmos, se ocorre evidente estado de necessidade em relação ao paciente receptor.

18.8. O crime decorrente da infração ao art. 2.º da Lei n.º 5.479 refere-se tão-somente à prova da morte. Da contestabilidade desta prova, entretanto, não se infere a presunção de vida do doador.

18.9. Os transplantes de órgãos ou partes do corpo humano abrem novos horizontes na medicina e também se legitimam perante a Moral, que os justifica para o Direito. A este propósito, é válida a seguinte indagação de VICENZO SPIEZIA: "*Si potrebbe punire il medico che ha guardagnato alla vita, alla funzione sociale un uomo, con un minimo sacrificio de un'altra persona?*"

18.10. Em face destas perspectivas e da comunicação e cooperação no aperfeiçoamento técnico e nos progressos científicos, no plano mundial, como o atestam as recentes conferências do Dr. CHRISTIAN BARNARD em vários países, é de se desejar e pugnar pela elaboração de um acôrdo internacional, do qual constem princípios e normas uniformes para as legislações internas dos Estados signatários, conforme sugere o Esbôço de Legislações sôbre Transplantes.

18.11. Para finalizar, o Direito e o progresso científico são forças paralelas, não antagonicas, cuja direção é o bem da sociedade, exprimindo-se neste pensamento de TORRAS Y BAGES:⁶⁵

"La ley es equilibrio, la fórmula de la vida, y cuando ella falta, entra la perturbación, el desorden y la destrucción."

*Publicado originalmente na Revista nº 7 jan./abr. 1969, p. 58.

65 TORRAS Y BAGES, *Llei de l'Art*, apud ANTONIO BORREL MACIÀ, *obr. cit.*, pág. 6.

NAPOLEÃO E O CÓDIGO CIVIL **

OSCAR TENÓRIO*

O segundo centenário do nascimento de Napoleão, pelo tempo decorrido da poderosa ação militar e política do Corso, já deveria ter permitido aos historiadores rigorosas conclusões a respeito de quem abriu as portas dos tempos modernos, na passagem do feudalismo para o liberalismo da Burguesia.

Mas assim não tem sido. Os juízos oscilam entre a execração (ainda agora HENRI GUILLEMIN coloca-o na categoria dos canalhas) e a apologia. ALBERT SOREL, egrégio historiador, severo, transborda, entretanto, de entusiasmo. É que a figura contraditória de Napoleão, por sua grandeza e pela influência que exerceu na história da Europa, é da mesma cêpa de Cesar. Êste teria traído a liberdade? Aquêle, apontado como filho da Revolução, não teria traído os ideais revolucionários? São perguntas que justificariam respostas divergentes ou opostas. As regras da heurística, da autenticidade e interpretação dos documentos, encontram dificuldade ante o perfil do homem extraordinário. E mesmo filósofos da história, que reduzem o valor do indivíduo e destacam a preponderância das forças coletivas, claudicam ante a figura solar, para reconhecer sua influência na corrente da história européia, e, mesmo mundial.

Nem a ação do administrador, admirável em muitos pontos (lembramos, por exemplo, que êle criou a Côrte de Contas), tem escapado aos juízes extremados. Do legislador civil, a codificação lhe levou o nome, como a completar a galeria de soberanos que os turifurários têm incensado: Hamurabi quase dois milênios antes de Cristo, e Justiniano, no século VI da nossa era. Mas nessa galeria êle não aparece com os traços impessoais de mero sacionador de uma obra trabalhada por ponderados juriconsultos. Destaca-se seu nome como um obreiro ao lado de outros obreiros, de pá na mão a erigir, num trabalho coletivo, uma obra que honra os padrões da civilização civil. Obreiro a dirigir, com a sua genial intuição, outros muito mais competentes, adestrados na técnica e na aplicação do direito. Levava o Código Civil o seu nome; derrotado Napoleão, o Código retoma o título democrático de Código Civil dos Franceses. Mas, no mundo, especialmente no Nôvo Mundo, os juristas têm permanecido fiéis ao título nominal, personalista.

No estudo, à luz da sociologia e da história, do papel de Napoleão na elaboração do Código Civil, chegamos à conclusão de que mesmo sem o Primeiro Cônsul, as leis civis francêsas seriam inevitavelmente codificadas, como resultado de um longo processo histórico a independer da força de qualquer figura carismática. Mas a Napoleão coube refreiar o extremismo inerente a quase tôdas as revoluções, e orientar as leis civis para os caminhos tranqüilos da Burguesia em ascensão. Foi, sem dúvida, a nervosa atividade política de Napoleão que apressou a elaboração do Código e, em parte, lhe modelou a fisionomia. Das 102 sessões da Comissão de Legislação do Conselho de Estado, Napoleão presidiu 57. Participava das discussões de certas matérias, dando aos debates força de expressão e caráter realista. Uma

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ).

** Conferência proferida no Centro de Estudos Políticos do Tribunal Regional Eleitoral, em 14 de novembro de 1969.

vontade poderosa, estandaliana, no prosseguimento inarredável de seus objetivos, afastou obstáculos para a realização de uma obra longamente desejada.

A Assembléia Constituinte e a Assembléia Legislativa preocuparam-se com a unidade das leis civis, isto é, com um Código de leis civis comuns a todo o Reino. A Convenção, por sua vez, adotou a mesma idéia. A idéia da codificação (cinco foram os Códigos Napoleônicos) correspondia à concepção política da França revolucionária, mas encontrava suas raízes em passado distante.

O regime anterior era o do Antigo Direito. A França estava dividida entre o país do direito costumeiro (o Norte) e o país do direito escrito (o Sul). Naquele, cada província se regia por costume próprio (Paris, Bretanha, etc.), neste dominava o direito romano. A tentativa do Rei para unificar o direito, por intermédio de ordenanças e editos, era de âmbito limitado a determinadas matérias. Os Parlamentos, por sua vez, negavam registro a muitos atos do Rei. Uma tríplice diversidade caracterizava o Antigo Direito: 1) entre o direito dos países de direito escrito e os do costume; 2) entre os diferentes costumes; 3) entre as jurisdições dos diferentes Parlamentos.

Variedade e instabilidade. A instabilidade do direito costumeiro foi remediada com a sua redação oficial, iniciada com a Ordenança de Montilz-LesTours, de 1453, de Carlos VII, e prosseguida, com muita amplitude, por Carlos VII. A estabilidade transformou o direito costumeiro numa verdadeira lei, obrigatória para a justiça e para os indivíduos. Subsistia, todavia, a diversidade, a multiplicidade, a divisão territorial. E a legislação do Direito anterior à Revolução francesa tinha uma outra diversidade, a da categoria social dos indivíduos, assentada no regime feudal, essencialmente anti-democrática. A Revolução buscou a unidade, não apenas territorial; buscou, principalmente, a unidade na igualdade. E é sob este ponto de vista que devemos fazer justiça à geração que abalou o regime feudal. BARTHÉLEMY TERRAT sustenta que a unidade da legislação francesa é obra de oito séculos de trabalho e de esforço, devendo-se fazer justiça às gerações passadas. Observa êle que os 360 costumes diferentes, no Século X, tiravam seus elementos de quatro pontos comuns: 1.º) os antigos costumes germânicos; 2.º) o direito romano; 3.º) o cristianismo; 4.º) o direito feudal. Mas o problema essencial não era o das fontes comuns dos costumes, dando-lhes relativa unidade. O problema essencial, era o da *igualdade civil*, impossível de ser estabelecido no Antigo Regime. A unidade política, para cujo êxito feliz trabalhou a Revolução, impunha a unidade legislativa, unidade no espírito político, e não apenas técnica e formalmente.

Lúcidamente, SALEILLES expôs as três principais correntes que dominavam na França e na Europa, ao concluir-se a elaboração do Código Civil, exprimia a primeira uma doutrina filosófica, a segunda uma doutrina política e a última uma doutrina jurídica. A filosofia, com raízes no Século XVI e fórmula quase definitiva no Século XVIII, proclamava o princípio segundo o qual o homem tem, desde o nascimento, direitos inerentes à sua própria individualidade, direitos que derivam da natureza. A política é a da democracia: igualdade de direitos civis e igualdade de direitos políticos. A doutrina jurídica é relativa à lei, seus caracteres e seus métodos de interpretação.

Não há dúvida de que a história da humanidade, na sucessão dos acontecimentos, tem raízes comuns. Mas é necessário que não percamos de vista as inovações que o espírito humano leva à própria vida. Encontramos no Código Civil textos que quase reproduzem POTHIER. Encontramos, também, dispositivos que se prendem ao Direito Romano. Mas é o que não encontramos num e noutro que

caracteriza o Código Civil, dando-lhe expressão pioneira; a pequena área de sua originalidade é a sua grandeza.

Muitos dos que criticam a obra codificadora da França se aliam ao falso juízo de TAINE de que tudo, na Revolução Francêsa, não passou de uma transferência de propriedade das mãos da nobreza para as da burguesia. É uma ilusão comum aos historiadores que não se apercebem das variações estruturais da sociedade ao impulso revolucionário, vendo nas Revoluções uma simples posse de Poder. É certo que as águas do rio da história, com seus afluentes e confluente, não correm com tranquilidade; é um correr contínuo no descontínuo. Napoleão é um dos mais fecundos exemplos à respeito. No rio da Revolução Francêsa ele cortou a corrente, nos seus impulsos, refreou-a. Contra-revolução dentro da Revolução. Mesmo quando chegou ao apogeu do Cesarismo, talvez para fortalecer o poderio militar da França, ele se sente filho da Revolução. Suas atitudes são as da moderação burguesa. Não foi ele quem, por ordem de Barras, em 1796, fechou o Clube do Panteon, o Clube dos Iguais? Os discípulos de Babeuf e de Buonarroti aspiravam à implantação de um regime comunista; Napoleão, a mando do Diretório, destruiu suas veleidades. A corrente extremista quase suprimiu o testamento em 1793. Emerge do caldeirão revolucionário o fogo da destruição da própria burguesia nascente. Pretendem alguns, queimar etapas da evolução histórica. Coube a Napoleão, ou, pelo menos, ao espírito que ele encarnava, levar ao túmulo a aristocracia feudal e consolidar os princípios sociais de 1789, principalmente aqueles consignados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto. O estatuto aprovado pela Assembléia Nacional, é fundamentalmente de direito público; proclama no art. 1.º que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, e que as distinções sociais somente podem ser fundadas na utilidade comum, e declara, no art. 17, que a propriedade é um direito inviolável e sagrado. A Constituição de 24 de julho de 1793 fortalece e amplia a Declaração de 1789, e estabelece no art. 85 que o código das leis civis e criminais é uniforme para toda a República. E a Constituição de 5 Fructidor ano III (22 de agosto de 1795) é ainda uma Declaração dos direitos e deveres do homem e dos cidadãos, declaração sobre a liberdade, a igualdade, as garantias e a propriedade como direitos do homem (art. 39). E que valeriam tantas Declarações e Constituições sem as leis de direito privado para ordenar os princípios fundamentais? O Código Civil foi o instrumento da ideologia democrática nas relações da vida civil. A Revolução (e por isso, uma autêntica revolução), foi a Grande Revolução no dizer de KROPOTKINE, porque permitiu que os Códigos da Europa admitissem a igualdade perante a lei e o governo representativo, cumprindo assim sua missão.

A sociedade moderna, isto é, a sociedade saída da Revolução Francesa e, de alguma forma, das duas Revoluções Inglesas do Século XVII, repousa na liberdade individual, na igualdade de todos perante a lei, no Estado laico, na liberdade de consciência e na liberdade de trabalho. Brotam, com ela, o liberalismo político e o liberalismo econômico, os esteios da nova classe, criadora e fecunda, a cumprir na história o seu papel. Napoleão, com o Código Civil, deu à burguesia triunfante os meios de cortar as amarras com a aristocracia e o feudalismo.

As grandes codificações civis do Século XIX, a da França, a da Itália e a da Alemanha, foram atos políticos que visavam a unidade. Se elas divergem, e até profundamente, na maneira de expor as regras e, até na essência dos institutos, têm uma inspiração política comum. Mas elas, e também várias do Século XX, têm suas nascentes ideológicas na Revolução Francesa, no Código Civil de 1804. SAVIGNY,

no seu famoso trabalho publicado em 1814, sobre a codificação civil, trabalho que se expressa, conforme se disse, quase com rancor, com ódio, e ademais contrário à França, aos seus juristas, às suas instituições, à sua Revolução e ao seu Código Civil de 1804, não deixou de reconhecer, no meio da severidade de sua crítica, a influência do elemento político, a predominância sobre o elemento técnico, o que lhe permitiu introduzir no direito existente maiores inovações do que aquelas que constam nos Códigos alemães. Mas a censura é na realidade um dos melhores louvores ao Código Civil. E o Código tem suas claudicações, como as pertinentes às nulidades. Não haveremos por isto de condená-lo, a ponto de lhe diminuirmos o valor histórico.

Paradoxalmente, o Código Civil, promessa realizada da Revolução, acalmou excessos do direito intermediário, o direito que se colocou entre o do feudalismo e o do Código, e veio a disciplinar uma sociedade que se tornou conservadora, a favorecer os proprietários da terra.

Sobre a filosofia do Código Napoleão, duas correntes se formaram. Para uma, encarnada sobretudo em DUGUIT, o caráter do Código é puramente individualista, e o seu sistema jurídico repousa na concepção metafísica do direito subjetivo. Para outra, representada por BONNECASE, a filosofia do Código Civil é experimental, fruto do meio social.

Não seria possível desejar que uma codificação civil se antecipasse a um movimento, hoje traduzido na expressão equívoca “direito social”, a justificar uma transformação entre uma suposta ordem metafísica e uma ordem realista. Uma concepção socialista do direito privado, a diminuir o valor da autonomia da vontade, a estabelecer a função social da propriedade e a conceder nova estrutura à família, seria, nos fins do Século XIX, um salto no vazio, uma irreabilidade legal a ferir a realidade social.

É criador, e é coordenador. Certamente não rompeu integralmente com o direito anterior. Quando se lhe atribui falta de originalidade, faz-se-lhe legítimo elogio. É o Código da burguesia, não apenas da grande burguesia. Ao estabelecer as regras sobre a propriedade da terra, assegurou à nova classe social sua estabilidade, no tempo em que a terra constituía a expressão da riqueza, pois o comércio e a indústria eram secundárias e exercidos por artesãos e pequenos burgueses. Desde que a Revolução extinguiu os privilégios feudais e estabeleceu os direitos fundamentais do homem e do cidadão, uma população numerosa começou a gozar de direitos até então concedidas a uma minoria detentora de terra. Foi a essa população beneficiada com a extinção da estrutura do feudalismo que os novos princípios iriam exercer maior influência. A situação da França era a de um país com os pilares fincados na terra. E como se tem observado, em 1804 não havia grandes usinas, nem grandes estabelecimentos comerciais, e o patronato tinha força econômica limitada. O assalariado contratava numa relativa igualdade. São observações de SAVATIER. Ele veio a favorecer as classes médias. O espírito democrático que o anima é o das classes médias. Poder-se-á oferecer censura a uma democracia limitada aos interesses de certas classes. Mas outra democracia não podia emergir das condições sociais da França. O proletariado ainda não era força capaz de impor normas jurídicas. O contrato de trabalho era então um contrato de direito privado. As manifestações quase demagógicas do direito intermédio foram acalmadas pela influência do espírito conservador. E neste ponto se faz sentir a influência do bom-senso ditado por Napoleão. E é esse espírito conservador, burguês, que preside os trabalhos do Conselho de Estado incumbido da elaboração do Código Civil.

Tinha Napoleão trinta anos quando se deu ao trabalho codificador. Seus predecessores, aqueles que sopraram as labaredas do incêndio da Revolução, eram da mesma geração. SAINT-JUST tinha vinte e sete anos quando subiu ao cadafalso. E havia participado de importante missão junto aos exércitos do Reino. ROBESPIERRE foi guilhotinado aos trinta e seis anos de idade. DANTON desapareceu aos trinta e cinco anos.

Cada um deles já havia exercido decisiva atividade política. E os grandes colaboradores e companheiros de Napoleão faziam na idade, a média de trinta e cinco anos. Mas entre a atividade política e a atividade jurídica há uma grande distância: a primeira é uma arte marcada pela intuição e pelo instinto; a segunda, uma ciência. Curioso, é que Napoleão, personalidade contraditória, influiu politicamente no Código Civil. Mas influiu, no caso, com extrema coerência, dentro de uma concepção geral. A administração e a vida econômica foram reguladas de tal modo que a França pôde manter guerras externas custosas. A produção aumentou. A obra das reformas seria inacabada se não abrangesse a própria estrutura da sociedade. Naturalmente, ela a concebia, segundo a observação de GODECHOT, à imagem do exército: no cume, o chefe do Estado; na base, a família submetida à autoridade despótica do “pai de família”, cujo poder é o reflexo do poder imperial.

E o Primeiro Cônsul sabia que o seu poder se consolidaria com o Código Civil, elaborado à feição de seu espírito hierarquicamente. O antigo pensamento dos reis da França iria ele levar a termo, ao mesmo tempo que atendia ao pensamento das Assembléias revolucionárias.

O Código Civil não foi tecnicamente obra sua. Não poderia ser porque o gênio militar e político de Napoleão tinha as naturais limitações do espírito humano aos esforços criadores da ciência e da arte. Parcialmente foi obra sua, esclarece SAVATIER, porque impregnada de certas idéias suas. Até onde podia ir a sua inteligência intuitiva, em problemas a respeito dos quais é possível a qualquer ter suas opiniões, ter sua filosofia prática, ele o foi com exemplar objetividade. Sobre a família e a propriedade, o homem do princípio do Século XIX tinha uma nítida orientação; e ele, principalmente, que buscou construir uma sociedade civil estável, através da moralidade familiar e da preservação da propriedade. O direito de família constante do Código Civil teve, na elaboração, a influência direta do Primeiro Cônsul, a ponto de, só por isso, merecer o seu nome. A sociedade civil só é estável com a autoridade paterna e marital reforçada. O direito de suceder dos filhos naturais não reconhecidos não foi admitido; e quanto aos reconhecidos, foi reduzido. Estabeleceu a precedência do casamento civil sobre o casamento religioso, sob pena de multa à autoridade celebrante infratora.

A ordem civil do Código de 1804 não é exatamente a mesma desejada pela geração revolucionária nas suas primeiras e intensas atividades. E é na organização da família que encontramos, bem clara, a divergência. O casamento civil e o divórcio foram mantidos. A Revolução pretendia estabelecer a liberdade e a igualdade em todos os setores. Conseqüentemente, a mulher seria igual ao homem na esfera dos direitos civis. A família não se regulamentou no Código Civil à imagem da Revolução; estruturou-se à imagem do Império. E GODECHOT enuncia as modificações substanciais que colocam a família sob o signo da autoridade. É uma dissociação que se tem mantido até hoje. A igualdade política da mulher não tem acompanhado a sua igualdade civil, apesar de se proclamar uma liberdade que não corresponde aos textos legislados. As transformações da sociedade contemporânea têm permitido à mulher trabalho fora do lar, livre escolha de profissão e até de domicílio; mas ficam

alguns resíduos que tornam mitigada a igualdade e precária a liberdade, em benefício do poder do marido e do pai.

O Código Civil de 1804 desligou-se da Revolução nessa parte. Vedou-lhe participar do Conselho de Família. Vedou-lhe o exercício da tutela. Em matéria de adultério, na via da punição, a desigualdade foi estabelecida. Sustenta GODECHOT que toda essa legislação constitui violação flagrante do princípio de igualdade proclamado pela Declaração dos Direitos de 1789. Há exagêro na assertiva. A primeira parte do art. 1.º da Declaração de 1789 diz simplesmente que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito; mas é a liberdade no campo dos direitos públicos; é a igualdade no domínio das garantias na sociedade política. Ao transplantar-se para as constituições democráticas dos séculos XIX e XX, a Declaração de 1789 aliás precedida da Declaração dos Estados Unidos de 1776, não influenciou, e nem poderia influir, na órbita da sociedade civil, m̀ormente na parte do direito de família e do direito sucessório. São esferas distintas de tratamento distinto, mesmo em países de instituições democráticas aperfeiçoadas.

Entretanto, em relação ao Antigo Direito, o progresso no campo do direito de família não foi pequeno, a ponto da transição marcar efetivamente uma nova época na história do direito privado. Lembra-nos, neste particular, SAVATIER, tão arguto no exame das chamadas metamorfoses do direito que, no Antigo Direito, no país de direito escrito, os membros da família, mesmo após sua maioridade, continuavam representados, na sua vida jurídica, pelo chefe de família. Os filhos nascidos fora do casamento eram tratados como estranhos à família. O casamento era indissolúvel.

Coube a Napoleão colocar no Código a adoção e o divórcio por consentimento mútuo. Se em relação a esta instituição parece que o que o levou a admiti-la foi um motivo de ordem política, em relação à primeira, o motivo foi de natureza social da nova ordem, a transformação da família em regime diferente do regime feudal.

A organização da família, no Código, aceitou alguns princípios da época revolucionária, e, ao mesmo tempo, procurou edificar uma nova sociedade. Empenhada no restabelecimento da ordem social, abalada pela Revolução aos limites da desordem e da anarquia, Napoleão, mais uma vez, procurou conciliar as forças em choque, antagônicas, tentando unir exigências quase irreconciliáveis, dando-nos a mostra de sua personalidade. A dualidade, na percepção de um crítico, é todo o espírito de Napoleão: fervor romântico, visionário, e lucidez, precisão matemática. Essa dualidade do espírito de Napoleão esteve presente em quase todos os atos de sua vida. O cesarismo tem freqüentemente no uso dos dinheiros públicos uma fonte de corrupção; mas ele criou a Côte de Comtas, severa fiscalizadora dos gastos da Administração. Ele se dizia filho da Revolução, e bem o foi; mas, a liberdade que pregava era outra. Gênio militar, objetivo, suas batalhas eram impulsionadas pelo arrebatamento de epopéias românticas. Gênio civil, lançou as bases da vida administrativa da França Moderna. O Código Civil de 1804 reflete no espelho da Revolução a face de Napoleão.

Para uma sociedade civil equilibrada, não é necessário apenas que a família se constitua sob padrões de autoridade; necessário também, que a propriedade tenha segurança. Não se poderia conceber uma burguesia liberal apta ao exercício de seu papel dominador, sem a destruição dos privilégios, especialmente os antigos privilégios da riqueza.

O regime dos bens no casamento e o direito sucessório, foram regulados de acõrdo com o espírito da burguesia liberal. Daí se dizer que “ela regula as condições

de existência da família, considerada sob o ângulo da propriedade”. Propriedade individual com livre gozo e de uso absoluto, desde que não faça uso proibido pela lei. Ao proclamar a Declaração dos Direitos do Homem a propriedade como direito inviolável e sagrado, a Revolução Francesa não punha roupagem vistosa na concepção do direito romano; não a prolongava. O movimento de 1789 foi anti-feudal. Conseqüentemente, o novo direito de propriedade era o da burguesia. O direito de propriedade era sagrado – observa SAVATIER – ao sair da Revolução, porque ele era feito de uma libertação: a libertação da terra francesa em relação às antigas empresas feudais e as congregações.

E a sociedade civil banuiu os privilégios de pessoas. A nobreza, o clero e o Terceiro Estado, como expressões de classe, desapareceram; perderam seu sentido de poder diferenciado. A propriedade perdeu também sua estrutura privilegiada, para ser a propriedade individual, acessível a todos e tratada igualmente pela lei. Ainda aqui, a propriedade aparece unida aos interesses da instituição da família, a ponto de um historiador assinalar que o Código considera a propriedade como o efeito e a consagração do trabalho, como o lugar, a condição de existência e de estabilidade da família.

Nenhum país guarda, como a França, no meio das grandes transformações da técnica moderna, a fidelidade à pequena propriedade enriquecida pelos vinhedos e pelas pastagens, fontes de sua riqueza, fontes da pequena propriedade que lhe dá personalidade quase singular na civilização. Está na evidência que a propriedade privada disposta no Código Civil é a das *Institutas* de JUSTINIANO. Mas a volta de JUSTINIANO se faz noutra cenário histórico, com outra sociedade civil, mas com outro sentido.

A concepção nacional do novo Estado francês levou Napoleão a influir, nas sessões do Conselho de Estado, no sentido de restringir o gozo dos direitos civis pelo estrangeiro. O art. 726 declarava-o incapaz de suceder, e o art. 912 o de receber por doação ou legado; ambos os artigos foram abrogados por uma lei de 14 de julho de 1810.

Na discussão sobre a nacionalidade propõe Napoleão Bonaparte o seguinte: “Todo o indivíduo nascido na França é francês”.

Na apreciação do título primeiro, relativo à publicação, efeito e aplicação das leis em geral, o Primeiro Cônsul participa, desde logo, da discussão, quando PORTALIS apresenta a matéria. O prazo de vacância de quinze dias após a promulgação das leis merece sua objeção, mormente em relação às leis repressivas, cuja execução não pode ser protelada. Entende que a lei deve ser obrigatória logo que conhecida, conforme o direito romano e a opinião unânime dos juriconsultos. E insiste o Primeiro Cônsul no assunto, ao dizer que seria ofender a majestade da vontade nacional tornar obrigatória a lei vinte e cinco dias (dez dias dados pela Constituição e os outros mais pelo dispositivo em discussão) depois de conhecida. E ainda se exprime nestes termos: “... o princípio da igualdade dos direitos é respeitado quando todos os franceses ficam sujeitos à lei quando ela chega no lugar onde eles moram”. Insiste na matéria perante os juristas que formam a Comissão no Conselho de Estado: PORTALIS, TROUCHET, BIGOT-PRÉAMENEU e MALLEVILLE. Homens moderados que eram inquiridos e ouvidos pelo Primeiro Cônsul. Eles deram atenção maior às três questões que, em 9 de setembro de 1794, CAMBACÈRES apresentava como essenciais a um Código Civil, e que se reduziam aos direitos de liberdade, de propriedade e de contratar.

O Discurso Preliminar sobre o Projeto do Código Civil, embora assinado pelos quatro membros da Comissão, foi trabalho exclusivo de PORTALIS. Nêle se diz que “o legislador não deve perder de vista que as leis são elaboradas para os homens, e

não os homens para as leis; que estas devem ser adaptadas ao caráter, aos hábitos, à situação do povo para o qual elas se destinam”. E no discurso de apresentação do Código, em 3 Trimaire Ano X, dizia PORTALIS, ao dirigir-se aos cidadãos legisladores, da necessidade de uma legislação única para a França, na linha do equilíbrio, pois assim devemos entender as suas palavras relativas às leis passageiras que tinham sido publicadas durante a Revolução e que se assemelhavam a pilastras flutuando no meio de um mar tempestuoso”.

Uma ordem civil tendo por base uma ordem política, tese que PORTALIS enuncia na “Exposição de Motivos do projeto de lei relativa à reunião das leis civis num só corpo de leis”, pois várias já tinham sido elaboradas, sob o título de Código Civil Francês, êle proclamava, dentro do próprio espírito de Napoleão, o seguinte: “Não somos mais provençais, bretões, alsacianos, mas franceses. A uniformidade não é só estabelecida nas relações que devem existir entre as diferentes partes do Estado; a uniformidade deve ser também estabelecida nas relações entre os indivíduos. As distinções humilhantes que o direito político havia estabelecido entre as pessoas, inclusive no direito civil, são obra do passado.

Se as idéias de PORTALIS, a quem se chamou “o pai do Código Civil”, eram as de um técnico, de um homem profissionalmente dedicado ao estudo do direito; elas eram, na essência, as idéias de Napoleão, no contexto de suas concepções políticas. Exato, portanto, o julgamento de que Napoleão foi mais o autor do Código do que de seu conteúdo. Autor mais pela ação do que pelo pensamento. As Exposições de Motivos das leis e dos Códigos, freqüentemente são peças oficiais de técnicos, de profissionais, que correspondem às idéias de seus elaboradores. Mas no caso do Código Civil o pensamento de Napoleão está nela, em várias passagens, como se êle tivesse sido o seu autor, como se traduzisse na escrita até os seus mais caros pensamentos políticos e suas ambiciosas aspirações. Eis um trecho de PORTALIS: “Assegurando por boas leis nossa prosperidade no interior, teremos aumentado nossa glória e nosso poder no exterior”. E a glória da França não se erigiu apenas no campo de batalha; erigiu-se, bem mais alta, na Expansão do Código Civil. E na Itália, e na Bélgica e na Polônia, em tantos países dominados, os princípios da liberdade civil luziam nas pontas das baionetas dos infantes, no aço dos artilheiros. A morte de PORTALIS em 29 de agosto de 1807, comoveu Paris. Os povos sabem, por intuição, qual a medida da perda de suas figuras egrégias. O cortejo (são palavras dos Ministros do Interior e da Guerra, em comunicado à Nação ferida) partiu a pé, dirigindo-se à Igreja de São Tomás de Aquino, cercado por duas filas de tropas, ao resplendor de tochas e no meio de um cortejo de espectadores sensivelmente comovidos”.

Napoleão queria que o Código Civil servisse de base a um código europeu. Aos que se opunham à sua implantação no exterior, reagia. A seu irmão Jerônimo, rei da Westfália, esclarecia que contava mais, para a consolidação do poder, com o Código Civil do que com o resultado das grandes vitórias. Determinava-lhe que aos que fizessem objeção opusesse uma firme vontade.

Em Santa Helena reafirmava o mesmo pensamento. E a resistência que certas forças sociais, como o alto clero da Polônia, opunham ao Código Civil, significava a importância de um direito aparentemente conservador, mas que iria exercer influência no Velho e no Novo Mundo, quer direta, quer indiretamente.

Ainda agora, cento e sessenta e cinco anos de sua promulgação, o Código Civil continua o centro de apreciações críticas que, nos seus extremos, são da mesma

intensidade daquelas feitas ao próprio Napoleão. Detratores e apologistas deformam o julgamento sobre um e o outro; é que ambos estão identificados no mesmo destino histórico. Outros Códigos, o da Itália, o da Alemanha, o de outros países, contam com virtudes técnicas que ele não possui; vários lhe são superiores na disciplina de institutos jurídicos importantes. Mas nenhum exerceu maior influência do que ele na civilização ocidental. Não lhe exageramos, mesmo assim, seu grande papel. Num mau gosto literário foi dito que ele é como as Tábuas da Lei no Monte Sinai. É um Código claro, de fácil compreensão, didático, se assim podemos dizer, sem maiores preocupações científicas. Condena-se-lhe a ausência de originalidade, mas não se lhe nega o valor da primeira grande codificação dos tempos modernos. Represou a logística revolucionária dos seus primeiros anos e buscou manter padrões do passado, mórmente através de POTHIER.

A concepção da unidade européia, de uma Europa constituída à feição da França, teve no Código Civil uma de suas forças realizadoras. As derrotas militares compeliram a França a voltar às suas antigas fronteiras; mas não detiveram a expansão do Código Civil.

Ao assumir as funções de Primeiro Cônsul, Napoleão, consciente de seu despreparo em vários problemas de administração e da política, teve a virtude de calar e ouvir, para compreender. E ainda com essa conduta, foi grande.

Numa "Introduction aux images de la France", o grande poeta PAUL VALÉRY desperta-nos para uma observação. A história da França é um quadro de situações extremas, uma cadeia de cimões e abismos desconhecidos em qualquer outra história. É um país devotado por sua natureza e por sua estrutura a realizar uma espécie de figura de equilíbrio, apesar das vicissitudes da vida, das explosões interiores, dos abalos políticos exteriores, das tempestades vindas de fora.

O Código Civil de 1804 é o melhor exemplo dessa figura de equilíbrio quase singular, na história da civilização contemporânea.

**Publicado originalmente na Revista nº 10 jan./abr. 1970, p. 67.*

CONTRIBUIÇÃO À CRÍTICA DAS CONCEPÇÕES JURÍDICAS DO ESTADO

PAULO BRAGA GALVÃO*

Desde há muito tempo, os estudiosos do Direito se têm fixado no exame dos elementos de funcionamento do Estado (representação política, sistemas eleitorais, equilíbrio dos poderes, relações entre os órgãos constitucionais, regimes de governo, unidade ou pluralidade de ordem jurídica etc.), deixando, contudo, de abrir suas vistas para o fato de que o fenômeno estatal extravasa em muito esses limites.

Assim é que vamos encontrar, nos estudos de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado, definições clássicas como a de que “o Estado é a personificação jurídica de uma nação: é o sujeito e o suporte da autoridade pública¹. Entre nós, poderíamos citar a seguinte noção: “Estado é a organização político-jurídica de uma sociedade para realizar o bem público, com governo próprio e território determinado”².

É bem possível que a maior parte dos juristas tenha entendido que a questão dos fundamentos do Estado seria tema próprio da história ou da sociologia, mas, na verdade, sem a perspectiva histórica e sem a análise das formações econômico-sociais, ficaríamos privados de uma autêntica visão do que seja o Estado.

Ainda quando tocam em pontos relacionados com a sua formação ou origem, os juristas, com frequência, se atêm à análise dos chamados elementos constitutivos do Estado, cingindo-se, destarte, a uma descrição dos mesmos (população, território e governo), com o que se limitam, uma vez mais, às formas exteriores, incapazes de nos revelar a sua essência.

A crítica da insuficiência das concepções estritamente jurídicas dos fundamentos do Estado tem, porém, sido intensificada mais recentemente, merecendo destaque as observações que a esse respeito foram desenvolvidas por *Michel Miaille*³, professor da Universidade de *Montpellier*.

É em torno dessas questões que versam as notas que se seguem, procurando pinçar alguns aspectos julgados de maior relevância para o seu deslinde.

Uma idéia bastante difundida e geralmente aceita sem maiores contestações é a de que no interior de todo grupo social, do menor ao maior, do mais primitivo ao mais evoluído, do mais efêmero ao mais duradouro, nasce fundamental distinção entre governantes e governados. É o que afirma *Maurice Duverger*, acrescentando: “em todas as chamadas sociedades primitivas, que até agora puderam ser observadas, sempre se descobrem traços de poder individualizado: chamem-se sacerdotes, magos, chefes de famílias, anciãos, “peritos”, o certo é que um pequeno grupo de pessoas governa o conjunto da comunidade”⁴.

A esse propósito, todavia, parece oportuna a observação de *Pierre Clastres* que, partindo da constatação de que a nossa cultura, desde as suas origens, pensa o poder

* Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Professor adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

1 A. Esmein – *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, Librairie de la Société du Recueil des Lois et des Arrêts, Paris, 1899, 2ª ed., pág. 1.

2 Darcy Azambuja – *Teoria Geral do Estado*, Editora Globo, Porto Alegre, 1963. 4ª ed., pág. 8.

3 *Une Introduction Critique au Droit*, François Maspero, Paris. 1977, e *L'État du Droit*, Maspero, Grenoble, 1980.

4 *Os Regimes Políticos*, São Paulo, Difusão Européia do Livro, 2ª ed., 1966, págs. 7 e 8.

político em termos de relações hierarquizadas e autoritárias de comando-obediência, demonstra que, ao contrário, não resta evidenciado que a coerção e a subordinação constituam a essência do poder político sempre e em qualquer lugar⁵.

Para *Clastres*, se o poder político não é uma necessidade inerente à natureza humana, em contrapartida ele é uma necessidade inerente à vida social. Podemos, diz ele, “pensar o político sem a violência, mas não podemos pensar o social sem o político; em outros termos, não existe sociedade sem poder”⁶.

Por conseguinte, seria preciso reconhecer a existência do poder político na sociedade primitiva*, mas não necessariamente a presença do Estado.

A investigação sobre a origem do Estado e a definição de suas características fundamentais têm sido, aliás, um dos temas centrais da antropologia política e as opiniões a esse respeito estão longe de ser unânimes.

Pode-se, no entanto, perceber uma tendência crescente no sentido de rejeitar a tese de que onde há organização política há Estado⁷.

A idéia básica seria, então, a de que, a partir do desenvolvimento e das transformações ocorridas em uma dada sociedade, que conhece o fenômeno do poder, manifestado sob diferentes formas não coercitivas, criam-se condições para que esse poder seja institucionalizado.

Dentre os exemplos que podem ilustrar a existência de poder, liderança ou autoridade nessas sociedades, pode-se citar o da caça dos bosquímanos, em que, normalmente, um dos homens, por ser considerado como tendo mais sorte ou habilidade, toma a frente, não obstante nenhuma sanção obrigue os membros do grupo ao cumprimento de suas recomendações.

Parece razoável também admitir-se que certa categoria de pessoas exerce influência sobre o grupo a que pertence em virtude de deter técnicas ou bens que são reconhecidos como essenciais à sua existência.

Nesse sentido, guerreiros e sacerdotes ou feiticeiros, por exemplo, podem ocupar posições de relevância no contexto da organização social primitiva, sem que, contudo, a autoridade por eles exercida tenha o cunho de algo colocado acima do grupo, que possa compelir os seus membros a agir de acordo com suas determinações.

Nessas sociedades primitivas não há um governo formal, nem órgãos explícitos através dos quais esse governo seja exercido; não há administradores especializados, juízes ou tribunais ou órgãos legislativos.

Utilizando uma linguagem deliberadamente simples e direta, mas nem por isso menos precisa, João Ubaldo Ribeiro observa que “a organização só se manterá se

5 *A Sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*, Rio de Janeiro. F. Alves, 1978, págs. 11 e 13.

6 *Ob. cit.*, pág. 18.

* Para simplificar o desenvolvimento do âmbito específico deste trabalho, empregamos o termo “sociedade primitiva” apesar de sua pouca precisão. Com ele abrangeríamos, por exemplo, as várias formações econômico-sociais que caracterizam as chamadas sociedades de linhagem e segmentares, de acordo com a terminologia corrente da etnologia.

7 É o que nos aponta, por exemplo, *Morton H. Fried*, que desenvolve uma análise extensiva das sociedades igualitárias e das hierarquizadas, vendo o Estado como “um conjunto de agências e instituições especializadas, algumas formais e outras informais, que mantém uma ordem de estratificação” – *A Evolução da Sociedade Política*, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1976. No mesmo sentido, *Lawrence Krader*, após estudar o que denomina de “governo sem Estado”, referindo-se especificamente a algumas sociedades como, por exemplo, a dos esquimós e a dos aborígenes da Austrália central, assinala que “aqueles que conceberam o Estado como existente em todos os níveis sociais e culturais identificaram-no com o Governo ou a política em geral” – *A Formação do Estado*, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1970.

houver mais do que o chefe: se houver a *chefia*. No momento em que a chefia passa a ter existência (mesmo que abstrata, expressa em símbolos como o cetro e em atitudes como a deferência da comunidade) independente do chefe, essa chefia se tornou uma *instituição*, houve um processo de institucionalização. Com a institucionalização da chefia, institucionaliza-se também o processo sucessório, surgem inúmeras outras instituições, paralelas ou corolárias”. E conclui “a esse conjunto de instituições dá-se o nome de Estado. Na realidade, pode-se dizer que o Estado surge em dois passos: a) o estabelecimento da diferença entre governantes e governados; b) a institucionalização dessa diferença⁸.

Mas o que levaria à instrumentalização do poder coercitivo à criação do Estado?

Para se chegar a uma resposta a essa indagação é necessário partir do caráter histórico do fenômeno estatal, ou seja, reconhecer que o Estado é um momento da história das sociedades.

Na obra clássica de *Engels* sobre o assunto, datada de 1884, desenvolvendo idéias de *Marx* e dele próprio, apoiadas nos dados que a antropologia de sua época fornecia, especialmente nas pesquisas de *Lewis Henry Morgan*, encontramos talvez a primeira abordagem do problema em termos históricos.

Segundo a visão marxista tradicional, a origem do Estado remonta à desagregação do sistema comunitário primitivo, com a divisão da sociedade em classes. Cria-se então um poder que, aparentemente colocado acima da sociedade, a mantém coesa diante dos conflitos inconciliáveis gerados pelo surgimento da propriedade privada.

Na origem de tudo isto não se estaria certamente diante de uma situação tal como a figurada romanticamente por *Rousseau* em seu “Discurso sobre a Origem dos Fundamentos da Desigualdade entre os Homens”

“O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer isto é meu e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassinios, misérias e horrores não pouparia ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: “Defendei-vos de ouvir esse impostor, estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém”⁹.

Na realidade, foi o próprio desenvolvimento da divisão do trabalho que veio gerar classes em condições econômicas desiguais e que por isso mesmo não poderiam ter interesses senão fundamentalmente econômicos.

Mas essa desigualdade não é imposta necessariamente sob uma força coativa ou violenta.

Ao contrário, aliás, como nota *Maurice Godelier*, ela se estabelece na prática e se justifica ideologicamente por serviços prestados a uma comunidade. Diz ele que a desigualdade “supõe sempre e desenvolve uma forma de desequilíbrio econômico entre os indivíduos e os grupos, desequilíbrio que se transforma numa relação social ao mesmo tempo vantajosa para a comunidade ou para o indivíduo que nela pretende desempenhar um papel “central”. Por conseguinte, a desigualdade econômica e social

8 *Política*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1981, pág. 39.

9 Coleção “Os Pensadores”, São Paulo, Abril Cultural, 1978, 2ª ed., pág. 259.

representa até certo ponto uma vantagem para o desenvolvimento da vida social e acaba praticamente por fazer com que os interesses da comunidade se identifiquem real e ideologicamente com os de certos indivíduos. Nesta fase, a desigualdade pode surgir como uma condição normal do desenvolvimento social, senão mesmo com a norma desse desenvolvimento”¹⁰.

É evidente, por outro lado, que, simultaneamente com esses aspectos historicamente positivos, outros haveria bastante negativos e consistentes essencialmente na ruptura da comunidade espontânea, na dilaceração da unidade humana primitiva.

É nesse quadro que se inscreve o fenômeno da alienação, que, cindindo a atividade humana em duas esferas aparentemente autônomas e freqüentemente contraditórias – a esfera da vida pública e a esfera da vida privada – veio possibilitar, como observou *Leandro Konder*, “o aparecimento desta ilusão segundo a qual a atividade do indivíduo na esfera da sua vida particular permitiria um abandono das suas responsabilidades como cidadão”¹¹.

Referindo-se à decadência da antiga organização gentílica, *Engels* conclui:

“Resumindo: a riqueza passa a ser valorizada e respeitada como bem supremo e as antigas instituições da gens são pervertidas para justificar-se a aquisição de riquezas pelo roubo e pela violência. Faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica, que não só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objetivo mais elevado da comunidade humana, mas também imprimisse o selo geral do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade que se desenvolviam umas sobre as outras – a acumulação, portanto, cada vez mais acelerada, das riquezas–; uma instituição que, em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda. E essa instituição nasceu. Inventou-se o Estado”¹².

O trecho supratranscrito se refere mais especificamente à *gens* grega. Mais adiante, após ter estudado o que considera as principais formas de como o Estado se erigiu sobre a ruína da *gens*, significando isso, a nosso ver, o reconhecimento da pluralidade de formas de passagem para a sociedade estatal, que não seguem esquemas simplificados e mecânicos, *Engels* assinala:

“O Estado não é pois, de modo algum, um poder que se impôs à sociedade de fora para dentro; ... É antes um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar.

10 *Sur Les Sociétés Précapitalistes*, C.E.R.M., Paris, 1970, pág. 123, citado por *Jean Copans in Antropologia, Ciência das Sociedades Primitivas?*, Edições 70, Lisboa, pág. 102.

11 *Marxismo e Alienação*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1965, pág. 145.

12 *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, Editorial Vitória, Rio de Janeiro, 1964, págs. 87 e 88.

*Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da "ordem". Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela, se distanciando cada vez mais, é o Estado*¹³.

Comentando esse trecho, *Lenin* afirma que "o Estado aparece onde e na medida em que os antagonistas de classes *não podem* objetivamente ser conciliados. E, reciprocamente, a existência do Estado prova que as contradições de classes são inconciliáveis"¹⁴.

Tal qual o próprio marxismo, entendido como essencialmente um processo de crítica, a teoria marxista do Estado viria, desmascarar a falsa neutralidade do Estado, a sua ilusória independência em relação às classes sociais.

Em outras palavras, o Estado não pode ser analisado abstratamente, tomando-se apenas as suas formas jurídicas (existência de um Parlamento, de um governo, de tribunais, hierarquia de regras de direito, etc.), mas em função de sua natureza de classe¹⁵.

Consegue-se, desse modo, perceber a insuficiência para a compreensão do fenômeno estatal, das observações no sentido de que o Estado seja a racionalização da explicação mágica do poder, tornando este aceitável e resolvendo a contradição que derivaria do fato de ser ele individualmente intolerável e socialmente inelutável. O mesmo se diga com relação às assertivas de que os homens inventaram o Estado para não obedecer aos homens, ou de que o Estado é uma forma de poder que enobrece a obediência¹⁶.

Por outro lado, podem-se igualmente superar as idéias que se desenvolvem a partir de se experimentar o Estado com exterioridade e de captá-lo naquilo que lhe é secundário e derivado, ou seja, nas suas objetivações como direito e como conjunto de instituições, recuperando-se, então, uma relação social que se perdeu de vista como uma força estranha aos sujeitos sociais e movida por uma racionalidade exterior¹⁷.

É evidente para nós, hoje, que as concepções de *Engels*, tal e qual foram elaboradas, se mostram, não propriamente falsas, mas certamente insuficientes e parciais, seja pelo fato de se basearem em pesquisas etnológicas agora ultrapassadas, seja pelas próprias transformações políticas ocorridas nas duas últimas décadas do século XIX e no decorrer deste século.

O próprio *Engels*, aliás, na introdução que escreveu, em 1895, para a reedição da obra de *Marx As lutas de Classes na França*, ao tempo em que fez uma revisão crítica de algumas posições (em várias passagens desse texto utiliza a expressão "a história nos desmentiu"), o próprio *Engels* já não mais via o Estado como simples comitê das classes dominantes (assim a ele se refere o Manifesto Comunista de 1848), ou como simples poder de opressão, senão como fruto de um pacto:

¹³ *Ob. cit.*, págs. 135/136.

¹⁴ *O Estado e a Revolução*, São Paulo, Editora Hucitec, 1983. pág. 9.

¹⁵ *Michel Miaille, L'État du Droit*, ed. cit., págs. 220 e segs.

¹⁶ As afirmativas são de *Georges Burdeau*, em *O Estado*, tradução portuguesa, Publicações Europa-América, págs. 17 e 86.

¹⁷ Essas observações, entre outras, são desenvolvidas no artigo de *Guilherme O'Donnell*, "Anotações para uma Teoria do Estado", publicado na "Revista de Cultura Política" n°s 3 (novembro 1980) e 4 (janeiro 1981), Cedec-Paz e Terra, Rio de Janeiro.

“O Império Alemão, como todos os pequenos Estados e, em geral, todos os Estados modernos, é produto de um pacto; primeiramente, de um pacto de príncipes entre si e, depois, dos príncipes com o povo. Se uma das partes quebra o pacto, todo ele é nulo e a outra está desobrigada”¹⁸.

De qualquer modo, ainda que as formulações iniciais de *Engels* enfatizassem especialmente o aspecto coercitivo de dominação do Estado, pouco realçando outros aspectos também importantes, que seriam aliás mais tarde focalizados por outros pensadores marxistas, o fato é que delas se extrai uma conclusão aceita hoje quase sem discrepâncias por autores de diferentes correntes filosóficas e políticas, qual seja, a de que o Estado, em última instância, está fundamentalmente a serviço dos interesses da classe dominante. Mesmo que essa classe não ocupe fisicamente os cargos do poder, não exerça diretamente as funções políticas, o Estado está basicamente a serviço de seus interesses.

Mas o Estado também não pode ser considerado apenas um servidor da oligarquia dominante.

Isso pode ficar claro quando examinamos a realidade medieval, por exemplo, na medida em que os barões feudais detêm, eles próprios, o poder político.

Na sociedade capitalista, porém, e com a universalização do sufrágio, o governo passa a ser exercido não necessariamente por aqueles que controlam os meios de produção.

É essa realidade, na qual se destaca a existência de novos sujeitos políticos, tais como os partidos, as associações, os sindicatos, a igreja, a escola, os meios de comunicação, compondo o que *Gramsci* denominou de sociedade civil, que marca o Estado contemporâneo.

Justamente por viver um momento histórico qualitativamente diferente daquele que constituiu a experiência de *Marx* e *Engels*, em que já se operara uma intensa socialização da política, *Gramsci* (1891-1937) elabora o que Carlos Nelson Coutinho chama teoria marxista ampliada do Estado, ao assinalar:

“E cabe lembrar que se trata de uma ampliação dialética: os novos elementos aduzidos por Gramsci não eliminam o núcleo fundamental da teoria “restrita” de Marx, Engels e Lenin (ou seja, o caráter de classe e o momento repressivo de todo poder-Estado), mas o repõem e transfiguram ao desenvolvê-lo através do acréscimo de novas determinações. Temos aqui um movimento que vai do abstrato ao concreto e que reproduz um movimento diacrônico ocorrido na própria realidade histórico-social”¹⁹.

De todo modo, o Estado não pode ser desvinculado dos interesses de classe aos quais em última análise serve, podendo-se tomar, como ponto de partida para a tentativa de compreender o seu verdadeiro significado, a noção de *Poulantzas*, que o vê como o fator de coesão de uma formação social e o fator de reprodução das condições de produção de um sistema, que, por si, determina a dominação de uma classe sobre as outras²⁰.

18 In *Marx-Engels, Obras Escolhidas*, Editorial Vitória, Rio de Janeiro, 1961, 2ª ed., pág. 109.

19 *A Dualidade de Poderes – Introdução à teoria marxista de estado e revolução*, Editora Brasiliense, São Paulo, 1985, págs. 59 e 60.

20 *Nicos Poulantzas e Ralph Milliban, Debate sobre o Estado Capitalista*, Edições Afrontamento, Porto, 1975, pág. 20.

Há nessa conceituação um aspecto que merece ser realçado e que se refere ao problema da burocracia estatal. Os membros do aparelho de Estado, conquanto não constituam uma classe, mas uma categoria social específica, mantêm uma unidade interna, que deriva, porém, da realização do papel objetivo do Estado, cuja totalidade coincide com os interesses da classe dominante.

Não se pode, todavia, superestimar as chamadas coações estruturais que transformariam aqueles que dirigem o Estado em meros executores de políticas que lhes são impostas pelo “sistema”. A se ficar com idéia de que o grupo dirigente do Estado está totalmente preso a estruturas objetivas, chegar-se-ia à conclusão de que não haveria diferença essencial entre o Estado fascista e o governado pela social-democracia, por exemplo.

É preciso, portanto, ter presente a noção gramsciana de que o Estado resulta do equilíbrio entre sociedade política e sociedade civil. Em sentido amplo, assinala Carlos Nelson Coutinho, o Estado comporta duas esferas principais: a sociedade política (que Gramsci também chama de “Estado em sentido estrito” ou de “Estado-coerção”), que é formada pelo conjunto de mecanismos através dos quais a classe dominante detém o monopólio legal da repressão e da violência e que se identifica com os aparelhos de coerção sob controle das burocracias executivas e policial-militar; e a sociedade civil, formada precisamente pelo conjunto das organizações responsáveis pela elaboração e/ou difusão das ideologias...²¹.

É essa teoria ampliada do Estado que nos permite superar uma concepção estreitamente instrumental, possibilitando enxergar nele não apenas um instrumento nas mãos da classe dominante, mas sim a forma sócio-política na qual essa classe exerce o seu poder. Mais do que mero instrumento de um sistema sócio-político, o Estado é o próprio sistema²².

O Estado se mostra, então, como o equilíbrio entre sociedade política e sociedade civil, ou a hegemonia de um grupo social sobre a totalidade da sociedade nacional.

Só assim se pode compreender o verdadeiro significado de algo que não vemos e que no entanto ocupa um espaço extremamente amplo na nossa vida quotidiana, a que estamos vinculados institucionalmente e que dita normas de conduta social, dispondo do monopólio da coação organizada.

Não se poderia censurar os estudiosos do Direito por formularem uma concepção jurídica se essa fosse suficiente para explicar o Estado. Como não é esse o caso, em vez de assistirmos como espectadores ao florescimento de incontáveis pesquisas realizadas sobre o Estado por historiadores, sociólogos, economistas, filósofos e psicanalistas, parece que devemos nos esforçar para incorporar essas contribuições, sem prejuízo, é claro, de assumirmos em relação às mesmas um ponto de vista crítico, sem dúvida o único fecundo na pesquisa científica.

**Publicado originalmente na Revista nº 20 jul./dez. 1984, p. 105.*

²¹ Gramsci, L & PM, Porto Alegre, 1981, pág. 91.

²² Veja-se nesse sentido o que prescreve Michel Miaille em *Une Introduction Critique au Droit*, ed. cit., págs. 152/154.

A NATUREZA JURÍDICA DAS OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS

REGIS FICHTNER PEREIRA¹

1. Introdução

Uma das questões mais discutidas do Direito Civil tem sido a da determinação da natureza jurídica da obrigação solidária.

Não são poucas as dificuldades que envolvem tão árduo tema, sendo necessário, antes de se passar à sua análise objetiva, que se fixe algumas das características principais do instituto da solidariedade, principalmente no que se refere aos principais efeitos gerados para as pessoas envolvidas nesta modalidade de relação jurídica obrigacional.

Como primeiro requisito inafastável para a existência de solidariedade, surge a necessidade de haver pluralidade de pessoas na relação jurídica negocial, seja no pólo ativo da obrigação (solidariedade ativa), seja no pólo passivo (solidariedade passiva), seja em ambos os pólos (solidariedade mista).

Não basta, porém, para a caracterização da solidariedade, a simples existência de mais de uma pessoa em pelo menos um dos pólos da mesma relação jurídica. Necessário também que, por força da sua vontade ou da vontade da lei, cada uma dessas pessoas:

- a) no caso da solidariedade ativa, esteja legitimada a receber, individualmente, o valor integral (*in solidum*) objeto da obrigação;
- b) no caso de solidariedade passiva, esteja obrigada a prestar, também individualmente, o valor integral (*in solidum*) objeto da obrigação, se assim o desejar o credor.

Tal possibilidade de concentração de direito de exigir o crédito, ou do dever de pagar o débito, em uma só pessoa de pólo obrigacional, apesar deste ser composto de várias, é a fonte de problemas na determinação do que juridicamente seja a obrigação solidária.

Isto porque este fato pode acarretar que o credor de uma obrigação solidária seja satisfeito integralmente por apenas um dos sujeitos participantes do pólo passivo da relação obrigacional, da mesma forma como pode ocorrer do devedor da obrigação solidária ativa pagar a apenas um dos integrantes do pólo ativo da relação.

Tais fatos podem acarretar o surgimento de uma nova relação jurídica obrigacional, consubstanciada na possibilidade de:

- a) no caso de solidariedade passiva, da pessoa que adimpliu a obrigação não ser na realidade aquela que terá de suportar o ônus final do débito, sub-rogando-se, assim, totalmente ou em parte, no crédito que satisfez;
- b) no caso de solidariedade ativa, da pessoa que recebeu do devedor o objeto total da obrigação não ser aquela que, na verdade, tenha direito a integrá-lo definitivamente em seu patrimônio.

* Membro da Ordem dos Advogados do Brasil, nas seções dos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Brasília. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo - USP (1992) e pela Universidade de Freiburg - Alemanha (1995). Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2000). Projeto de Pesquisa de Pós-Doutorado no Instituto Max Planck de Direito Internacional Privado - Hamburgo, Alemanha (2014).

Para se chegar a uma teoria que explique satisfatoriamente a natureza jurídica da solidariedade, necessário que não se atente somente à relação jurídica originária, consubstanciada na possibilidade de prestação ou recebimento *in solidum* do objeto da obrigação por cada integrante da relação; necessário, também, que se leve em conta a outra relação jurídica que pode nascer do adimplemento da primeira obrigação, que é efeito direto dela e consiste em se compor as relações de crédito e débito que podem surgir decorrentes do fato de apenas um dos integrantes do pólo passivo suportar sozinho a obrigação por inteiro (solidariedade passiva) ou de apenas um dos integrantes do pólo ativo receber o objeto da obrigação também por inteiro (solidariedade ativa).

2. Breve Histórico das Teorias Jurídicas sobre a Natureza das Obrigações Solidárias

A teoria pluralista foi a primeira a tentar explicar a natureza da relação jurídica nas obrigações solidárias, consistente em se entender que dos vários componentes do conceito de obrigação – pessoa, vínculo de direito, prestação e objeto da prestação – apenas este último caracterizaria a unitariedade da obrigação solidária, daí decorrendo que, se há pluralidade de pessoas e de prestações, plúrimos seriam os vínculos que ligam entre si os sujeitos da obrigação, o que acarretaria a existência de tantos vínculos independentes entre si quanto os sujeitos da relação obrigacional. Tal teoria recai no erro de não explicar por que, em tendo havido o adimplemento da obrigação por inteiro por um dos sujeitos passivos, extinta estará qualquer relação jurídica obrigacional do credor para com os outros sujeitos passivos.

Uma segunda teoria sustenta que a solidariedade consistiria em uma obrigação com sujeitos alternativos (*Fitting, Arnolds, Serafini & Doveri*), embasando-se em um paralelismo entre esse instituto e o das obrigações alternativas, aduzindo que nessas últimas há possibilidade de escolha do objeto da prestação e na solidariedade há alternatividade na escolha do sujeito que vai prestá-la. Ocorre que há diferença contundente entre os institutos, sendo a mais importante a que reside no fato de na obrigação alternativa, após ter sido feita a escolha do objeto a ser prestado, desaparece o caráter de alternatividade da obrigação, ao passo que na obrigação solidária, a possibilidade de escolha do devedor que irá adimplir a obrigação subsiste até esta ser efetivamente satisfeita.

Outra teoria que por muito tempo serviu para explicar a natureza da relação jurídica solidária, e que contou com inúmeras adesões na doutrina (*Brinz, Movrlon, Aubry Etrau, Enneccerus, Mazeaud et Mazeaud, Orozimbo Nonato*, entre outros), é a da representação, que entende gerar a solidariedade uma espécie de sociedade, em que cada um dos sujeitos do mesmo pólo obrigacional seria mandatário dos demais.

Não há, hoje em dia, mais qualquer acolhimento a esse entendimento, porquanto todos os sujeitos participantes da obrigação solidária agem em nome e por conta própria, ao contrário do que acontece no mandato, em que o mandatário age em nome e por conta do mandante. Realmente, na solidariedade todos estão individualmente obrigados a prestar *in solidum*, não agindo, portanto, em nome de um terceiro quando solvem o débito (passivo) ou dão quitação da obrigação (ativa), senão em nome próprio e no seu interesse, pois assim o fazendo estarão se eximindo de uma possível execução ou consignação em pagamento contra si.

Ainda uma outra teoria merece aqui ser mencionada, que é a da identificação

da solidariedade com a fiança. Tal teoria não pode ser integralmente aceita, na medida em que existem profundas diferenças entre a fiança e a obrigação solidária, entre as quais destacamos:

a) a fiança resulta exclusivamente da vontade das partes enquanto a solidariedade pode resultar da lei;

b) a fiança é uma obrigação acessória, enquanto a solidariedade obriga todos conjuntamente à prestação.

Há, no entanto, mérito nesta concepção, na medida em que seu criador – *Bonfante* – teria chegado próximo ao cerne da questão, identificando a solidariedade com a fiança sem o benefício de ordem, dizendo que dessa maneira cada qual seria realmente devedor da sua quota e garante dos demais, mesmo que dessa maneira não tenha ele objetivamente explicado o porquê desse fato.

3. A Teoria da Concepção Unitária do Vínculo

A teoria hoje dominante e defendida pela grande maioria dos juristas é a da concepção unitária do vínculo, segundo a qual entende-se que na obrigação solidária há um só vínculo obrigacional que liga todos os credores ao devedor (solidariedade ativa) ou todos os credores ao credor (solidariedade passiva) ou todos os devedores ao credor (solidariedade passiva), sendo porém essas ligações entre os vários sujeitos dos dois pólos obrigacionais independentes entre si.

Segundo seus seguidores, existiria uma unidade de fins a explicar o porquê de no momento em que um obrigado solve a dívida, estará desfeito qualquer outro vínculo entre os demais obrigados para com o credor ou o porquê de no momento em que o devedor paga a um dos sujeitos ativos, extinta estará qualquer relação dos outros para com aquele devedor.

Tal teoria se baseia na existência de um fim comum, que, segundo *Pontes de Miranda*, proviria do fato de as obrigações irradiarem-se da mesma relação jurídica, apesar de serem distintas.

Temos que essa teoria surgiu para sanar uma deficiência de todas as outras anteriores, que não conseguiram explicar o porquê do vínculo entre os dois pólos da relação solidária se extinguir quando do pagamento da obrigação por somente um dos obrigados solidariamente (solidariedade passiva) ou do recebimento do valor da prestação por somente um dos sujeitos ativos da relação (solidariedade ativa).

Realmente, com a criação da noção do fim comum, consegue-se essa explicação sem se recair no erro de deixar de se considerar independente a ligação entre cada componente de um mesmo pólo da relação com cada sujeito do outro pólo.

Ocorre, porém, que essa corrente não esclarece uma característica da obrigação solidária que aparece após estar desfeito o vínculo entre os pólos ativo e passivo da relação.

Com efeito, não explica essa teoria o porquê do fato de, após ter havido o adimplemento da obrigação, surgir a possibilidade de criar-se uma relação entre os componentes de uma mesma posição, ativa e passiva, que, como se verá, não existia antes.

Sustentam os tratadistas, na tentativa de esclarecer esse fenômeno, que haveria uma relação interna entre os “co-devedores” ou os “co-credores”, totalmente independente da relação externa existente, que os obriga conjuntamente.

Porém, não se consegue explicitar em que termos se dá essa relação interna ou quanto cada participante tem direito de haver ou dever de prestar, em relação aos outros integrantes do mesmo pólo.

Não há, em verdade, justificação convincente da natureza dessa relação interna, já que, segundo essa teoria, todos seriam por igual *credores* ou *devedores* do todo. Em assim se entendendo, no momento em que, *v.g.*, um satisfizesse a pretensão do sujeito pertencente ao outro pólo da obrigação, desfeita estaria qualquer relação jurídica entre eles.

A mesma indagação pode ser feita também quanto ao princípio de que aquele que arca com o ônus do pagamento da obrigação se sub-roga nos direitos do credor para cobrar dos outros a quota-parte que a cada um deles caberia.

Mas, dentro do prisma enfocado por essa corrente, ainda assim não existe explicação convincente para a maneira pela qual se distribui a obrigação entre os componentes da denominada relação interna.

É verdade que o Código Civil em seu artigo 913 cria a presunção da divisão por igual. Mas, em uma obrigação solidária passiva, após satisfeita a pretensão do credor por um dos obrigados, pode ocorrer que esse que arcou com o ônus total da dívida adquira qualidade para cobrar do seu “co-devedor” o valor total da obrigação por ele satisfeita.

Situação inversa também pode acontecer na hipótese em que da satisfação da obrigação por um dos obrigados não resulte qualquer direito de crédito contra os outros participantes do pólo passivo da relação.

Como justificar então, nessas hipóteses, pela teoria unitária do vínculo, a sub-rogação total no valor da dívida paga ou o não surgimento de qualquer sub-rogação por parte de quem arcou com o ônus da prestação?

Como entendemos que a teoria unitária não oferece esclarecimentos convincentes para tais fenômenos, tentaremos, agora, com base em premissa já sedimentada, trazer maiores luzes para o assunto. Partiremos, para isso, da posição dualista da obrigação.

4. A Teoria Dualista da Obrigação

Uma questão sobre a qual têm-se debruçado os doutrinadores é a de se determinar qual a essência das obrigações, ou qual a substância do vínculo que compõe a relação obrigacional.

A questão era enfrentada pacificamente por todos os tratadistas, que entendiam sem maiores dissensões que a obrigação consiste no dever de prestar por parte do devedor e no direito de exigir por parte do credor.

Assim entendia *Savigny*, o qual sustentava que “a essência da obrigação está no poder do credor sobre um determinado ato do devedor”.

Essa doutrina, hoje chamada de monista da obrigação, pode ser resumida no fato de que a relação obrigacional gera sempre o direito do credor de exigir do devedor uma determinada prestação a que esse está obrigado a cumprir.

Surgiu, no entanto, no século passado, por intermédio de *Brinz*, uma nova teoria explicativa da essência da obrigação que veio a gerar grandes divergências e conflitos entre os juristas.

Essa segunda corrente, conhecida hoje pelo nome de doutrina dualista da obrigação ou doutrina do débito e da responsabilidade, veio dar uma nova explicação à natureza do vínculo gerado pela obrigação.

Segundo essa corrente, há que se desdobrar as obrigações em dois componentes: um primeiro de caráter pessoal, a dívida, e um segundo de caráter patrimonial, a responsabilidade.

Esse primeiro vínculo teria um cunho espiritual e consistiria no dever que tem a pessoa de cumprir espontaneamente a obrigação sem haver a necessidade de ser constrangido pelo credor para tal.

O segundo vínculo teria um cunho material e consistiria na possibilidade outorgada pela lei de se constranger alguém a cumprir a obrigação, respondendo o seu patrimônio pelo adimplemento.

Assim, existe um estado de sujeição do patrimônio do devedor (*obligatio*) no caso de não adimplemento da obrigação espontaneamente (*debitum*).

Essa teoria, surgida na Alemanha e lentamente introduzida na Itália, concebe o débito (*Schuld*) como uma relação jurídica independente, cujo conteúdo é um dever jurídico e a responsabilidade (*Haftung*) como uma subordinação a um poder de agressão.

Na grande maioria dos casos, há estreita correspondência entre débito e responsabilidade dentro da relação jurídica obrigacional, regra essa que, no entanto, comporta exceções, conforme se pode apreender dos seguintes exemplos.

Há possibilidade de haver débito sem responsabilidade, como ocorre nas chamadas obrigações naturais, em que o credor não pode tomar nenhuma atitude contra o devedor para receber o que lhe é devido, mas pode reter para si a coisa se essa lhe é entregue espontaneamente.

Da mesma maneira é possível se conceber caso de existência de responsabilidade sem débito, como ocorre na fiança, em que o fiador pode ser constrangido a pagar uma obrigação derivada de um negócio jurídico do qual ele participou apenas pelo elemento responsabilidade e não pelo elemento débito. Sobrevindo condições ao afiançado para solver a obrigação, é certo que aquele vá cobrar desse o valor que pagou, pois ele reúne em si os dois componentes, *debitum* e *obligatio*, enquanto que o avalista só detinha o componente *obligatio*.

Analisando-se o instituto da solidariedade à luz dessa teoria, chega-se a um resultado ainda mais claro da mecânica dos fatores *debitum* e *obligatio*, conforme passaremos a demonstrar.

5. A Solidariedade e a Teoria Dualista

Para explicarmos a natureza jurídica da solidariedade a partir da teoria dualista, será melhor, por questões didáticas, que analisemos separadamente a solidariedade passiva e a solidariedade ativa.

5.1. A Solidariedade Passiva

Desenvolveremos nossa posição a partir do exame da solidariedade passiva mais ocorrente no dia-a-dia da vida econômica da sociedade.

Para isso, imprescindível se faz que retomemos as duas principais características da solidariedade, a fim de sobre elas trabalharmos, de maneira que possamos chegar a um resultado definitivo sobre a sua natureza jurídica.

A primeira característica, como vimos, é a que dá ao credor de uma obrigação solidária a possibilidade de cobrar o valor da obrigação por inteiro de cada um dos sujeitos passivos, individualmente.

A segunda, que também pode surgir como consequência inerente à obrigação solidária, é a da possibilidade de, após estar cumprida a obrigação para com o credor surgir entre os sujeitos passivos uma relação de crédito e débito derivada daquela anteriormente existente.

A indagação a ser colocada, então, consiste em se saber por que pode aparecer uma relação de crédito e débito entre os vários sujeitos passivos da obrigação se se entende que todos são *devedores* por inteiro?

A resposta se insere no problema da fixação da natureza jurídica da obrigação solidária e, segundo nos propomos neste trabalho, emerge da teoria dualista da obrigação. Com efeito, cada um dos sujeitos passivos da obrigação solidária é responsável pela dívida toda, ou seja, tem a *obligatio* (*Haftung*) de solver a obrigação total com relação ao credor.

O mesmo não se pode dizer com respeito ao *debitum*. A relação que cada sujeito passivo tem como *devedor* da obrigação é estritamente pessoal, no sentido de que não se comunica aos demais responsáveis. Essa relação pode compreender o total da obrigação, parte dela ou mesmo pode não existir.

Assim, na esfera da *obligatio*, o patrimônio de todos os sujeitos passivos da obrigação solidária é garante da solvabilidade do crédito. Todos têm a expectativa de ser constrangidos a prestar o valor total da obrigação por serem responsáveis pelo seu adimplemento.

Mas o mesmo pode não se dar com a relação devedor-credor – esfera *debitum* – porventura existente. Assim, pode acontecer que todos sejam devedores na mesma proporção e aí o valor total da obrigação que estão garantindo pessoalmente como responsáveis (*obligatio*) se dividirá por igual entre eles, quando se for apurar o valor real do débito de cada um (*debitum*).

Pode ocorrer, também, que apenas um dos sujeitos passivos da obrigação seja devedor (*debitum*), e aí terá de arcar com o ônus final da obrigação seja porque o credor diretamente cobrou dele (*debitum + obligatio*), seja porque o responsável que pagou a dívida se sub-rogou naquele valor pago, para dele exigir restituição (*debitum*).

E que como todos são responsáveis pela obrigação *in solidum* não interessa ao credor apurar com que a qualidade cada um participou da relação obrigacional, importando a ele só a satisfação do seu crédito.

Essa apuração da qualidade de devedor (*debitum*) que cada um tem, só se dará após cumprida a obrigação com relação ao credor (*obligatio*), e tomará por base a verificação da origem daquele débito, com o que se poderá inferir quem assumiu realmente a posição de devedor (*debitum*).

Merece breve consideração a idéia dominante de que existem nas obrigações solidárias duas relações jurídicas, uma externa e outra interna.

E que a única posição que tem os sujeitos passivos na relação oriunda da

obrigação solidária é a de estarem *responsáveis* pelo mesmo *debitum*. O patrimônio de cada um deles está potencialmente garantindo o adimplemento da mesma obrigação por inteiro. Aqui se pretende demonstrar que, enquanto pendente a obrigação solidária, a relação obrigacional é *Una*, entre devedores e credor, e repousa só na responsabilidade. As relações internas, entre co-devedores ainda inexistem e só irão surgir com a extinção da obrigação solidária pelo pagamento ao credor.

Com efeito, ocorrendo o fato de a pessoa que suportou a obrigação por inteiro (*obligatio*) ser somente devedora em parte, lógico parece que ela poderá se sub-rogar no direito de cobrar do titular do *debitum* o valor que sobejar a parcela correspondente a seu débito pessoal.

E é isso que provavelmente esse sujeito passivo fará. Ele irá cobrar dos outros sujeitos as parcelas que lhes correspondam como devedores. Daí podemos dizer não ser essa uma relação jurídica preexistente, mas sim uma relação derivada daquela de débito que os sujeitos passivos tinham individualmente para com o credor, cujo crédito se transferiu para esse que suportou débito que não era seu. Em outras palavras, ela só irá surgir após extinção da solidariedade e terá como fato gerador o *debitum*, se existente.

Só então estará criada essa relação jurídica, embora derivada daquela anteriormente existente e que perdurará até que o *debitum* seja saldado pela pessoa que é realmente devedora.

O nosso legislador civil, ao elaborar o instituto das obrigações solidárias aparentemente atentou para o problema da diferenciação entre *debitum* e *obligatio*, ou pelo menos se guiou pelo seu incontestável bom senso jurídico, quando dispôs, no artigo 1.501 do Código Civil, o seguinte:

Art. 1.501 - “A confusão operada na pessoa do credor ou devedor solidário só extingue a obrigação até a concorrência da respectiva parte no crédito, ou na dívida, subsistindo quanto ao mais a solidariedade.”

E que confusão diz respeito a crédito e débito e ocorre quando há coincidência na mesma pessoa dos dois elementos.

Se ocorresse a hipótese de o credor vir a se tornar também devedor solidário dele mesmo e se se pudesse desse fato extinguir a obrigação solidária por inteiro, esse não poderia mais cobrar dos outros sujeitos passivos a dívida *in solidum*, mas somente a quota em que cada um participe com *debitum*, o que serviria para diminuir em grande parte a garantia que originalmente possuía.

A nossa lei distinguiu, portanto, com extrema perfeição, *debitum* de *obligatio*, quando dispõe no supracitado artigo 1.501 que não se opera confusão entre esses dois componentes da obrigação com relação à solidariedade, justamente porque nessa os dois elementos se encontram em esferas diversas.

5.2. A Solidariedade Ativa

Na solidariedade ativa, o fenômeno é o mesmo. Realmente, nela existe, como já vimos, a possibilidade de o devedor pagar a obrigação a qualquer dos sujeitos ativos da obrigação.

Podemos dizer, portanto, que qualquer um dos sujeitos ativos tem qualidade para receber o valor total objeto da obrigação. Como consequência, qualquer deles tem o dever jurídico de oferecer quitação ao devedor, se por ele for forçado a tanto.

Esse poder que todos têm de receber, apesar de não serem individualmente credores do todo, é que tem criado certa dificuldade na conceituação do instituto, à semelhança do que aconteceu com a solidariedade passiva.

Se é verdade, de um lado, que a solidariedade ativa visa facilitar ao devedor a liquidação de seu débito, entendemos, de outro, que o que sobreleva nela é que atribui *qualidade* a cada um dos credores solidários de exigir do devedor comum a satisfação total do crédito.

Dentro desse enfoque, propomo-nos, neste trabalho, a explicar a solidariedade ativa através do instituto denominado legitimação extraordinária.

O fato é que o sujeito ativo da obrigação solidária pode receber em nome próprio crédito de outrem. Ou seja, ele tem legitimação para dar quitação de crédito de terceiro, agindo em nome próprio.

É que à semelhança do que acontece na solidariedade passiva há que se fazer a distinção entre sua posição de credor e sua posição de legitimado a receber o valor total do crédito.

Assim, se o sujeito que recebeu o valor total da obrigação era credor dela por inteiro, finda estará qualquer relação jurídica decorrente da obrigação solidária, já que se confundem nele as posições de credor e legitimado.

Porém, se não houver coincidência entre crédito e legitimação para receber e o devedor pagar a obrigação indiscriminadamente, forçosamente daí derivará outra relação jurídica, na qual o credor irá perseguir seu direito de crédito daquele que tinha legitimação para recebê-lo, mas não tem qualidade creditícia para manter consigo o valor da obrigação a ele prestada.

É bom, para evitarmos confusões, deixar bem claro que essa legitimação, para receber aqui defendida, nada tem a ver com a teoria do mandato recíproco já aludida nesse trabalho.

Temos de ter em mente que, segundo a teoria do mandato recíproco cada participante do mesmo pólo obrigacional agiria em nome dos outros, em virtude de um mandato tácito a ele outorgado, ou seja, agiria em nome e por conta de terceiro, ao passo que o legitimado a receber age em nome e por conta própria, em virtude de assim ter sido acordado pelas partes ou em virtude de expressa prescrição legal.

Em conclusão, entendemos que, assim como a solidariedade passiva assenta-se na responsabilidade, a ativa repousa na legitimação extraordinária dada pela lei ou pelo contrato. Também nessa, a relação entre os credores só irá aparecer após a extinção da solidariedade com o pagamento feito pelo devedor comum.

**Publicado originalmente na Revista nº 28 jul./dez. 1988, p. 93.*

O AFETO E A DIGNIDADE COMO CENTRO DO DIREITO DE FAMÍLIA: A INCONSTITUCIONALIDADE DA DISCUSSÃO DA CULPA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL E A NOVA PARENTALIDADE À LUZ DO CÓDIGO CIVIL

“O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida” - PIETRO PERLINGIERI.

ROSANA BARBOSA CIPRIANO SIMÃO*

1. SUMÁRIO:

Tendo em vista as mudanças sócio-culturais que dão base à superestrutura jurídica, passou-se a centrar as atenções na realização do homem enquanto pessoa, sujeito de direitos, seja em sede de Direito Público, seja em sede de Direito Privado.

Deveras, no Direito de Família, houve grandes mudanças, passando-se de uma sociedade **patriarcal, matrimonializada e hierarquizada** para a valorização do afeto como fundamento de proteção às instituições familiares.

Assume a família seu papel social enquanto sustentáculo e fonte de apoio para a realização de seus integrantes.

Toda a disciplina referente a este ramo do Direito submete-se a esse conjunto de valores inspirado pelos princípios positivados notadamente na Carta Magna pátria.

Há a constitucionalização do Direito Civil sendo certo que o Código Civil deixa de ser diploma e fonte única legislativa para aceitar cotejo com microssistemas que prestigiam a proteção dos direitos de personalidade, especialmente, a dignidade do ser humano.

Nesse novo contexto, questiona-se a praticidade e real necessidade da discussão da culpa em sede de separação judicial litigiosa.

A exposição da esfera íntima dos cônjuges viola seus direitos de personalidade e, por via de consequência, qualquer legislação nesse sentido torna-se flagrantemente inconstitucional.

Com as novas técnicas de reprodução assistida, há toda uma revolução nas regras acerca da parentalidade e as questões referentes à investigação de paternidade devem ser adequadas à busca do Melhor Interesse da Criança para adequar-se à doutrina de proteção integral à pessoa em formação (art. 227 da Constituição da República).

Os operadores do Direito devem estar atentos para dar efetividade aos novos

* ROSANA BARBOSA CIPRIANO SIMÃO é Promotora de Justiça (RJ), Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Antonio de Nebrija - Madri, Professora de Direito Civil na UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro), EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), FEMPERJ (Fundação Escola do Ministério Público), nos cursos de Pós Graduação na Universidade Estácio de Sá e na FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS.

valores que permeiam as relações interpessoais em sede das quais as conseqüências do desafeto se submetem à apreciação do MINISTÉRIO PÚBLICO e demais aplicadores do Direito de família.

2. EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA (CONSIDERAÇÕES PONTUAIS)

Antigamente, a noção de família estava muito atrelada à idéia de proteção do Estado à união selada entre homem e mulher pelo sacramento do matrimônio em que se vislumbrava, com clareza, objetivos de segurança patrimonial e procriação. Havia forte interferência da Igreja Católica nos assuntos políticos (neste aspecto incluídas diretrizes legislativas e jurídicas) e vice versa.

A noção de propriedade era o eixo das Ciências Jurídicas e, portanto, seus diversos ramos eram pautados pela idéia de circulação de riquezas.

Em sede contratual e obrigacional, destacava-se a livre manifestação de vontade e intervenção mínima do Estado e o Direito de Família era articulado de forma a prevalecer a vontade do homem, eis que chefe da sociedade conjugal.

Nesse sentido, todo o sistema construído de presunção de paternidade do marido (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), imposição da monogamia (através de técnicas legislativas tais como a criminalização do adultério etc), exercício do pátrio poder, visavam a garantir a segurança das transferências patrimoniais (notadamente em termos de direito sucessório) e exercício da autoridade do varão sobre a pessoa dos filhos e da mulher.

De fato, a filiação oriunda do casamento era tida como legítima (distinguindo-se dos filhos ilegítimos – dentre os quais, os incestuosos e adulterinos) e havia exclusão de outras formas familiares que não a oriunda do matrimônio com várias conseqüências de cunho sucessório e em termos de proteção do Estado.

Ressalte-se que no Direito Romano existia a idéia do *pater familias*, que tinha direito de vida e de morte sobre as pessoas que integravam a família, sendo certo que a distinção entre filhos (conforme fossem gerados no seio matrimonial ou não) corroborava todo esse panorama de família **patriarcal, matrimonializada e hierarquizada** adotada pelo Direito brasileiro.

Paulatinamente, houve uma mudança de paradigmas, deslocando-se o enfoque jurídico das relações patrimoniais para as pessoais, é dizer, foi-se incorporando no arsenal político e juridicamente organizados, valores metaindividuais, de valorização do ser humano, de busca da realização da pessoa através da proteção de direitos inerentes à personalidade.

O homem (e não a propriedade) é o centro do Direito e, nesse aspecto, todas as circunstâncias necessárias para sua realização pessoal e afirmação como ser humano são enfatizadas.

Na atualidade, a idéia de entidade familiar não está associada, necessariamente, ao casamento e nem este ao mero objetivo de procriação ou legitimador de relações sexuais geradoras de uma filiação denominada legítima. É viável a existência de casamento sem procriação; procriação sem casamento; relações sexuais sem casamento e até mesmo procriação sem relações sexuais (em razão das inovadoras técnicas de reprodução assistida).

Mudam-se conceitos, paradigmas, objetivos; a família é palco de realização de seus integrantes, sede de manifestação de afetos no qual é protagonista o amor e também gerador de efeitos jurídicos.

Para a efetivação desse novo pensamento, foram sendo incorporadas nos textos legislativos regras programáticas (de conteúdo normativo) garantidoras da proteção dos direitos da personalidade sendo certo que, no Direito pátrio, o ápice desse movimento de positivação dos novos anseios sociais e culturais foi obtido com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 05 de outubro de 1988.

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A Constituição da República de 1988 é um grande marco na democratização e difusão da justiça social no Brasil. Referente Carta Magna positiva os famigerados Direitos Humanos (que, em sede constitucional, adotam a feição de Direitos fundamentais).¹

Verifica-se, portanto, preocupação com a pessoa humana, surgida com as Declarações de Direitos, a partir da necessidade de proteger o cidadão contra o arbítrio do Estado totalitário, e mais, limitando também as relações jurídicas patrimoniais. Tutelam-se, pois, direitos inerentes ao Ser Humano não somente na esfera de Direito Público (proteção da pessoa humana contra arbitrariedades e violações praticadas pelo Estado) como também no âmbito do Direito Privado.

Os Direitos Fundamentais são os Direitos Humanos e Direitos da Personalidade consignados, ou melhor, positivados na Constituição da República. Assim, tem-se que o lugar de referência mediante disposição topográfica de nossa Carta Magna dos Direitos Humanos e Direitos da Personalidade são Título I e II: Princípios Fundamentais e Direitos e Garantias Fundamentais, respectivamente.

O Princípio da **dignidade da pessoa humana** pode ser considerado como uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade. Encontra-se expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil ² como um de seus fundamentos.

Sob a ótica de SÉRGIO RESENDE DE BARROS, “a dignidade humana é a versão axiológica da natureza humana”.³

Deveras, diante de qualquer caso concreto que bata às portas do Poder Judiciário, a interpretação que mais atende aos anseios de justiça é a que melhor realiza a dignidade do ser humano.

Do princípio da dignidade são irradiados os demais princípios também acolhidos em sede constitucional, tais como os princípios da igualdade e liberdade.

1 É com orgulho que podemos mencionar os claros termos do PREÂMBULO da Constituição da República Federativa do Brasil/88 *ipsis literis*: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

2 “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”. art. 1º inc. III da Constituição da República Federativa do Brasil.

3 BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. 418.

Paralelamente, há o fenômeno de criação de microssistemas, inspirados também na proteção dos direitos dos hipossuficientes (tudo como emanção da humanização do Direito) tais como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No que se refere à sistemática do Direito de Família, a dicção do art. 226 da Carta Magna é no sentido de garantir à célula básica da sociedade especial proteção do Estado.

Mas, mediante a interpretação sistemática de todas as normas constitucionais, tem-se que referida proteção é devida a todas as formas de intenção familiar (desde que presentes os requisitos legais) e enquanto subsistir o afeto e o apoio recíproco entre os membros da família. Através desse elo, os integrantes da família (seja ela constituída por pais e filhos, somente os cônjuges, um dos cônjuges e o rebento, conviventes, irmãos *etc*) envidam esforços para permitir a realização de cada um como ser humano, reafirmando seus respectivos direitos de personalidade. Cessado esse elemento subjetivo, não mais se justifica a manutenção da disciplina referente à instituição familiar.⁴

Tanto assim o é que a orientação do STJ é no sentido de não subsistir a comunicação de bens em caso de separação de fato (ainda que celebrado o matrimônio pelos regimes de comunhão parcial ou universal de bens). Deveras, a despeito de a lei consagrar que a sociedade conjugal só é extinta com a separação judicial, divórcio, morte, nulidade ou anulação do casamento (art. 1571 do CC), com a separação de fato, cessa o afeto, a comunhão plena de vida, pressuposto básico para a configuração familiar (conforme se extrai, inclusive, da inteligência do art. 1511 do novel Código Civil).

Também nesse diapasão é o entendimento do festejado Professor GUILHERME CALMON que, em sede do Curso de Direito Civil oferecido pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em convênio com a UERJ, expressou a idéia que da mesma forma que a propriedade atualmente deve cumprir sua função social para ser merecedora da proteção do Estado, também a família deve manter sua finalidade de realização pessoal de seus integrantes, de espaço de livre manifestação do afeto e apoio recíproco, sob pena de não ser reconhecida e protegida como tal. Essa seria, portanto, a “função social” da família, tendo em vista os novos valores vigentes.

3.1 - A ARGÜIÇÃO DA CULPA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL - DESNECESSIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

Dispõe o art. 1511 do CC: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Valoriza-se o plano existencial e não patrimonial.

Portanto, tendo em vista que o que legitima a especial proteção do Estado à família (art. 226, *caput*, da Constituição da República) é seu aspecto funcional de viabilizar a realização do ser humano e a manifestação autêntica de afeto, é possível concluir que a falta da plena comunhão de vida (que, em última análise, é o próprio amor e afeto), é fator que torna evidente a impossibilidade da vida em comum.

4 Nesse sentido também se expressa RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, in “A sexualidade vista pelos tribunais” – ed. Del Rey, 2001, p. 02 nos seguintes termos: “A partir da Revolução Industrial, com a redivisão sexual do trabalho, o movimento feminista e o declínio da ideologia patriarcal, os paradigmas norteadores da família começaram a mudar. Ela deixou de ser apenas um núcleo econômico e de reprodução para ser espaço de companheirismo, camaradagem e livre expressão do amor e do afeto”.

Deveras, mediante interpretação teleológica do art. 1511 do Código Civil em cotejo com o parágrafo único do art. 1573 do Diploma Civil, tem-se que a mera incompatibilidade de gênios pode ser causa de pedir da separação judicial litigiosa.

Nessa linha de raciocínio, a própria inutilidade da discussão da culpa em sede de separação judicial e a exposição desnecessária da intimidade dos cônjuges quando da abordagem de assuntos que tais em sede de procedimentos litigiosos nas Varas de Família leva à conclusão da inconstitucionalidade da análise da culpa nas separações judiciais.

Aliás, quem é o causador da separação ou quem seja o cônjuge culpado é questão que comporta grande dose de subjetivismo do aplicador do direito e, *ipso facto*, discutir tais mazelas em sede de Direito de Família violaria a dignidade da pessoa humana.

A partir de que conceitos e com base em qual ponto de vista pode-se concluir que tal ou qual cônjuge foi o verdadeiro responsável pelo desgaste da relação conjugal e sua conseqüente extinção?

Deve-se refletir acerca desse tema especialmente quando se está diante de um caso concreto (como o que foi submetido à apreciação da signatária) em que o marido ingressou em Juízo pleiteando a separação judicial culposa tendo como causa de pedir a culpa da mulher em razão do que chamou de “atos de infidelidade”, sendo certo que a ré apresentou reconvenção requerendo a separação judicial culposa tendo como causa de pedir a culpa do marido em razão de prévia conduta de desvalorização, desrespeito e rejeição da mulher.

Uma instrução processual em que se pretende formar o livre convencimento motivado tanto do órgão ministerial como do magistrado, no que se refere à culpa de um ou de outro cônjuge pelo término do casamento (e mesmo da união estável) impescinde da grande exposição da intimidade do casal e, como conseqüência inevitável, da violação de seus respectivos direitos de personalidade, notadamente a dignidade.

Os operadores do Direito, *in casu*, passarão a ser mais que aplicadores da lei para serem erigidos a donos da verdade e juizes da vida privada da pessoa dos cônjuges. Há questões nas quais não se justifica, não se legitima, não é aceitável a intervenção do Estado, mormente quando as conseqüências advindas da decisão jurisdicional (seja em um sentido, seja em outro) tiver poucas repercussões práticas mas são causadoras de transtornos indelévels à vida dos litigantes.

E assim o é porque a declaração da culpa de uma ou de outra parte em nada influirá na partilha de bens, tendo em vista que irá vigorar a sistemática referente ao regime de bens eleito.

Ademais, também revelar-se-á inócua tal discussão no que se refere à guarda dos filhos, tendo em vista que, quanto a este tema vigora, indiscutivelmente, a busca do melhor interesse da criança.

O parágrafo único do art. 1584 do Código Civil incorpora a doutrina de proteção integral à criança e ao adolescente, conforme preconizado pelo art. 227 da Constituição da República e pela sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente para disciplinar a guarda dos filhos quando da separação judicial ou divórcio nos seguintes termos:

“Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele

compatibilidade com a natureza da medida, **de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade**, de acordo com o disposto na lei específica”. – *grifo nosso*.

Ademais, na disciplina referente ao uso do sobrenome do outro (conforme disposto no art. 1578 do Código Civil) a conclusão a respeito da culpa tem pouca (senão, nenhuma) relevância, haja vista as amplas exceções consignadas nos incisos.

Por fim, o novo regulamento a respeito da questão dos alimentos devidos ao ex-cônjuge enterrou, definitivamente, a necessidade de discutir-se a culpa, tendo em vista que há expressa previsão da possibilidade da prestação de alimentos ao cônjuge considerado “culpado” conforme faz certa a dicção do art. 1694 e seus parágrafos do Diploma Civil.

A despeito de haver alguns doutrinadores que sustentam a diferenciação entre os alimentos “indispensáveis à subsistência” e os “ideais” sendo, portanto, quanto a este particular, relevante a verificação da culpa, tem-se que os danos à esfera moral dos cônjuges são incomparavelmente maiores que a necessidade de se averiguar este fato para obter tal consequência.

Portanto, mediante inspiração do Princípio da Razoabilidade que deve nortear o aplicador do Direito e intérprete da Constituição da República, imperioso concluir que a discussão a respeito da culpa de um dos cônjuges em sede de separação judicial (na modalidade sanção) é inconstitucional.

4. A NOVA PARENTALIDADE À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL.

4.1 – A EVOLUÇÃO DA MEDICINA (O DNA E TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA).

Partindo-se de uma abordagem constitucional acerca das questões atinentes à filiação, é importante abordar, *prima facie*, a idéia de plena igualdade dos filhos.

A orientação do nosso Estado Democrático de Direito é no sentido de assegurar o direito ao planejamento familiar e a busca de resguardar o melhor interesse da criança.

Ressalte-se que a doutrina de proteção integral à criança e adolescente vem inculpada, em suas diretrizes básicas, no art. 227 da Constituição da República.

O direito ao livre planejamento familiar encontra-se previsto no par. 7º do art. 226 da Constituição da República nos seguintes termos:

“Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Verifica-se, pois, que é assegurada a liberdade de livre planejamento familiar vedado, portanto, qualquer tentativa, por parte do Estado, de controle da natalidade (podendo a atividade política nessa seara limitar-se a campanhas de conscientização, de distribuição de preservativos e contraceptivos etc). Nada obstante, referida autonomia reprodutiva dos genitores encontra limitações na necessidade de

observância aos princípios e valores constitucionais primordiais, tais como a **paternidade responsável** e respeito à **dignidade da pessoa humana**.

Com efeito, pode-se mencionar, exemplificativamente, que não há amplo direito à realização de abortos, tendo em vista o direito primordial à vida.

Os filhos são pessoas em desenvolvimento a quem se atribuem direitos. O poder familiar implica direitos (exercício da autoridade parental) e deveres tendo em vista que os pais são obrigados a observarem o respeito pelos direitos de personalidade do filho (pessoas em formação), garantindo-se-lhes crescimento saudável com higidez física e mental.

Contemporaneamente, verifica-se que com os avanços da medicina, há possibilidade de o homem interferir em processos naturais de procriação, notadamente em razão das inovadoras técnicas de reprodução assistida (inseminação artificial e fertilização *in vitro*).

Constrói-se, pois, uma nova parentalidade e, a esse propósito, menciona o art. 1593 do CC que “*o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem*” sendo certo que esta “outra origem” diz respeito à filiação oriunda da adoção ou de inseminação ou fertilização heteróloga.

De fato, o casal que não pode conceber (por algum motivo) de forma natural, pode submeter-se às técnicas de reprodução assistida fornecendo seus gametas para a fertilização artificial.

Tratam-se de técnicas sexuadas em que não há o coito mas trabalha-se com os dois gametas (feminino e masculino) – salvo o método (ainda pouco desenvolvido) de clonagem em que utilizar-se-ia técnica assexuada trabalhando-se com apenas um gameta.

A concepção pode ser intra corpórea ou extra corpórea, conforme a fertilização ocorra dentro ou fora do corpo da mulher. A inseminação artificial é intra corpórea, eis que é introduzido o espermatozóide no útero feminino e a fertilização *in vitro* é extra corpórea, tendo em vista que a fecundação ocorre em laboratório, gerando-se o chamado “bebê de proveta”.

Assim é que, mediante interpretação teleológica do art. 1597 do Código Civil, conclui-se que a fertilização artificial pode ser homóloga ou heteróloga conforme se utilize o gameta do respectivo cônjuge ou companheiro ou não, respectivamente.

Com a fecundação de vários óvulos e, por via de consequência, formação de mais de um embrião, surge a problemática dos embriões excedentários (aqueles cujo desenvolvimento não interessa aos fornecedores do material genético). Já se poderia cogitar da existência de vida? Tratar-se-ia de um nascituro cujos direitos são salvaguardados por força de disposição expressa de lei (art. 2º do Código Civil)?

Os médicos que utilizam-se das técnicas em comento, por ora, livram-se da problemática introduzindo o embrião excedentário na mulher nas proximidades da respectiva menstruação para que sejam descartados “naturalmente” mas, em verdade, a problemática continua.

Surgem também outras questões relevantes, tanto em nível de paternidade como de maternidade nos casos em que há participação de terceiros nas gestações de substituição (cessão de útero através da denominada “barriga de aluguel”) disciplinadas pela Resolução nº 1358 de 11/11/1992 do Conselho Federal de Medicina e também fertilização heteróloga.

Pela sistemática do Novo Código Civil, quanto aos filhos havidos do casamento, há a sistemática da paternidade presumida (conforme se depreende dos termos do art. 1597 do Código Civil) e das técnicas de reprodução assistida. Com relação aos filhos havidos fora do casamento (aí incluídos os filhos advindos da união estável), o reconhecimento pode ser voluntário ou judicial, através das ações de investigação de paternidade.

Conforme se infere dos termos do art. 1597, incs. III e IV do CC, reconhece-se a presunção de paternidade do marido quando a fecundação decorrer do material genético do mesmo. Surgem as problemáticas do ex-marido divorciado e da fertilização *post mortem*. Penso que, ainda nestes casos, é mantida a presunção de paternidade.

Outra questão interessante é a de saber se é revogável a autorização fornecida pelo marido para a fertilização heteróloga, haja vista que, conforme os termos do inc. V do art. 1597 do Código Civil, neste caso também há a presunção de paternidade. A solução seria admitir-se a possibilidade de revogação **desde que** manifestada tal retratação pela mesma forma que externada a autorização e também **desde que** feita até a efetiva concepção.

Quanto a este particular, discordo, data vênua, do entendimento do Professor do Instituto de Estudos Jurídicos e Sociais de Cruz Alta Dr. JÉDISON DALTROZO MAIDANA, em seu brilhante artigo sobre “O Fenômeno da Paternidade Socioafetiva: A Filiação e a Revolução da Genética” publicado pela *Revista Brasileira de Direito de Família* nº 24, ed. Síntese organizada pelo IBDFAM, páginas 50/79, em que, a despeito da autorização do marido para a fertilização heteróloga, entende viável a impugnação da paternidade em vista da falta de identidade genética com a criança. Penso que a autorização não revogada do marido para a inseminação heteróloga gera uma presunção **absoluta** de paternidade tendo em vista que não é possível alegar a própria torpeza.⁵

Com relação à possibilidade de o filho investigar sua origem, entendo viável esta possibilidade, tendo em vista que o fato de não haver parentesco não significa dizer que não se tem acesso à identidade genética. Mantêm-se a paternidade, *in casu*, juridicamente estabelecida pela sistemática da presunção mas viabiliza-se ao filho o acesso ao conhecimento de sua origem genética (o que, inclusive, poderá ser relevante para solucionar eventuais patologias).

As questões apresentadas são novas e incumbirá ao Ministério Público e aos demais operadores do Direito escrever a história da jurisprudência pátria quanto ao assunto, sempre cômicos da necessidade de busca da equidade e realização dos direitos da personalidade do ser humano.

4. 2 - PATERNIDADE REAL (OU BIOLÓGICA) E PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA.

No que se refere à paternidade e maternidade, antes de mais nada imperioso reconhecer que esses dados integram o complexo subjetivo formador da

⁵ Escreve o autor Dr. JÉDISON DALTROZO MAIDANA, in “O Fenômeno da Paternidade Socioafetiva: A Filiação e a Revolução da Genética”, publicado pela *Revista Brasileira de Direito de Família* nº 24, ed. Síntese organizada pelo IBDFAM, páginas 50/79, *ipsis literis*: “(...) Já o inciso V solucionou outra questão delicada, que é a da inseminação heteróloga havida com autorização do marido. Mas deixou em aberto aquela havida ao largo dessa autorização. Ocorre também que o Código apenas estabelece a “presunção” da paternidade nesses casos, e, portanto, ainda que haja autorização paterna, sempre será possível ao cônjuge varão, mesmo que tenha autorizado a fecundação heteróloga, impugnar o vínculo parental em vista da falta de identidade genética com a criança.”

personalidade do indivíduo, razão pela qual revela-se da máxima importância a justa aplicação e interpretação das normas que disciplinam a matéria.

Importante a distinção entre a paternidade/maternidade **biológica**, **socioafetiva** e **jurídica** para melhor entendimento das diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais que tratam do assunto.

A paternidade **biológica** refere-se ao laço genético que liga a prole aos genitores, aferível através da tipagem do DNA, a **jurídica**, a decorrente do registro civil e a **socioafetiva**, oriunda dos vínculos de afetividade entre as figuras paterna/materna e o(s) filho(s).

O ideal é a coincidência dessa três vertentes em uma dada situação fática em que os fornecedores do material genético exerçam a parentalidade de forma consciente, afetivamente envolvidos no seu mister, conscientes de seus deveres de sustento, alimentação, educação, instrução, apoio à prole (seres humanos em formação física, psicológica, mental e espiritual) constando no respectivo registro civil como pai e mãe, respectivamente.

Mediante essa linha de raciocínio, verifica-se que o modelo puramente genético para identificação da paternidade é insuficiente tendo em vista que esta tem componentes outros que não só uma seqüência de bases químicas (genoma humano codificado).

A Promotora de Justiça do Rio de Janeiro Lúcia Maria Teixeira Ferreira, em sua excelente palestra proferida no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2001, chamou a atenção para um fenômeno de Sacramentalização ou Divinização da perícia médica, tema também abordado pelo autor ROLFF MADALENO em artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 766 – ag. 1999 – pp. 69/87.

Trata-se da chamada “sedução biologista”, em que se defende a desconstituição da paternidade, a todo o tempo, por todo o interessado, com o simples fundamento de não haver coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica.

Valoriza-se sobremaneira o exame de DNA e, muitas vezes, desconstituem-se situações fáticas consolidadas pelo tempo e pelo afeto.

Contudo, vozes autorizadas criticam o exame pericial como prova absoluta, exame de DNA esse que, na dicção de SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, “alçado à fórmula milagrosa de resolução de todos os problemas pertinentes à investigação dos vínculos de filiação”.

Oportuno mencionar o posicionamento de FACHIN, segundo o qual: “As decisões calcadas no critério biologista da paternidade merecem questionamento. De verdade proibida, a ‘voz de sangue’ resta reputada o elemento definidor da relação paterno-filial; paradoxalmente, resultados injustos, similares àqueles derivados do sistema clássico, serão obtidos, eis que a questão central está no equilíbrio dos critérios de estabelecimento da filiação e não na incontrolada supremacia de um sobre o outro” in “Da Paternidade - Relação Biológica e Afetiva”, p. 186.

A paternidade envolve a construção de um amor filial, a criação de ambiente propício para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, cultural e social da pessoa em formação, a educação da prole de forma sadia e em condições de liberdade e dignidade.

Por esse motivo, esclarece, com muita propriedade, o supramencionado autor JEDISON DALTROZO MAIDANA ⁶: “(...) pai, ou mãe, na complexidade que esses termos comportam, será sempre aquele ou aquela que, desejando ter um filho, acolhem em seu

⁶ *Idem*, nota n° 5.

seio o novo ser, providenciando-lhe a criação, o bem estar e os cuidados que o ser humano requer para o seu desenvolvimento e para a construção de sua individualidade e de seu caráter.”

Aquele que se dispõe a assumir espontaneamente a paternidade de uma criança, levando ela ou não a sua carga genética, demonstra, por si só, consideração e preocupação com o seu desenvolvimento. Será que posteriormente seria justo, sem a análise de outras circunstâncias, desconsiderar um vínculo dessa grandeza por uma simples divergência genética?

A esse questionamento, a jurisprudência de nossos tribunais já responde negativamente conforme inovadores julgados que prestigiam a paternidade sócio afetiva por entender que em alguns casos é a que melhor se aproxima da realização do filho como pessoa, como ser humano.

Senão, vejamos:

“Direito de Família - Impugnação de filiação - Anulação de declaração de paternidade e maternidade em registro de nascimento ocorrido há mais de 50 (cinquenta) anos - Pedido desfalcado de conteúdo moral - Ação de estado - Imprescritibilidade - Se a autora e seu companheiro resolveram criar a ré como filha, desde alguns meses de nascida, e o varão a registrou, depois de 12 anos, atribuindo a paternidade a si mesmo e a maternidade à autora, no tipo de procedimento conhecido como ‘adoção à brasileira’, não é admissível que, passados mais de 50 (cinquenta) anos, venha a autora propor esta ação de anulação do ato ao argumento de que não anuiu com o mesmo, tanto que o desconhecia.

(Apelação Cível nº 8518/1999, 14ª Câmara Cível do TJRJ, Rio de Janeiro, Rel. Des. MAURO NOGUEIRA, J. 13.10.1999, maioria, DOE 27.04.2000, p. 278).

“Adoção simulada. Anulação do registro de nascimento pleiteada pelo autor da simulação. Invocação da própria torpeza. Segurança das relações jurídicas e prestígio da boa fé. Não pode alegar erro, capaz de ensejar a nulidade do registro de nascimento quem, consciente e voluntariamente, registra como seu filho de outrem. A espontânea atribuição de paternidade a quem não é filho equipara-se à adoção, pelo que não pode ser revogada ao sabor das emoções. Pleitear a nulidade do registro por tal fundamento importa em invocar a própria torpeza, vedado pelo nosso direito. Sentença reformada. Votação unânime. (CLG) (TJERJ - 2ª C.Cível - Apelação Cível nº 1999.001.16242 - Rel. Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO - J. 07/12/1999).

“Apelação. Anulação de assento de nascimento lavrado em decorrência de “adoção à brasileira”. Paternidade declarada voluntariamente pelo marido a pai biológico das recorrentes, já falecido, que considerava a ré como filha. Reconhecimento jurisprudencial da “paternidade sócio-afetiva”. *Status* de filha que o tempo consolidou. O interesse econômico das apelantes não se sobrepõe ao princípio inscrito no art. 1º, III, da Constituição da República. Recurso desprovido. (TJERJ - 2ª C. Cível - Apelação Cível nº 2004.001.10200 - Rel. Des. JESSÉ TORRES - J. 23/06/2004).”

5. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS SOBRE PATERNIDADE À LUZ DA NOVA ORDEM JURÍDICA.

Tenho por certo que para que seja anulado registro de nascimento por parte do pai registral sob a alegação de que não é o pai biológico, a causa de pedir deve estar assentada em vício de manifestação de vontade, seja erro, dolo, coação, simulação ou fraude para que se viabilize a desconstituição da paternidade previamente externada.

Isso porque, caso o pai registral que efetuar o registro de nascimento de determinada criança tenha prévio o conhecimento de que não é o genitor biológico daquela pessoa quando do registro, estaremos diante da chamada “adoção à brasileira” e, como tal, é irrevogável, mormente porque a ninguém é dado alegar a própria torpeza. Mantém-se, portanto, a paternidade declarada, ainda que dissociada da verdade genética.

Nesse sentido, em atuação ministerial, tive oportunidade de externar, em sede de ação anulatória de paternidade, o pensamento acima mencionado.

Transcrevo parte da referida manifestação exarada nos autos do processo nº 2002.001.022412-1:

“Inicialmente, cumpre ressaltar que trata-se de ação que versa sobre direito indisponível, qual seja, questão referente à paternidade de menor, item esse integrante dos direitos da personalidade e em relação a qual torna-se incabível qualquer transação entre as partes e/ou reconhecimento da procedência do pedido.

Sendo a questão de ordem pública, imprescindível o desenvolvimento da atividade probatória para regular processamento do feito.

Entende o Ministério Público se objetivasse o autor desconstituir a presunção de paternidade de filho concebido na constância de casamento, tratar-se-ia de negatória de paternidade.

In casu, alega o autor a falsidade no registro de nascimento causada por vício de manifestação do consentimento, vale dizer, em razão de dolo por parte da genitora do menor, o autor teria sido induzido em erro para proceder ao reconhecimento da paternidade.

Deveras, trata-se de anulação de registro de nascimento.

Nada obstante, o caso em comento impescinde da prova do alegado vício de vontade pois caso contrário, é dizer, caso tenha o autor procedido ao reconhecimento de paternidade consciente de seu ato e com perfeita compreensão da situação fática, estaremos diante de uma “adoção à brasileira”, irrevogável, portanto, até em razão ao prestígio da paternidade sócio afetiva e em amparo ao princípio de que não é lícita a alegação da própria torpeza (como é orientação jurisprudencial pátria quanto a este particular).

Importante observar que a genitora do menor, em sede de contestação, refuta toda e qualquer ação dolosa de sua parte, cabendo ao autor arcar com o ônus probatório, ou seja, provar o fato constitutivo de seu direito (art. 333 inc. I do CPC).

Ademais, imperioso observar que a prova pericial trazida ao bojo dos autos foi produzida unilateralmente e extrajudicialmente.

Pelo acima exposto, requer o Ministério Público prolação de despacho saneador com fixação dos pontos controvertidos, quais sejam: o autor é ou não pai biológico do menor Gabriel Passos Curi; houve vício de manifestação de vontade (erro ou dolo) quando do reconhecimento de paternidade por parte do autor - bem como o deferimento da produção de provas, protestando o *Parquet*, desde já, pela produção de prova oral, vale dizer, depoimento pessoal das partes e oitiva de testemunhas.”

Referido processo mereceu o acolhimento da tese acima desposada, conforme sentença prolatada pelo Juízo conforme os termos a seguir:

“SENTENÇA proferida no Proc. Nº 2002.001.022412-1 da lavra da Juíza de Direito Mirian T. Castro Neves de Souza Lima na 6ª Vara de Família da Comarca da Capital do Rio de Janeiro (29 de setembro de 2004):

“Os princípios da boa-fé e da segurança das relações jurídicas garantem ao vínculo jurídico oriundo da paternidade jurídica a mesma estabilidade do vínculo jurídico originário da paternidade biológica.

Repise-se que inexistindo prova de vício de vontade, o registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida não pode ser anulado porque não há fundamento para a pretensão do autor. A Constituição da República em seu art. 227 parágrafo 6º não cria qualquer supremacia da paternidade biológica em relação à paternidade jurídica.

Não se pode deixar de mencionar que o autor não pode se beneficiar de sua própria torpeza para eximir-se das obrigações decorrentes da espontânea declaração de paternidade por ele feita.

Ademais, tratando-se de direito indisponível, não há como a parte ré concordar com a pretensão do autor.

Diante disso, não comprovado o vício na vontade do autor no momento do reconhecimento da paternidade, o pedido de anulação de registro não pode ser acolhido.

Ante o exposto, **julgo improcedente o pedido** e condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do patrono dos réus, que fixo em R\$ 780,00 com base no art. 20 par. 4º do CPC.

P.R.I.

Transitada em julgado, dê-se baixa e arquivem-se”.

Estou convencida que a anulatória de paternidade em casos que tais se submete às regras gerais de prescrição e decadência para anulação de atos jurídicos por vício de manifestação de vontade.

Esta, portanto, a melhor sistemática interpretativa dos arts. 1601, 1604 e 1614 do Código Civil.

6. AS IMPLICAÇÕES DA BOA FÉ OBJETIVA NA PATERNIDADE RESPONSÁVEL.

A boa fé objetiva consagrada nos arts. 110 e 113 do novel Código Civil deve ser aplicável não só em sede contratual mas também em Direito de Família, especialmente quando reverte em favor do atendimento do melhor interesse da criança.

O registro e conseqüente perfilhação implica grande ato de responsabilidade. Portanto, é razoável exigir-se a diligência do homem médio e a boa fé objetiva para obtenção de efeitos jurídicos na desconstituição da paternidade registral.

Isso significa dizer que se o interessado tiver desconfianças de que aquele filho não é seu, deve preliminarmente realizar exame de DNA para somente então perfilhá-lo.

Não é tolerável que o pai registral, posteriormente, possa pretender desconstituir a paternidade declarada com dúvidas, após inclusive já consolidada uma situação fática em que a paternidade já se incorporou ao patrimônio moral do filho.

7. CONCLUSÃO

A par das mudanças normativas e conseqüentes construções doutrinárias e tendências jurisprudenciais, assiste-se a uma substancial alteração axiológica que influi em toda principiologia que inspira a sistemática jurídica pátria.

Deveras, saímos de um contexto socioeconômico em que as unidades de produção e, como conseqüência, a movimentação patrimonial inspiravam toda dinâmica jurídica para entrarmos em uma era em que se valoriza a realização da pessoa e reafirmação dos direitos da personalidade. Assim é que o Direito de uma maneira geral e, mais especificamente, o Direito Civil deixa de fincar seu eixo na propriedade para centrar-se no ser humano.

O homem deixa de ser apenas o sujeito de direitos nas relações jurídicas nas quais tradicionalmente os bens de cunho patrimonial integravam o objeto das negociações para ser também a finalidade da tutela jurídica. O bem da vida almejado é a própria higidez física e mental da espécie humana e a proteção de valores meta ou extra patrimoniais é o alvo do ordenamento jurídico.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 houve uma definitiva mudança de paradigma jurídico e, se antes o Código Civil assumia papel nuclear, abre-se espaço para a instalação de microssistemas que se permeiam e encontram-se em perfeita harmonia com o fundamento de validade da Carta Magna consistente na realização do ser humano e busca do bem estar social.

Mediante essa diretriz, o princípio da **dignidade da pessoa humana** erige-se como cláusula geral de tutela dos Direitos da Personalidade e encontra-se positivado no inc. III do art. 2º da CR como fundamento da República Federativa do Brasil.

Seus demais consectários, tais como direito à liberdade, igualdade, busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promoção do bem de todos sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação integram as normas programáticas que, conforme o constitucionalista LUÍS ROBERTO BARROSO, são dotadas de poder normativo e dirigem-se de forma cogente aos integrantes do Executivo, Legislativo e Judiciário e servem de ferramenta para garantir a efetividade do Direito aos integrantes do Ministério Público.

Da mesma forma em que se fala do papel social da propriedade em sede dos Direitos Reais, da Tutela da Confiança na Teoria dos Negócios Jurídicos do Princípio da Boa Fé Objetiva e seus consectários (dever de probidade, lealdade, honestidade) no Direitos das Obrigações, é mister que se reconheça como também integrante desse fenômeno de humanização das relações jurídicas, o **afeto** e **amor** como centro do Direito de Família sendo este conteúdo, portanto, mais importante a própria formalidade deste ramo do Direito e fundamento para proteção do Estado às Entidades Familiares.

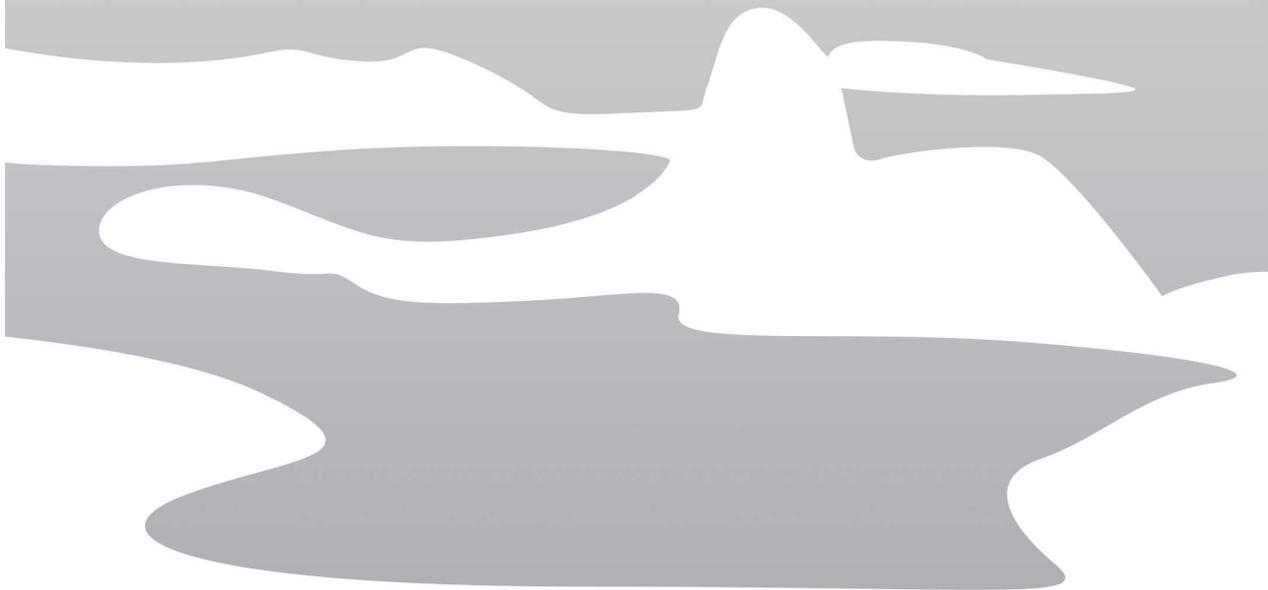
A família deixa de ser uma mera unidade de produção e procriação para ser palco da realização de seus integrantes através da exteriorização de seus sentimentos de afeto, amor e solidariedade mútua.

8. BIBLIOGRAFIA

- 8.1 - FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência* – Ed. Saraiva.
- 8.2 - FUX, Luiz. *Tutela de Urgência e Plano de Saúde* – Ed. Espaço Jurídico Ltda.
- 8.3 - ISHIDA, Valter Kenji. *Direito de Família e sua Interpretação Doutrinária e Jurisprudencial* – Ed. Saraiva.
- 8.4 - DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito da Família e o Novo Código Civil* – Ed. Del Rey.
- 8.5 - PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil* – Vol. V – Direito de Família – Ed. Forense.
- 8.6 - VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direito de Família* – Ed. Atlas.
- 8.7 - FUX, Luiz. *Direito Processual Civil* – Ed. Forense.
- 8.8 - *Revistas de Direito de Família* – Organizadas pelo IBDFAM – Ed. Síntese.

**Publicado originalmente na Revista nº 24 jul./dez. 2006, p. 199.*

Direito Processual Civil



OS TRÊS MODELOS DE DIREITO PROCESSUAL: INQUISITIVO, DISPOSITIVO E COOPERATIVO¹.

FREDIE DIDIER JR.*

Resumo. O ensaio tem por objetivo expor as principais características do modelo de processo cooperativo, confrontando-o com os tradicionais modelos inquisitivo e dispositivo.

Palavras-chave: Processo inquisitivo. Processo adversarial. Princípio da cooperação. Devido processo legal.

Abstract. The essay aims at presenting the main features of the model of cooperative procedure, confronting them with the traditional models of inquisitive and dispositive procedures.

Keywords: Inquisitive procedure. Adversarial procedure. Principle of cooperation. Due process of law.

1. Nota introdutória.

Há diversos modelos de direito processual, e todos eles podem ser considerados em *conformidade* com o princípio do devido processo legal. Tudo vai depender do que se entende por *devido processo legal*, que, por se tratar de cláusula geral, é texto cujo conteúdo normativo variará sobremaneira a depender do espaço e do tempo em que seja aplicado.

A doutrina costuma identificar dois modelos de processo na civilização ocidental influenciada pelo iluminismo: o modelo dispositivo e o modelo inquisitivo. Identificamos um terceiro modelo: o processo cooperativo.

Vamos examinar cada um deles.

2. “Princípios” dispositivo e inquisitivo. Modelos tradicionais de organização do processo: *adversarial* e *inquisitorial*.

A organização do processo não prescinde de uma distribuição das funções que devam ser exercidas pelos sujeitos processuais. Cada um deles exerce um papel, mais ou menos relevante, na instauração, no desenvolvimento e na conclusão do processo.

*Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Pós-doutor (Universidade de Lisboa) Livre-Docente (USP). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br.

¹ Escrito em homenagem ao Professor José Ignacio Botelho de Mesquita.

A doutrina costuma identificar dois *modelos* de estruturação do processo: o modelo *adversarial* e o modelo *inquisitorial*. Não obstante haja muita discussão em torno da caracterização de tais modelos, bem como seja criticável a terminologia,² a dicotomia ainda continua sendo bastante utilizada e serve, como uma apresentação, ao menos para fins didáticos, do tema.

Em suma, o modelo *adversarial* assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir³. O modelo *inquisitorial* (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo⁴.

A divisão do “trabalho” processual é tema clássico e dos mais importantes. Como afirma BARBOSA MOREIRA, “falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito todo o sistema processual é chamado a definir-se: o problema da ‘divisão de trabalho’ entre o órgão judicial e as partes. (...) Aceita a premissa de que ao titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal, deva este atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável à espécie. Se cabe ver no litígio uma como enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor a seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios adequados”.⁵

Fala-se que, no modelo *adversarial*, prepondera o *princípio dispositivo*, e, no modelo *inquisitorial*, o *princípio inquisitivo*. Princípio, aqui, é termo utilizado não no sentido de “espécie normativa”, mas, sim, de “fundamento”, “orientação preponderante” etc. Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas

2 Sobre os problemas desta dicotomia, DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 3 e segs; CHASE, Oscar G. “A ‘excepcionalidade’ americana e o direito processual comparado”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, n. 110, p. 122.

3 JOLOWICZ, J. A. “Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation”. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 177.

4 DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*, cit., p. 3. No original: “The adversarial mode of proceeding takes its shape from a contest or a dispute: it unfolds as an engagement of two adversaries before a relatively passive decision maker whose principal duty is to reach a verdict. The nonadversarial mode is structured as an official inquiry. Under the first system, the two adversaries take charge of most procedural action; under the second, officials perform most activities”.

5 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”. *Temas de direito processual civil* – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-46.

relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado *princípio dispositivo*; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o *princípio inquisitivo* o processo será. A dicotomia *princípio inquisitivo-princípio dispositivo* está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de “inquisitividade”; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a “dispositividade”.

Já se pretendeu distinguir o processo penal e o processo civil exatamente pelo conjunto de poderes atribuídos ao magistrado, inicialmente mais intenso naquele do que nesse⁶.

Também haja quem relacione o processo *adversarial* ao *common law* e o processo inquisitivo ao *civil law*. Como primeiro passo, a relação é correta, mas não devem ser ignoradas as profundas influências recíprocas que esses sistemas vêm causando um no outro, a ponto de a diferenciação entre eles ficar cada vez mais difícil.

A “dispositividade” e a “inquisitividade” podem manifestar-se em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc.

Nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o “princípio dispositivo” e, em relação ao outro, o “princípio inquisitivo”.

Por exemplo: no direito processual civil brasileiro, a instauração do processo e a fixação do objeto litigioso (o problema que deve ser resolvido pelo órgão jurisdicional) são, em regra, atribuições da parte (arts. 128, 263 e 460, CPC). Já em relação à investigação probatória, o CPC admite que o juiz determine a produção de provas *ex officio* (art. 130 do CPC).

Convém transcrever o pensamento de BARBOSA MOREIRA: “...fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração”.⁷

Difícil, portanto, estabelecer um critério identificador da *dispositividade* ou da *inquisitorialidade* que não comporte exceção. Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos *adversariais* e *inquisitoriais*⁸. Não é possível afirmar que o modelo processual

⁶ Atualmente, uma tal distinção não se justifica. Ver, por todos, o excelente trabalho de MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Processo civil e processo penal: mão e contramão?”. *Temas de direito processual – sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 201-215.

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reformas processuais e poderes do juiz”. *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.

⁸ JOLOWICZ, J. A. “Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation”, cit., p. 175-176.

brasileiro é totalmente *dispositivo* ou *inquisitivo*. O mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso etc.

É fundamental visualizar o problema, enfim, sob dois aspectos: a) propositura da demanda: delimitação do objeto litigioso do processo; b) estrutura interna do processo: impulso processual, produção de provas, efeito devolutivo do recurso etc. No primeiro aspecto, há uma dimensão substancial da *dispositividade/inquisitividade*; no segundo, uma dimensão *processual* do tema.

BARBOSA MOREIRA e BEDAQUE defendem uma outra acepção do princípio dispositivo: é “preferível que a denominação *princípio dispositivo* seja reservada tão somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). (...) Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual”⁹⁻¹⁰

Os autores, como se pode constatar, pretendem dar ao *princípio dispositivo/inquisitivo* uma dimensão substancial, pois o relaciona à situação jurídica discutida: se disponível, processo dispositivo; se indisponível, processo inquisitivo.

Note-se, porém, que, independentemente da natureza do direito discutido, persiste a necessidade de iniciativa da parte para dar início ao processo. No entanto, admite-se a abertura *ex officio* de processo de inventário (art. 989, CPC), que cuida de interesses eminentemente disponíveis¹¹. Também é irrelevante a natureza do direito no que se refere à iniciativa oficial de produção de provas (art. 130 do CPC).

3. Nota sobre o “garantismo processual”.

A doutrina costuma relacionar o modelo *adversarial-dispositivo* a regimes não-autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo *inquisitivo* a regimes autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem frequente na doutrina.

A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais certamente influenciarão a conformação do processo, método de exercício de poder, não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário.

É desse contexto que surge uma doutrina denominada de *garantismo processual*, que tem por objetivo *proteger* o cidadão dos abusos do Estado, caracterizado, no caso, pelo aumento dos poderes do juiz. Esse pensamento funda-se na doutrina do filósofo italiano LUIGI FERRAJOLI¹², que esboçou uma teoria do garantismo para o Direito. Há ardorosos defensores dessa concepção, destacando-se JUAN MONTERO AROCA

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reformas processuais e poderes do juiz”. *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

10 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 90.

11 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 92.

12 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal*. Fauzi Choukr (trad.). São Paulo: RT, 2002, p. 683-766.

(Espanha), LUIS CORREIA DE MENDONÇA (Portugal), FRANCO CIPRIANI (Itália)¹³ e HUGO CAVERO (Peru)¹⁴. Esse pensamento já foi denominado no Brasil de “neoprivatismo processual”¹⁵.

Para essa corrente, a própria discussão sobre a boa-fé no processo revela traços autoritários¹⁶. Há evidente exagero. Se mesmo na guerra a ética há de ser preservada, como não defender a existência de um princípio da boa-fé processual, em que, ainda que apenas metaforicamente, de modo civilizado e sob supervisão do juiz, as partes “guerreiam” por seus interesses? Ademais, como afirma LEONARDO GRECO, “bem aplicado, esse princípio... serve com certeza mais adequadamente ao processo liberal”¹⁷, pois serve à proteção dos direitos subjetivos dos litigantes, “pois a eficácia das garantias fundamentais do processo impõe um juiz tolerante e partes que se comportem com lealdade”¹⁸.

4. Processo cooperativo: um terceiro modelo de organização do processo. Princípios e regras de cooperação. Eficácia do princípio da cooperação.

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro.

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do *princípio do contraditório*, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do *duelo* das partes¹⁹. O contraditório volta a ser valorizado²⁰ como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida²¹.

A condução do processo deixa de ser *determinada* pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição *assimétrica*

13 Sobre essa concepção, amplamente, consultar a coletânea AROCA, Juan M. (org.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

14 CAVERO, Hugo. “El garantismo del profesor James Goldschmidt: vigencia de un pensamiento viejo y bueno, o vigencia del pensamiento de un viejo bueno”. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima: Communitas, 2009, n. 14, p. 18-20.

15 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O neoprivatismo no processo civil”. *Leituras complementares de Processo civil*. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 309-320.

16 AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. València: Tirant lo blanch, 2001, p. 106-108; MENDONÇA, Luís Correia de. “O vírus autoritário”. *Julgar*. Lisboa: Associação sindical dos juizes portugueses, 2007, n. 1, p. 86 e segs.

17 GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n. 164, p. 49.

18 GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”, cit., p. 52.

19 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Garantia do Contraditório”. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 139-140.

20 Como já fora no processo medieval romano-canônico, GIULIANI, Alessandro. “L’ordo giudiziarius medioevale (riflessioni su un modello di ordine isonomico)”. *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: CEDAM, 1998, v. 43, p. 611; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 27, p. 25-26; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 81.

21 Sobre esse papel do princípio do contraditório, neste contexto histórico, muito oportuna a leitura de MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 89-90.

em relação às partes. Busca-se uma condução *cooperativa* do processo²², sem destaques a algum dos sujeitos processuais.

O modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia. DIERLE JOSÉ COELHO NUNES, que fala em *modelo participativo de processo* como técnica de construção de um processo civil *democrático* em conformidade com a constituição, afirma que “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo”²³.

Disso surgem deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional, que assume uma “dupla posição”: “mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual”, e “assimétrico” no momento da decisão²⁴; não conduz o processo *ignorando* ou *minimizando* o papel das partes na “divisão do trabalho”²⁵, mas, sim, em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio.

No entanto, não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem *com* o juiz; trata-se de *função* que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é *fruto* da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado. Nesse momento, revela-se a necessária assimetria entre as posições das partes e do órgão jurisdicional: a decisão jurisdicional é essencialmente um ato de poder. Em um processo autoritário/inquisitorial, há essa assimetria *também* na condução do processo²⁶.

Assimetria, aqui, não significa que o órgão jurisdicional está em uma posição processual composta apenas por *poderes processuais*, distinta da posição processual das partes, recheadas de *ônus* e *deveres*. Os princípios do *devido processo legal* e do Estado de Direito imputam ao juiz uma série de deveres (ou *deveres-poderes*, como se queira), que o fazem também sujeito do contraditório, como já se disse. O exercício da função jurisdicional deve obedecer aos limites do devido processo²⁷. Assimetria significa apenas que o órgão jurisdicional tem uma função que lhe é própria e que é conteúdo de um poder, que lhe é exclusivo.

Eis o modelo de direito processual civil adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático.

22 “Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das idéias subministradas por cada um deles [sujeitos processuais]: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão. Semelhante cooperação, ressalte-se, mais ainda *se justifica pela complexidade da vida atual*”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”, cit., p. 27, texto entre colchetes e grifo acrescentados.) O autor também defende a existência deste novo modelo de direito processual (cit., p. 28).

23 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215. Neste mesmo sentido, ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional*, cit., p. 60-61.

24 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 102-103.

25 Expressão consagrada em doutrina: JOLOWICZ, J. A. “Adversarial inquisitorial approaches to civil litigation”. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 182; MOREIRA, José Carlos Barbosa “O problema da ‘divisão do trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos”. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989, 4ª série, p. 35-44.

26 “No modelo assimétrico, todavia, o magistrado passa a gozar de amplos poderes de condução do processo, assumindo em definitivo a sua direção” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 98).

27 Assim, ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 198-199.

Mas é preciso compreender qual é a eficácia normativa desse princípio.

O princípio da cooperação atua *diretamente*, imputando aos sujeitos do processo deveres, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do “estado de coisas” (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover.

Essa eficácia normativa independe da existência de *regras jurídicas* expressas. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação dessa situação jurídica passiva (dever) ao magistrado.

Repita-se: o princípio da cooperação torna *devidos* os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo.

O mais difícil é, realmente, sistematizar os deveres processuais que decorrem do princípio da cooperação. Para tanto, convém valer-se de tudo o que já se construiu a respeito dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado. *O dever de cooperação é um deles.*

Os deveres de cooperação podem ser divididos em deveres de *esclarecimento*, *lealdade* e de *proteção*²⁸.

Vejamos algumas manifestações desses deveres em relação às partes: a) *dever de esclarecimento*: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, par. ún., CPC); b) *dever de lealdade*: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); c) *dever de proteção*: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879-881, CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574, CPC).

Mas também em *relação ao órgão jurisdicional* é possível visualizar a *aplicação do princípio da cooperação*.

O órgão jurisdicional tem o *dever de lealdade*, de resto também consequência do princípio da boa-fé processual, conforme já examinado.

O *dever de esclarecimento* consiste no dever de o tribunal de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo²⁹, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas³⁰. Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo). Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante – convém lembrar

28 CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*, cit., p. 604; VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 405.

29 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65. Assim, também, GRASSI, Lúcio. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.

30 Art. 266 do CPC de Portugal: “2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato”.

que há hipóteses em que se confere a não advogados a capacidade de formular pedidos, o que torna ainda mais necessária a observância desse dever³¹.

O *dever de esclarecimento* não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes³². É certo que esse dever decorre do dever de motivar, que é uma das garantias processuais já consolidadas ao longo da história. O dever de motivar contém, obviamente, o dever de deixar claras as razões da decisão. Essa circunstância não impede, porém, que se veja aqui também uma concretização do princípio da cooperação, já positivada. No Direito brasileiro, decisão obscura é impugnável por meio do recurso de embargos de declaração (art. 535, I, CPC).

Fala-se ainda no *dever de consulta*.

O *dever de consulta* é variante processual do *dever de informar*, aspecto do *dever de esclarecimento*, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*,³³ sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre essa questão não alvitada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir³⁴. Eis o *dever de consulta*.

31 Para Lúcio Grassi, é possível retirar este dever judicial, no direito brasileiro, dos artigos 130, 131, 339, 340, I, do CPC brasileiro (“Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”, cit., p. 51).

32 Afirmando a existência de deveres para o juiz, inclusive o dever de *esclarecer as partes*, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. “Prólogo”. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 1, p. XXII.

33 Art. 3º, 3, CPC Portugêses: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem”. Art. 8º, 2, CPC de Macau: “2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência”. Art. 16 Novo Código de Processo Civil francês: “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”. (na tradução de EDUARDO FERREIRA JORDÃO: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações”.) Art. 101, 2, CPC italiano, recentemente reformado: art. 101 do CPC italiano agora tem um “2º comma”, com a seguinte redação: “Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”.

34 “Ao ver do legislador alemão, uma das circunstâncias capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar idéia sobre o provável desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão julgador e tenham oportunidade de trazer ao propósito a sua contribuição. O § 139 da ZPO já consagra, em semelhante perspectiva, o chamado *Hinweispflicht*, isto é, o dever do órgão judicial de providenciar para que as partes elucidassem de modo completo todos os fatos relevantes e indicassem as provas respectivas, incumbindo-lhe, na medida da necessidade, discutir com os litigantes os aspectos fáticos e jurídicos do pleito e formular-lhes perguntas. A reforma trata de reforçar este dever. De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão”. *Temas de direito processual – 8ª. série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201-202.).

A concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia³⁵. Como cabe ao magistrado a investigação oficial de algumas questões (como, p. ex., os pressupostos processuais e as condições da ação, *ex vi* do § 3º do art. 267 do CPC), o respeito a esse dever revela-se fundamental.

Caso o magistrado “descubra” a falta de um requisito de admissibilidade, não deve determinar a extinção do processo (se esse for o efeito previsto) sem antes ouvir as partes sobre a questão.

Tem o magistrado, ainda, o *dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas*. Trata-se do chamado *dever de prevenção*, variante do *dever de proteção*.

O *dever de prevenção* tem um âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo³⁶.

São quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte.

“Assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro”³⁷.

No direito brasileiro, esse dever de prevenção está concretizado, por exemplo, no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o magistrado considerar que lhe falta algum requisito; não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito³⁸. Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 295, VI, CPC).

Note, enfim, que há o *princípio da cooperação*, que se destina a transformar o processo em uma “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft, comunione del*

35 GRASSO, Eduardo. “La collaborazione nel processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1966, n. 4, p. 591-592 e 608; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 27, p. 28-29; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39-42; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224-231.

36 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed., cit., p. 66. Assim, também, GRASSI, Lúcio. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”, cit., p. 52.

37 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed., cit., p. 66.

38 GRASSI, Lúcio. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”, cit., p. 52.

trabalho) “e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados”³⁹, e há as regras de cooperação, que concretizam esse princípio (como, p. ex., a que exige que o pronunciamento judicial seja claro, inteligível).

Mas o princípio da cooperação tem eficácia normativa direta, a despeito da inexistência de regras que o concretizam. A inexistência de regras que delimitam e/ou esclareçam o conteúdo do princípio da cooperação não é obstáculo intransponível para a efetivação desse mesmo princípio. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual *venire contra factum proprium* do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação dessa situação jurídica passiva. Ao integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo).

**Publicado originalmente na Revista nº 49 jul./set. 2013, p. 89.*

39 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed., cit., p. 62.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO: REQUISITOS CONSTITUCIONAIS DE ADMISSIBILIDADE*

HELICIO ALVES DE ASSUMPÇÃO**

SUMÁRIO: 1. A crise do Supremo Tribunal Federal e do recurso extraordinário. 2. requisitos constitucionais de admissibilidade do recurso extraordinário. 2.1. Causa decidida. 2.2. Cabimento: única ou última instância. 2.3. Cabimento: fundamentos específicos. 2.4. Questionamentos. 2.5. Repercussão geral.

I. A CRISE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

1. Constitui assunto recorrente entre nós, que ocupa há décadas¹ a atenção de eminentes doutrinadores e magistrados, o que se convencionou chamar de “*crise do Supremo Tribunal Federal*”, fenômeno que se traduz no crescente aporte de processos que chegam à Suprema Corte, por competência originária e recursal, e na inviabilidade de o Tribunal dar-lhes cabo com relativa presteza, mantendo, como tem em geral mantido, embora sob pressão de intolerável carga de trabalho, a alta qualidade em seus julgamentos.

* Trabalho destinado à coletânea de estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira – jurista exemplar, amigo generoso e mestre insuperável.

** HELCIO ALVES DE ASSUMPÇÃO é livre-docente e professor de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1 CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ atribui o emprego inicial da locução a PHILADELFO DE AZEVEDO – “A relevância da questão federal e a crise do STF”, in *Revista Forense*, 295, pp. 165 e segs.; ALFREDO BUZAID proferiu, em 1960, aula magna que tem como título “A Crise do Supremo Tribunal Federal”, inserta em *Estudos de Direito*, 1972, p. 121 e segs.; nela consignou “o desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamento por ele proferidos; sendo a entrada daqueles consideravelmente superior à capacidade de sua decisão, vão se acumulando os processos não julgados, resultando daí o congestionamento, porque, de ano para ano, o remanescente aumenta a pirâmide de autos, chegando ao ponto de não mais poder ser removida.” Demonstra que os dados começam a sofrer significativo aumento em 1934 – em termos que hoje podem dizer-se modestíssimos: “As estatísticas mostram que a partir de 1934 começam a avolumar-se os recursos extraordinários: 150 em 1935; 230 em 1936; 242 em 1937; 210 em 1938; 286 em 1939; 804 em 1940; 1.047 em 1941; 1.113 em 1942; 1.124 em 1943”; para alcançar 6.557 em 1956 e 6.597 em 1957; transcreve longa manifestação de PHILADELFO DE AZEVEDO, de 1943, justamente sob o nome “A Crise do Supremo Tribunal”, publicada nos *Arquivos do Ministério da Justiça*, 1, p. 11 e segs., onde o eminente jurista e magistrado deplorava: “A quantidade no rendimento do labor há de ser alcançada em detrimento da qualidade, e o juiz, que consegue, por exemplo, por extremo esforço, desembaraçar-se a tempo da tarefa recebida, há de lastimar, sem dúvida, a deficiência do estudo feito de cada caso, restringindo o apoio doutrinário, tão útil a decisões destinadas servir de modelo, a todos os juristas do país; se, ao contrário, não quiser sacrificar esse aspecto, verá escoar-se o tempo necessário ao desembaraço de toda a carga, que recebe inexoravelmente cada semana, sem possibilidade de baixa, antes com segurança de aumento. Assim, a reforma constitucional, relativa aos lineamentos do Poder Judiciário, se há de orientar em moldes mais amplos do que a simples revisão de casos de recurso extraordinário, como imaginávamos em 1942”.

O tema não saiu da ordem do dia. Ao contrário. A despeito dos esforços empreendidos para dar-lhe solução, nela permanece há mais de meio século, e tem hoje, mais do que em épocas anteriores, dramática atualidade.

Que a crise não arrefeceu não há dúvida. Dela, números dão mostras cabais. Considerados os totais de processos recebidos que figuram por década no sítio do Supremo Tribunal Federal, o aumento é vertiginoso e impressionante: de 27.282 na década de 40 para 326.496 na década de 90 do século passado, ascendendo ao total a 680.595 de 2000 até meados de 2006².

2. No quadro geral das funções do Supremo Tribunal Federal, assume posição de inegável relevo o recurso extraordinário.

Com sua alta autoridade, já declarou JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES que “a crise do Supremo é a crise do recurso extraordinário”³.

Os números de certo modo confirmam a declaração.

É também no sítio do Supremo Tribunal Federal que se colhem dados relativos a recursos extraordinários em aumento crescente: no período de 15 anos, transcorridos após a Carta de 1988, passaram, de 10.780 em 1990, para 29.483 em 2005; para aferir-se a quantidade de recursos interpostos (os que chegaram à Suprema Corte), a esses números deve somar-se o dos agravos de instrumento contra decisões denegatórias, que pulou de 2.465 em 1990 para nada menos do que 44.691 em 2005.

Com exceção do ano de 1991, em que o número de recursos extraordinários e agravos correspondeu a 81,6% da movimentação total da Corte, em todos os anos subsequentes o percentual sempre está situado acima de 90%, tendo chegado a 97,4% em 2000.

3. Ao longo do tempo, vários foram os mecanismos concebidos e postos em prática para solucionar ou atenuar o problema.

A descrição é feita por CALMON DE PASSOS, em trecho que merece transcrição⁴:

“3. A primeira tentativa de minorar, no mínimo que fosse, a chamada crise do Supremo ocorreu com a L. n. 3.396, de 1958, permitindo a triagem dos recursos extraordinários pela instância local. Atribuiu-se aos presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados competência para exame dos requisitos de admissibilidade dos recursos, podendo denegá-los. Ainda quando permitido o reexame, pelo Supremo, dessa decisão, ainda assim, a inovação representou um freio, desencorajando alguns litigantes, fazendo morrer no nascedouro muitos recursos extraordinários.

4. A segunda medida consistiu na organização da Súmula da jurisprudência predominante do STF, limite posto à admissibilidade do recurso extraordinário e balizador de sua denegação na instância local, além de facilitador de seu não conhecimento no juízo *ad quem*, sem considerar o que representava em termos de persuasão no sentido de obediência ao nela fixado.

2 Os números figuram, como se disse, no sítio do Supremo Tribunal Federal, de onde se tiraram, ademais, os dados e as decisões da Corte mencionadas neste trabalho.

3 JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, “O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição - Questões e Perspectivas”, in *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, 1989.

4 “Da arguição de relevância no recurso extraordinário”, in *Revista Forense*, 259, 1977, p. 11 e segs.

Aprovada em 1963, na sessão plenária de 13 de dezembro, contribuiu, sem dúvida, para que muitos recursos extraordinários não fossem tentados ou se exaurissem na instância *a quo*. Ela encerra, entretanto, a desvantagem de pretender cristalizar entendimentos que, nem por serem jurisprudenciais, são menos precários, sob a pressão do tempo, do que os contidos nas normas de caráter geral editadas pelo legislador. Num setor como o do Judiciário, onde as mudanças ocorrem a duras penas, criar instrumentos capazes de ainda mais dificultá-las é sempre agravar riscos, que não acreditamos sejam compensados pelo que de positivo se obtenha em termos de aceleração dos julgamentos.

5. Em 1965, fez-se nova tentativa de descongestionamento do Supremo. Emenda oferecida ao seu Regimento Interno permitiu aos relatores convocar as partes litigantes em procedimento de recurso extraordinário, que estivessem há 10 anos ou mais no Tribunal e sem julgamento, a se manifestarem, no prazo de 90 dias, quanto ao seu interesse pelo andamento do feito. Caso silenciassem, por iniciativa do relator e dispensado o julgamento pelo colegiado, o recurso seria tido como sem objeto e arquivado. No dizer de ALCINO SALAZAR, instituiu-se uma inédita anistia para os recorridos.

6. A quarta tentativa, a mais rica de conseqüências práticas, veio com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Introduziu ela um parágrafo único no artigo discriminador das competências do Supremo, o art. 119. Nele se defere ao Supremo o poder de indicar, em seu Regimento Interno, as causas que, por sua natureza, espécie ou valor, devem comportar o recurso extraordinário com apoio nas letras *a* e *d* do inciso III do mencionado artigo, ou seja, quando a decisão é contrária a dispositivo da Constituição ou nega a vigência de tratado ou lei federal, ou dá à lei federal interpretação divergente da que lhe deu outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

7. O dispositivo constitucional permitiu ao Supremo a definição das causas excluídas da incidência do recurso extraordinário, considerando sua natureza, espécie ou valor, sem qualquer limitação expressa. A dose de arbítrio, por conseguinte, foi excessiva, máxime se considerarmos que o Supremo será o único juiz de seus próprios critérios, nenhum outro Poder existindo capaz de apreciá-los ou revê-los, exceto emenda constitucional modificadora do parágrafo único do art. 119.

A recente Emenda Constitucional n. 7, outorgada com o pacote de abril, antes de oferecer limitações a essa delegação tão ampla, ratificou-a, apenas retirando a antiga referência à “espécie”, substituindo-a pela “relevância” da questão federal.

A relevância, como requisito de admissibilidade, originariamente legislada pelo Supremo, em seu Regimento Interno, na versão de 1975, alçou-se, destarte, a preceito constitucional.”

Às tentativas a que se refere o ilustre processualista, cujo trabalho foi publicado em 1977, se seguiu, em 1985, uma outra, que aprofundou a mencionada por último no texto, com a alteração, pelo Supremo Tribunal Federal, de seu Regimento Interno, no qual, ao lado de algumas situações em que o recurso não se submetia a qualquer óbice regimental – entre as quais figurava a de ofensa à Constituição Federal –, se erigiu uma vedação geral para todos os demais casos, só passível de ser arredada mediante o reconhecimento da relevância da questão suscitada no recurso, por voto de, pelo menos, quatro Ministros.

Não pode dizer-se que o mecanismo, com a amplitude que lhe foi dado em 1985, tenha sido suficientemente testado, ante a superveniência da Constituição Federal de 1988.

4. A Constituição de 1988 procurou dar ao problema outra solução, possivelmente a mais radical da história do recurso extraordinário, acolhendo, aliás, uma das propostas que habitualmente eram feitas para enfrentar a questão⁵.

Manteve, em suas linhas fundamentais, a competência recursal extraordinária do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e eliminou a competência normativa específica de que dispunha o Tribunal. Aboliu, assim, qualquer possibilidade de subsistência dos óbices regimentais e não criou nenhum mecanismo análogo de triagem dos recursos que aportariam ao Supremo. Alargou notavelmente o elenco de legitimados para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, possivelmente consciente de que daí resultaria um exercício mais amplo do controle direto, e, talvez esperançoso, pela força peculiar de que são dotadas as decisões nele proferidas, de que da medida poderia resultar um menor número de recursos extraordinários, a partir de então fundados apenas em questões constitucionais.

Por outro lado, extinguiu o Tribunal Federal de Recursos, criando Tribunais Regionais Federais como órgãos de segunda instância da Justiça comum federal.

O ponto a destacar, no que interessa à exposição, está em que criou um Tribunal, o Superior Tribunal de Justiça, e a ele transferiu, na mais significativa alteração por que passou a trajetória do recurso extraordinário, a competência até então detida pelo Supremo Tribunal Federal para recursos extraordinários relativos a assuntos infraconstitucionais, provocando, assim, um desmembramento: o recurso extraordinário continuou na competência do Supremo Tribunal Federal, mas reservado a questões constitucionais; o recurso especial passou a ser da competência do Superior Tribunal de Justiça, destinado a matérias não-constitucionais.

5 As propostas, que são antigas, estão referidas em diagnóstico do Poder Judiciário feito pelo Supremo Tribunal Federal em 1975. São freqüentemente mencionadas. A elas aludiu, em conferência proferida em 1981, o Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, então Presidente da Corte: “3. No tocante à estrutura e competência dos órgãos judiciários, a começar pelos da União, sobrelevou o problema do congestionamento que atormenta, há longo tempo, o S.T.F. Das soluções possíveis e mais freqüentemente apontadas, desaconselharam-se duas – o aumento puro e simples do número de ministros e a atribuição parcial da competência do Supremo a outro Tribunal – valorizando-se a terceira, que consiste na restrição à recorribilidade em tema de recurso extraordinário e, preexistente à reforma, remonta à Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Manteve-a, melhor explicitada, a alteração constitucional de 1977. Creio que fez a melhor opção, e disse-o há pouco, ao assumir a Presidência do Tribunal. Reafirmo-o agora, nos mesmos termos.” Cf. “O Poder Judiciário na Conjuntura Política Nacional”, in *AJURIS*, 24, 1982, p. 13 e segs.

5. Decorridos mais de 17 anos da vigência da Carta de 1988, parece lícito dizer que a realidade não confirmou qualquer otimismo que a reordenação empreendida possa ter alimentado.

Os dados acima reproduzidos, concernentes ao crescimento do volume total de processos que chegam ao Supremo Tribunal Federal, e especificamente ao número de recursos extraordinários, não deixam dúvida a respeito.

As ações diretas de controle de constitucionalidade, por outro lado, não parecem ter exercido influência no sentido da diminuição do número de recursos extraordinários que eventualmente delas se tenha esperado, e passaram a consumir, também elas, ao lado dos demais casos de competência originária, e das hipóteses de competência recursal “ordinária”, parte expressiva dos esforços do Supremo Tribunal Federal. As ações diretas de inconstitucionalidade totalizaram, de 1990 a 2005, 3.640, o que dá média de mais de 200 processos por ano, alguns dos quais envolvendo matéria de notável complexidade.

Para a solução do problema certamente não terá trazido a mínima contribuição o caráter analítico da Constituição: quanto maior a quantidade de normas que contém, maior é naturalmente a quantidade de questões que suscita, e maior a probabilidade de que se tente submetê-las ao crivo da Suprema Corte. O problema aqui se agrava substancialmente pela formidável instabilidade do texto constitucional, objeto de dezenas de emendas ao longo de sua vigência.

6. A crise do Supremo Tribunal Federal e do recurso extraordinário, como demonstra até sua longevidade, tem causas próprias.

Mas não deixa de refletir também a crise geral em que se acha mergulhado o processo civil de um modo geral.

Também aqui não há novidade. É de todos os tempos e de todos os lugares a preocupação com a rapidez e a eficácia da solução dos litígios.

A nossa época experimenta a esse respeito, contudo, aspectos peculiares.

Para limitar-me ao mais óbvio: é dado perceptível sem qualquer dificuldade o exponencial aumento por que tem passado, nos últimos tempos, o número de causas submetidas ao Poder Judiciário, que se designa, talvez sem exagero, como verdadeira “explosão de litigiosidade”. O fenômeno, que não tem origem preponderante, ao contrário do que às vezes se apregoa, nas leis processuais, reflete características da sociedade moderna.

Embora não possa dizer-se que se tenha resolvido o problema da chamada litigiosidade “contida”, e ainda que seja lícito notar que são muitos os casos em que se manifesta fenômeno oposto, de uma litigiosidade “induzida” ou “incentivada”, é inegável assumir características assustadoras em nossa época a modificação para lá de significativa na massa de conflitos que se submete à apreciação judicial, modificação que, na lúcida observação de ROGER PERROT, não se traduz apenas no acréscimo quantitativo, nada desprezível, mas também em alteração qualitativa: de um lado, um aumento do número de processos que aportam ao Poder Judiciário⁶ e um descompasso entre ela e o crescimento dos meios materiais e humanos de que

6 O Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal, aponta um crescimento, em primeira instância, na Justiça comum e trabalhista, de 5.117.059 processos instaurados em 1990 para 12.375.970 processos iniciados em 2003, e, em segunda instância, considerados Tribunais de Justiça, Tribunais de Alçada, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho, um aumento de 538.936 recursos em 1990 para 1.237.114 recursos em 2003.

este último dispõe para enfrentá-la⁷ - crescimento que, na mesma proporção, não teria sido possível e talvez não seja sequer desejável; de outro, o conseqüente incremento da morosidade de funcionamento da máquina judiciária, de que se esperam e cobram cada vez mais, contudo, pela própria natureza dos interesses em jogo, respostas, não somente prontas, mas plenamente eficazes.

A isso se somam a inaptidão do modelo tradicional de processo para responder inteiramente a certo tipo de demandas cuja importância cresce de vulto na sociedade contemporânea, como as ações coletivas, e a ausência de um modelo funcional e amadurecido que seja adequado para dar-lhes solução⁸.

Não é só. O anseio, em si mesmo louvável, de solucionar a crise por meio de lei cria, por vezes, mais problemas do que soluções.

Creio não seja excesso de pessimismo dizer a esse respeito que o direito processual civil vive, entre nós, risco de desarticulação, mercê das desordenadas e sucessivas tentativas feitas pelo legislador para afeiçoar a disciplina do processo às necessidades presentes. O risco é grave, e não menos graves as conseqüências que adviriam de sua consumação: se se parte de que a lei processual tem caráter instrumental, traçando o itinerário a ser seguido pelo juiz e pelas partes na busca da realização prática do direito material, facilmente se compreendem os efeitos das freqüentes e bruscas modificações e das não menos comuns complicações introduzidas no roteiro a ser seguido.

7 Vale transcrever as palavras do notável jurista francês, "O processo civil francês na véspera do século XXI", in *Revista Forense* 342, trad. de José Carlos Barbosa Moreira, p. 161 e segs.:

"2. O acontecimento processual marcante deste último meio século terá sido sem dúvida, e não só na França, o considerável aumento da massa litigiosa. Foi esse dado primeiro que pesou muito fundo nas transformações do processo civil francês. (...)

3. b) Esse primeiro fenômeno é notavelmente agravado pelo fato de que a massa litigiosa não se limitou a aumentar em quantidade: também qualitativamente se modificou a fundo. Eis aí um aspecto em que se pensa bem menos e que, todavia, merece a maior atenção.

No século XIX, os litígios versavam em geral sobre a propriedade das terras, sobre alguns contratos comerciais cuidadosamente catalogados e disciplinados pela lei, sobre a definição de sucessões ou de regimes matrimoniais, por vezes, ademais, com alguns problemas de filiação; isto é, em resumo, sobre fortuna adquirida objeto de disputas que não exigiam necessariamente solução imediata. Litigava-se com freqüência, família contra família, ao longo de várias gerações. Ora, em nossos dias, é diferente o contexto. A grande maioria dos processos envolve questões que impregnam nossa vida cotidiana: é o assalariado que encontra dificuldades para obter do empregador uma indenização por despedida; é a vítima de acidente rodoviário que não recebe da companhia seguradora a prestação reparadora com que contava; é um locatário cuja locação foi resilida e está ameaçado de despejo; é uma mãe abandonada que espera em vão uma pensão alimentar ou se bate para conservar a guarda dos filhos; e que dizer dos processos que nossa sociedade de consumo fez nascer, com créditos distribuídos a torto e a direito e que não raro põem o consumidor na necessidade de ir a juízo para escapar de cláusulas abusivas ou à cobrança de juros astronômicos. Cumpre que nos rendamos à evidência: sociologicamente, o processo deslocou-se na direção de camadas populacionais de condições mais modestas, que vivem de seus ganhos e são comumente designadas por 'classes médias'."

8 Considerada em si mesma, e fazendo abstração do conteúdo da proposta, não é nada má a idéia, que entre nós se traduziu na formulação de um anteprojeto, de um Código de Processo Civil Coletivo, por comissão cuja presidência coube a Ada Pellegrini Grinover. O texto está acessível em www.abdpc.org.br. O que talvez seja o caso de indagar é se não seria mais urgente a elaboração de um novo Código de Processo Civil, que restaurasse a harmonia perdida pelo estatuto de 1973 em múltiplas reformas, e devolvesse ao Código a - insubstituível - centralidade do sistema processual.

Uma prolongada reforma do CPC⁹, que já dura mais de dez anos, deixou de corresponder a um projeto global, e alterna propostas ainda empenhadas em preservar minimamente um indispensável sistema na lei, intento nem sempre obtido, e meros improvisos, alguns bisonhos; uma abundante legislação extravagante, que o legislador de 1973 não teve a preocupação de incorporar, como se fazia mister, ao estatuto então editado, e que de lá para cá só fez crescer; uma pluralidade notável de procedimentos especiais, disciplinados em diplomas redigidos com inspirações e apuro técnicos muito heterogêneos¹⁰; um longo período, felizmente cessado, em que o Poder Executivo legislou freneticamente sobre processo através de medidas provisórias, que se reeditavam a cada mês, por longuíssimos períodos, com conteúdo freqüentemente diverso – medidas provisórias que ainda se mantêm em vigor, na expectativa, possivelmente utópica, de que sejam apreciadas pelo Congresso Nacional e, ou deixem de ser provisórias, e se transformem em leis, se possível depuradas de suas notáveis imperfeições, ou desapareçam do cenário jurídico, no qual não deixariam saude; uma reforma constitucional do Poder Judiciário extraordinariamente centralizadora, que não tocou em questão essencial, a estrutura da Justiça, senão para criar um órgão de controle, mal inspirado, cujo funcionamento, a depender do rumo que adote, gera o risco de comprometer a independência da magistratura – tudo isso constituem elementos de um cenário preocupante, no qual, muitas vezes em nome da celeridade e efetividade, incensadas e celebradas em alguns casos como valores a perseguir a qualquer custo, se termina por comprometê-las ainda mais.

9 O sítio do IBDP – www.ibep.com.br – enumera 25 projetos de lei relacionados com a reforma do processo civil, dos quais já três foram convertidos em leis; a eles devem somar-se os projetos elaborados pela Comissão Mista a que se refere o art. 7º da Emenda Constitucional 45.

10 Uma crítica oportuna, contundente e incomum à multiplicidade de procedimentos e aos efeitos que dela decorrem pode ler-se em MONIZ DE ARAGÃO, “Procedimento - formalismo e burocracia”, in *Revista Forense*, 358, p. 49 e segs.: “Diz o Código de Processo Civil que a todas as causas deve ser aplicado um só procedimento, o comum. Mas em seguida ressalva a hipótese de haver disposição em contrário, no próprio Código, em leis especiais. Logo após acrescenta que o procedimento comum, que aparentava ser o único, desdobra-se em dois: ordinário e sumário. Se ficasse nisso mereceria aplausos. Prossegue, porém, com a introdução em cena de terceira hipótese: os procedimentos especiais, que serão de jurisdição contenciosa, ou de jurisdição voluntária, dos quais se ocupa o Livro IV, que abriga nada menos de vinte e cinco diferentes procedimentos, quinze de jurisdição contenciosa, dez de jurisdição voluntária, isto sem falar nas peculiaridades e desdobramentos que alguns possam comportar.

Pensaria o leitor do Código que é tudo, mas não é. Dos procedimentos especiais previstos no antigo Código de Processo Civil, o de 1939, o Código atual (art. 1.218) conservou em vigor outros quinze, de sorte que o total se eleva a quarenta procedimentos especiais. E mais: nos livros dedicados ao processo cautelar (terceiro) e ao processo de execução (segundo) há outros procedimentos disciplinados pelo Código.

Para o procedimento cautelar há um que se pode dizer comum e outros quinze (dos quais o último se desdobra em oito hipóteses) que podem ser considerados especiais. No processo de execução são previstos procedimentos distintos para as ‘diversas espécies de execução’, cada qual com variantes e peculiaridades, a que se somam os casos de embargos e a embaraçada execução contra devedor insolvente. Ao lado dessa pletora, prevista no Código, há inúmeros outros, disciplinados em leis esparsas, alguns deles de complexidade manifesta, como o da Lei de Falências.

Essa breve e obviamente incompleta referência numérica dá perfeita idéia da desordem que reina no Brasil em matéria de realização do Direito pelo Processo. Imperam a burocracia e o formalismo, consagrados sem parcimônia na disciplina desses incontáveis procedimentos. O resultado, como é fácil de prever, é a preponderância de intrincadas questões formais em torno de nugas, próprias de um processo assaz burocratizado e formalista, o que pode ser observado na atuação diuturna dos juízos e tribunais, que, ao invés de se concentrarem no litígio, isto é, na questão substancial, vivem a enfrentar e a decidir – sem uniformidade (o que gera recursos e mais recursos) – quizilas procedimentais criadas pela interpretação e cumprimento das normas disciplinares de cada qual dessas muitas dezenas de procedimentos”.

7. No que interessa a este trabalho, o que cumpre registrar é que, no tocante ao recurso extraordinário, diante da notória ineficácia das alterações efetuadas pela Carta de 1988, e da inequívoca inoperância das modificações legislativas introduzidas sobretudo na última década, o constituinte voltou à carga, através da Emenda Constitucional 45, de 2004, e – sob outra roupagem, e sob regime até certo ponto diverso – reintroduziu na disciplina do recurso mecanismo de filtragem, banido com a promulgação da Carta.

É tema de que aqui se cuidará, depois de repassar sumariamente o exame dos requisitos constitucionais de admissibilidade do recurso extraordinário¹¹.

2. REQUISITOS CONSTITUCIONAIS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Os requisitos constitucionais de admissibilidade do recurso extraordinário estão enunciados no art. 102, III, da Constituição Federal:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

.....

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

.....

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

Extraem-se explicitamente do preceito os vários elementos em que se vai desdobrar o cabimento do recurso, e a necessidade, presente a partir da Emenda Constitucional 45, de ter “repercussão geral” a questão argüida e demonstrá-lo o recorrente. Do dispositivo se tem inferido, ademais, a exigência concernente ao questionamento, como se verá adiante.

São os tópicos dos quais se passa a tratar.

¹¹ Esclarece-se que não se examinará a disciplina do recurso extraordinário nos juizados especiais federais, previsto na Lei 10.259, de 2001, que tem peculiaridades muito marcantes e próprias.

2.1. CABIMENTO: CAUSA DECIDIDA

1. O primeiro elemento, inserido na Constituição Federal, de que se tem de cogitar para saber se o recurso extraordinário é cabível consiste em saber se há uma “causa”, e se nela se proferiu uma “decisão”.

Do art. 102, III, *caput*, não consta referência a “outros tribunais”, que figurava na Constituição Federal de 1969, e permitia exclusão de recursos extraordinários que não tivessem como objeto acórdãos. A menção está, aliás, no art. 105, III, em regra que define o cabimento do recurso especial (“*causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios*”).

Daí haver-se consolidado o entendimento, que já se esboçava até certo ponto sob a Carta anterior, de que “*é cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal*” (Súmula nº 640)¹².

2. O termo “causa” não é unívoco e se emprega no processo em mais de uma acepção.

Existe, a esse respeito, uma zona de certeza, facilmente delimitável. O conceito de causa abrange inequivocamente decisões proferidas em processos da denominada jurisdição contenciosa, seja qual for o conceito que para ela se adote.

O panorama é igualmente claro em relação a processos tipicamente administrativos que tramitam pelo Poder Judiciário, como licitação de obras, admissão de pessoal, etc., é indisputável que aí não se trata de causas, e as decisões neles proferidas não se submetem a revisão pela via do recurso extraordinário. O mesmo poderia dizer-se dos processos por meio dos quais se produzem no Poder Judiciário normas, no âmbito de sua competência.

Complicam-se as coisas quando se parte dos processos de jurisdição contenciosa para os da denominada jurisdição voluntária, que têm natureza e contornos indeterminados e controvertidos, abarcando figuras heterogêneas, para

12 RE 136154/DF, Tribunal Pleno, Rel. Acórdão Min. Carlos Velloso, 27/08/1992, DJ 23-04-1993: EMENTA: *Constitucional. Processual Civil. Recurso Extraordinário. Causas de alçada. Lei n. 6.825, de 1980. CF, artigo 102, III. “I - No sistema anterior à CF/88, o S.T.F. decidia no sentido de que, versando a causa matéria constitucional, não seria observada a alçada, por isso que a CF/67 estabelecia que o recurso extraordinário era cabível de decisão de tribunal. Assim, se se tratasse de matéria constitucional e fosse observada a alçada, haveria a interceptação do recurso extraordinário, impedindo-se, dessa forma, a ocorrência do contencioso constitucional da competência do S.T.F.*

II - No sistema da CF/88 a situação é diferente, dado que, no dispositivo que cuida do recurso extraordinário - CF, art. 102, III - estabelece-se, apenas, que compete ao S.T.F. julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância. Não se exige, pois, que a decisão seja de tribunal.

III - Comparação entre o art. 102, III, que cuida do recurso extraordinário, e do art. 105, III, que trata do recurso especial.

IV - Cabimento do recurso extraordinário de decisão de Juízo de 1º. grau, desde que a decisão não esteja sujeita a nenhum recurso ordinário.

V - O R.E., no caso, não é de ser conhecido, por isso que não foi interposto, a tempo e modo, o recurso ordinário cabível da decisão do Juiz de 1º. grau.

VI - R.E. não conhecido.”.

os quais a doutrina não logrou encontrar unissonamente até hoje um denominador comum e exclusivo¹³.

Uma hipótese especial de cabimento do recurso tem por objeto decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça no julgamento de representações de inconstitucionalidade, que com muita dificuldade se amoldam ao conceito corrente de jurisdição. Trata-se de processos em que o Poder Judiciário não é, como na atividade jurisdicional típica, chamado, diante de situações concretas, a enunciar a disciplina a elas adequada, ou, fixada a norma concreta, a dar-lhe atuação prática. São processos que têm por objeto normas jurídicas enquanto tais, genérica e abstratamente consideradas, desgarradas dos fatos que se destinam a reger, sendo o Poder Judiciário convocado para, contrastando regras de diferente hierarquia existentes no ordenamento jurídico, em que as inferiores retiram sua validade das superiores, estabelecer se são ou não válidas as primeiras em face das segundas. É evidentemente jurisdicional atividade análoga quando se realiza no curso de processo que verse sobre relações concretas, no qual seja preciso aferir se certa regra, aparentemente a ela aplicável, é ou não válida, e deve ou não ser aplicada. A questão muda inteiramente de figura, contudo, quando se sai do âmbito da apreciação incidental de constitucionalidade e se ingressa nos casos em que a matéria passa a constituir o objeto principal de processo autônomo, específica e exclusivamente instaurado para esse fim¹⁴.

É o que se verifica nas representações de inconstitucionalidade oferecidas nos Tribunais de Justiça, que estão previstas na Constituição Federal (art. 125) como instrumentos adequados para aferir em tese a validade de normas estaduais e municipais perante a Constituição Estadual. O paradigma a ser levado em consideração é a Constituição Estadual, e não a Constituição Federal. Mas nada tem de incomum que aquela contenha normas que constituam substancialmente reprodução das que integram esta última. Pois bem. Em acórdão extensamente fundamentado, em que a matéria foi exaustivamente debatida, o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 383, julgada em 1992, admitiu o oferecimento de representação perante o

13 Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora para negar-se o cabimento em caso de requisição de intervenção federal em município, há acórdão em que se declara em princípio o cabimento do recurso extraordinário em processos de jurisdição voluntária; são trechos da ementa do julgado, proferido Pet 1256 pela 1ª T. em 4.11.1998, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence e publicado no DJ de 4.5.2001: "Recurso extraordinário: descabimento: inexistência de causa no procedimento político-administrativo de requisição de intervenção estadual nos municípios para prover a execução de ordem ou decisão judicial (CF, art. 35, IV), ainda quando requerida a providência pela parte interessada"; "(...) não há jurisdição - e, logo, não há causa, pressuposto de cabimento de recurso extraordinário - onde não haja ação ou, pelo menos, requerimento de interessado, na jurisdição voluntária: dessa inércia que lhe é essencial, resulta que não há jurisdição, quando, embora provocado pelo interessado, a deliberação requerida ao órgão judiciário poderia ser tomada independentemente da iniciativa de terceiro".

Na época em que a Suprema Corte tinha competência para dispor sobre o cabimento do recurso extraordinário, havia no Regimento Interno, como lembra JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, Comentários ao CPC, V, 12ª ed., 2005, Rio de Janeiro, p. 585, nota 23, regra que, excluindo a admissibilidade do recurso em processos de jurisdição voluntária, a menos que se tratasse de curatela ou tutela, ou fosse reconhecida a relevância da questão federal, supunha, *a contrario sensu*, a admissibilidade - ou a regra seria desnecessária.

Em processos suscitados por dúvida de oficial de registro, cujo caráter jurisdicional parece francamente afastado, decisão relatada pelo Min. Célio Borja admitiu em tese o cabimento, desde que houvesse "contraditório entre as partes interessadas": AI 131235 AgR, 2ª T., 20.03.1990, DJ 20.4.1990.

14 Sem negar a especificidade do fenômeno, TEORI ALBINO ZAVASCKI propõe um novo conceito de tutela jurisdicional e uma reclassificação do instituto, em que se abrigaria o controle de constitucionalidade exercido como objeto exclusivo do processo; cf. "Reforma do sistema processual civil brasileiro e reclassificação da tutela jurisdicional", in *Revista Forense*, 346, p. 433 e segs.

Tribunal de Justiça com base na alegação de afronta a regra da Carta estadual idêntica à da Constituição Federal, mas, com contrapartida, em situação na qual o conceito de “causa” se mostraria no mínimo duvidoso, considerou cabível, contra a decisão proferida, recurso extraordinário¹⁵.

3. A expressão “causa decidida” sugere à primeira vista a idéia de que o cabimento do recurso extraordinário se subordina a ter sido encerrada a causa, ou, de modo ainda mais restrito, a ter sido julgado o pedido que nela se formulou. Ficariam excluídas, no primeiro caso, as decisões interlocutórias; no segundo, estas e as sentenças meramente terminativas.

Não é este, contudo, em princípio, o entendimento prevalecente¹⁶, embora aqui e ali se tenham registrado ensaios no sentido de, no tocante às interlocutórias, afastar-se o cabimento do recurso¹⁷.

É verdade que, em relação a decisões que se proferem ao longo do processo, tem o Supremo Tribunal Federal exigido, para admitir o recurso extraordinário, que nelas a questão constitucional se tenha enfrentado em caráter definitivo, em ato idôneo a, sem recurso, gerar preclusão. Por isso mesmo, se a questão é solucionada sem esse caráter, no sentido de que pode vir a receber solução diversa no mesmo processo, o recurso extraordinário é reputado inadmissível.

15 *Rel 383-SP – São Paulo, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, 11.06.1992, in RTJ 147, p. 404 e segs.: “EMENTA: Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. – Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente.”*

16 *Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, Comentários ao CPC, cit., p. 586/7, e nota 24.*

17 O fenômeno se verificou, por exemplo, em relação ao recurso especial, no início da década de 90 no Superior Tribunal de Justiça: REsp 19.352-SP, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 25.03.1992, DJ 20.04.1992, p. 5.239, DJ 20.09.1993, p. 19.143; AgRg no Ag 14.477-DF, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 12.02.1992, DJ 06.04.1992, p. 4.466; mas não prosperou: EREsp 17.157-SP, Rel. Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 25.03.1993, DJ 21.06.1993, p. 12.328; o próprio Superior Tribunal de Justiça inscreveu em sua Súmula enunciado, de nº 86, a respeito do assunto: “Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”. O primeiro entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi objeto de censura do Supremo Tribunal Federal: STF, RE 157903, Primeira Turma, Relator Min. Moreira Alves, 16/09/2000, DJ 10-08-2000: “EMENTA: – Cabimento de recurso especial contra decisão interlocutória de única ou última instância. – A expressão ‘causas decididas em única ou última instância’ que se encontra tanto no inciso III do artigo 102 quanto no inciso III do artigo 105, ambos da Constituição atual e que consubstancia um dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial, por não distinguir decisão interlocutória de decisão que extingue o processo, abarca uma e outra, desde que sejam tomadas em única ou última instância. – Esse é o entendimento que, de longa data, se firmou nesta Corte onde, em face de Constituições anteriores que se utilizavam dessa mesma expressão com referência ao recurso extraordinário, se prolataram decisões, como as invocadas por um dos ora recorrentes, no sentido de que cabe esse recurso ‘contra decisão interlocutória ou proferida em agravo, desde que definitiva’ (RE 53.124), ‘contra decisão proferida em agravo, ou contra decisão interlocutória, desde que definitiva’ (AI 24.434) e ‘de decisão de caráter interlocutório, quando ela configura uma questão federal, encerrada definitivamente nas instâncias locais’ (RE 57.728). – Aliás, nessa linha o próprio STJ, posteriormente ao acórdão ora sob julgamento, editou a súmula 86 (‘Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento’) e a Lei 9.756/58 introduziu no artigo 542 do C.P.C. o § 3º que determina a retenção do recurso extraordinário ou do recurso especial quando interpostos contra decisão interlocutória. Dessa orientação divergiu o aresto recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

É o entendimento subjacente ao verbete 735 da Súmula: “*não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.*”

Para compreendê-lo, convém levar em conta os precedentes invocados¹⁸, entre os quais se revela particularmente esclarecedor o proferido no RE 263038, que tem a ementa seguinte: “*EMENTA: RE: cabimento: decisão cautelar, desde que definitiva: conseqüente inadmissibilidade contra acórdão que, em agravo, confirma liminar, a qual, podendo ser revogada a qualquer tempo pela instância a quo, é insusceptível de ensejar o cabimento do recurso extraordinário, não por ser interlocutória, mas sim por não ser definitiva.*”¹⁹

18 São eles: AI 245703 AgR Publicação: DJ de 25/2/2000; AI 252382 AgR Publicação: DJ de 24/3/2000; RE 263038 Publicação: DJ de 28/4/2000; AI 219053 AgR Publicação: DJ de 23/3/2001; RE 234144 AgR Publicação: DJ de 11/10/2001; RE 232387 Publicação: DJ de 17/5/2002.

19 O julgado é da 1ª T., foi proferido em 28.3.2000, e publicado no DJ de 28.4.2000. É útil transcrever o voto do Min. Sepúlveda Pertence: “*Não obstante o tema do apelo esteja respaldado pela decisão plenária do Supremo Tribunal (RREE 227832, 230337 e 233807, T. Pleno, 10.7.99, Velloso, Inf. 155), a decisão recorrida não comporta recurso extraordinário.*”

Impugna-se decisão cautelar que negando provimento ao agravo manteve o deferimento de liminar em ação cautelar, porque – aduz o RE – seria improcedente a pretensão principal – no caso, o gozo da imunidade tributária. Certo, há muitas décadas é firme no Tribunal a admissibilidade do recurso extraordinário contra decisões interlocutórias nas quais, entretanto, se contenha, por força da preclusão conseqüente, a decisão definitiva da questão federal nas instâncias ordinárias.

A jurisprudência é vetusta (cf. CORDEIRO DE MELLO, *O Processo no Supremo Tribunal Federal*, Fr. Bastos, 1964, 11/703) e tem por si os clássicos (PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, 1915, p. 119; EPITÁCIO PESSOA, “*Recurso Extraordinário*”, *Rev. de Direito*, v. 5; MATOS PEIXOTO, *Recurso Extraordinário*, Fr. Bastos, 1935, p. 210; CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Forense, 1943, p. 334; COSTA MANSO, *Processo na Segunda Instância*, 10/170; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Do Recurso Extraordinário no Proc. Civil Brasileiro*, ed. RT, 1963, p. 276 ss.).

Não o desconheceu a recente L. 9756/98, que introduziu o § 3º ao art. 542 C.Pr.Civ., para prescrever que, ‘interpostos contra decisão interlocutória ao processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução’, o recurso extraordinário, ou o especial, ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões’: pelo contrário, ao determinar-lhe a retenção na hipótese, pressupôs a lei corretamente a sua admissibilidade contra decisões interlocutórias.

Cuida-se, porém, de admissibilidade subordinada – como resulta da invariável jurisprudência de priscas eras e dos mestres recordados – à eficácia preclusiva da interlocutória relativamente à questão federal, constitucional ou ordinária, da qual se cogite.

Ao contrário, se a puder rever a instância *a quo* no mesmo processo em que proferida – seja ele de que natureza for – dela já não caberá recurso extraordinário, nem recurso especial, não porque seja interlocutória, mas por não ser definitiva.

É o que se dá na espécie, na qual – não obstante o tom peremptório com que o enuncia a decisão recorrida – a afirmação sobre a plausibilidade da pretensão de mérito será sempre um juízo de delibação essencialmente provisório e, por isso, revogável, quer no processo definitivo a ser instaurado, quer mesmo no processo cautelar.

Em caso similar, no qual lhe acompanhei o voto, consignou no voto condutor o em. Ministro Moreira Alves - AgRAg 252382, 15.02.00, *Inf. STF* 178: ‘(...) em se tratando de acórdão que deu provimento a agravo para deferir a liminar pleiteada por entender que havia o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o que o aresto afirmou, com referência ao primeiro desses requisitos, foi que os fundamentos jurídicos (no caso, constitucionais) do mandado de segurança eram relevantes, o que, evidentemente, não é manifestação conclusiva da procedência deles para ocorrer a hipótese de cabimento do recurso extraordinário pela letra *a* do inciso I do artigo 102 da Constituição (que é a dos autos) que exige, necessariamente, decisão que haja desrespeitado dispositivo constitucional, por negar-lhe vigência ou por tê-lo interpretado erroneamente ao aplicá-lo ou ao deixar de aplicá-lo.’

Falta, pois, à decisão recorrida – ao menos no tópico em que a impugna o recurso extraordinário – a qualificação de definitividade, que a faz susceptível de recurso extraordinário.

Por isso, não conheço do RE: é o meu voto.”

A posição do Supremo Tribunal Federal, não parece, todavia, com a máxima vênia, merecedora de encômio²⁰.

Afasta do âmbito de revisão da Suprema Corte – e por identidade de razão, terminará provocando o mesmo resultado no Superior Tribunal de Justiça – parte considerável das decisões interlocutórias, que, por sua potencialidade danosa, motivou, diante da determinação do art. 542, § 3º, do CPC, com redação da Lei 9.756, de 1998, de que o recurso extraordinário e o recurso especial a seu respeito interpostos devessem permanecer retidos, construção jurisprudencial que acabou por admitir o emprego de medida cautelar, ou expediente análogo, com a finalidade de permitir o trânsito imediato do recurso para a Corte.

O entendimento não leva em conta, ademais, oportuna consideração feita, para problema semelhante, por ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, em comentário à Lei 11.187, de 2005, no que expressa este último diploma a tendência de afastar a recorribilidade em separado de decisões interlocutórias²¹:

“Como decorre da sucessão de leis relativas ao regime do agravo, o legislador vem buscando incentivar o emprego do agravo sob a forma retida, tendo em vista inclusive as críticas (principalmente partidas de magistrados de segundo grau) alusivas ao superlativo número de agravos de instrumento pendentes nos tribunais.

Vale, todavia, reiterar que a plethora de agravos é de certa forma inerente ao processo civil moderno, em que as exigências de celeridade na solução (ainda que provisória) da lide levaram o legislador, no Brasil como alhures, a autorizar, sob cognição superficial, a concessão liminar de providências cautelares e de antecipações dos efeitos da (provável) futura sentença de procedência.

Na realidade processual contemporânea as interlocutórias multiplicam-se, muitas com efeitos os mais relevantes no andamento e na decisão da causa, impondo-se assim a previsão de um recurso que seja útil à parte que razoavelmente invoque prejuízos dela decorrentes. E neste passo é mister ponderar que, conforme o caso, o emprego do agravo retido poderá revelar-se ineficaz; realmente, é com frequência necessário que o (alegado) gravame seja de logo examinado e (se procedentes as alegações do recorrente) afastado,

20 Salvo engano, nem o próprio Supremo parece fiel à diretriz: Pet 3515 QO; Primeira Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence, 27/09/2005, DJ 21-10-2005: “EMENTA: 1. Medida cautelar em recurso extraordinário: competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de medidas cautelares de RE, quando nela se oponha o recorrente à aplicação do art. 542, § 3º, do C. Pr. Civil: incidência do disposto no parágrafo único do art. 800 do C.Pr.Civil: hipótese diversa do problema do início da jurisdição cautelar do Supremo para conceder efeito suspensivo ao RE: precedente (Pet. 2222, 1ª T., 9.12.03, Pertence, DJ 12.03.04). 2. Recurso extraordinário: temperamentos impostos à incidência do art. 542, § 3º, C.Pr.Civil, entre outras hipóteses, na de deferimento de liminar que possa tornar ineficaz o eventual provimento dos recursos extraordinário ou especial. 3. Medida cautelar: deferimento: caso que – dados os termos da liminar de reintegração de posse em propriedades rurais ocupadas por indígenas, que irá alterar substancialmente a situação de fato, de modo a modificar também a situação jurídica processual e a debilitar – no plano da eficácia – a eventual decisão favorável à tese da recorrente – é daqueles que efetivamente não admitem a retenção do recurso extraordinário.”

21 A tendência reflete aspiração irrealizável: no dia em que se abolirem recursos contra decisões interlocutórias, retomará inexoravelmente o mandado de segurança o papel que já desempenhou entre nós.

pois quaisquer providências mais tardias serão inoperantes naquelas hipóteses em que o dano venha a qualificar-se como irreparável, ou de reparação difícil e incompleta. Se um inventariante é sem justo motivo destituído; se o levantamento de dinheiro é autorizado sem garantia eficaz de sua eventual restituição futura; se uma perícia é denegada e os vestígios do ilícito irão desaparecer em breve; se a ação reconvenção é pelo juiz tida como inadmissível; se não é autorizada a alienação imediata de mercadoria perecível, etc., nestes e em tantos outros casos não fará sentido a interposição do agravo retido, porquanto seu eventual provimento por ocasião do julgamento em segundo grau não teria o condão de desfazer, de reverter a situação danosa já criada ou ocorrida.”²²

Trata-se de observação relevante, que traduz uma realidade inocultável: sob pressão de necessidades variadas, vem adquirindo importância cada vez maior o que se defere, ou o que não se defere, no curso do processo, a uma das partes, mesmo a título provisório, e sob cognição sumária, mostrando-se muitas vezes difícil, quando não simplesmente impossível, restaurar-se a situação anterior à decisão, se e quando chegar o momento de alterá-la porque venha a revelar-se injusta. A importância certamente crescerá de vulto, e adquirirá proporções consideráveis se se transformar em lei projeto que tramita no Congresso Nacional e se destina a consagrar instituto não desconhecido de ordenamentos estrangeiros, a que se tem denominado, entre nós, de “estabilização da tutela antecipada”²³. Inviabilizar o exame da questão constitucional envolvida na decisão pelo fato de ser esta suscetível de modificação no processo pode equivaler a fazer persistir, durante período de tempo talvez longo, quando não para sempre, situação danosa para uma das partes, ou postergar o exame para oportunidade em que ele já não se revele útil.

4. Não constitui “causa”, no entendimento da Suprema Corte, e para fins de recurso extraordinário, “*pedido de intervenção estadual em Município*” (Súmula nº 637), considerando o Tribunal, além disso, que, na execução contra a Fazenda Pública, a função jurisdicional cessa com a expedição do precatório, sendo administrativa a atividade que a partir de então se desenvolva, insuscetível, como tal, de ensejar recurso extraordinário (“*Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios*” – Súmula nº 733).

2.2. CABIMENTO: ÚNICA OU ÚLTIMA INSTÂNCIA

1. O cabimento do recurso extraordinário pressupõe, por outro lado, que a decisão impugnada tenha sido proferida em “única ou última instância”. O adjetivo “única” é, na verdade, supérfluo, até porque não pode deixar de ser “última” uma “instância” que efetivamente seja “única”.

22 O texto pode ser consultado em <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>.

23 Trata-se do projeto de lei do Senado nº 186/2005, formulado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, por comissão composta por ADA PELLEGRINI GRINOVER, LUIZ GUILHERME MARINONI e JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. A idéia, como se sabe, consiste em tornar definitiva a decisão de antecipação de tutela, criando para o réu, contra quem tenha sido deferida, a necessidade de propor, em certo prazo, ação para submeter o litígio à apreciação judicial, sob pena de adquirir aquela autoridade de coisa julgada.

A exigência constitucional traduz a necessidade de que, para caber recurso extraordinário, não seja admissível nenhum outro recurso contra a decisão, pouco importando o número de instâncias ou graus de jurisdição por que o processo tenha passado para chegar-se até ela. Em outras palavras: para que caiba o recurso extraordinário é preciso que se tenham esgotado, no processo, todas as demais possibilidades de impugnação da decisão judicial.

A regra comporta exceções.

Entre elas, convém assinalar que não figura o caso de serem simultaneamente cabíveis contra o mesmo acórdão, formalmente considerado, embargos infringentes e recurso extraordinário – simultaneidade que o art. 498 do CPC, com a redação da Lei 10.352, não alterou, limitando-se a protelar o momento de oferecimento do recurso extraordinário. A possibilidade só se concebe, porém, em relação a capítulos distintos da decisão, e não configure propriamente, portanto, uma exceção à regra: contra a parte do acórdão que comportar embargos infringentes, por não ter sido proferida em “última instância” e ainda pode ser cassada ou alterada no julgamento dos embargos não se admitirá recurso extraordinário. Mais: admissíveis embargos e não interpostos, o capítulo do julgado a ele sujeito transitará em julgado, e por esse motivo não ensejará eficazmente recurso extraordinário.

2. Constituem, contudo, exceção à exigência constitucional os embargos declaratórios. Pela própria e peculiar função que desempenham no processo, de esclarecer e completar decisões judiciais, embargos declaratórios cabem sempre, contra qualquer decisão, concorrendo com o cabimento de qualquer outro recurso, inclusive o extraordinário²⁴.

3. Uma segunda exceção, surgida com a Constituição Federal de 1988, é o recurso especial.

À semelhança do que ocorre com os embargos infringentes, o recurso especial pode ser cabível contra capítulo distinto da decisão impugnada por meio de recurso extraordinário. Não apresentará, em tal eventualidade, peculiaridade alguma sob o ponto-de-vista ora considerado. Será em regra apreciado em primeiro lugar, e, excetuada a hipótese de o acórdão ser cassado por defeito que contamine a integralidade da decisão, o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, qualquer que seja o seu resultado, não impedirá o exame do recurso extraordinário, operando-se, nos limites em que interpostos o recurso especial, substituição do julgado recorrido nos termos do art. 512 do CPC.

Mas, por opção de política legislativa de conveniência duvidosa, a legislação constitucional e infraconstitucional, ao desmembrar o antigo recurso extraordinário e criar o recurso especial, abriu ensejo a que, contra a mesma decisão – isto é, contra o mesmo capítulo da decisão –, caibam simultaneamente recurso extraordinário e recurso especial, que serão interponíveis no mesmo prazo, cada qual por seu próprio fundamento, ainda que naturalmente julgados em momentos distintos e sucessivos, tendo em regra prioridade o recurso especial.

Não era, vale repisar, a única opção de que dispunha o legislador, nem foi, salvo engano, a melhor. Teria sido perfeitamente possível, e talvez fosse preferível, que se tivesse reservado a admissibilidade do recurso extraordinário apenas a decisões do Superior Tribunal de Justiça, tal como ocorre na Justiça trabalhista, quando elas envolvessem matéria constitucional. Contra o alvitre não militaria a necessidade

24 Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao CPC*, cit., p. 586.

de dar curso mais célere ao processo: no regime vigente, um dos dois recursos, quando ambos se interpõem, permanece inevitavelmente paralisado, na expectativa do julgamento do outro. E não vingaria igualmente objeção fundada em maior dificuldade da prática de oferta do recurso extraordinário, que se contornaria com a facilidade hoje existente de meios de comunicação, sendo certamente concebível que a interposição não precisasse realizar-se necessariamente na sede do Supremo Tribunal Federal.

A admissibilidade simultânea de recurso extraordinário e recurso especial envolve complicações e não deixa de provocar aparentemente conseqüências sistemáticas curiosas, como a que se verifica quando, *v.g.*, contra o mesmo tópico do julgado, e com o mesmo objetivo, são interpostos ambos.

Se o Superior Tribunal de Justiça dá provimento ao recurso especial, e o recorrente com isso alcança todo o proveito desejado, *tollitur quaestio*: a decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando não cassa, substitui (CPC, art. 512) o acórdão recorrido, e o recurso extraordinário se torna inadmissível por falta superveniente de interesse, desaparecendo o motivo para ter o seu mérito apreciado.

Na hipótese contrária, contudo, de o Superior Tribunal de Justiça conhecer e negar provimento ao recurso especial, não se pode, ao que tudo indica, pura e simplesmente dizer, com base no art. 512 do CPC, que ocorra imediata substituição da decisão recorrida, fenômeno que talvez tenha de reputar-se subordinado à condição legal suspensiva de o Supremo Tribunal Federal não conhecer do recurso extraordinário²⁵. Do contrário, substituído que fosse o acórdão recorrido pelo julgamento do recurso especial, deixaria doravante de existir o julgado anterior, e sobre ele não poderia o Supremo Tribunal Federal exercer sua competência recursal, por puro e simples desaparecimento do objeto do recurso.

2.3. CABIMENTO: FUNDAMENTOS ESPECÍFICOS

1. O recurso extraordinário é recurso no qual, para pleitear-se a cassação ou a reforma da decisão recorrida, não se pode eficazmente alegar qualquer vício.

Somente questões de direito – e questões de direito constitucional – podem ser suscitadas.

Ao Supremo Tribunal Federal, examinando o recurso, não é dado rever a solução dada pelo órgão recorrido a questões de fato, embora lhe seja lícito revisar a qualificação jurídica dada a fato²⁶.

25 Foi o que por maioria ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 194382 em 25.04.2001, em decisão do Pleno relatada pelo Min. Maurício Correa. Ficaram vencidos o Min. Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, o primeiro sob a razão específica de que, no caso, ao julgar o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça expressa – e indevidamente, a seu ver – enfrentara a questão constitucional. É trecho da ementa: “Não-conhecimento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça. Prejudicialidade do recurso extraordinário simultaneamente interposto, tendo em vista o fenômeno processual da substituição de julgado previsto no artigo 512 do Código de Processo Civil. Alegação improcedente. O acórdão somente substituiria a decisão recorrida se o recurso houvesse sido conhecido e provido”. A uma “sentença condicional”, para referir-se à situação em que fica a decisão do Superior Tribunal de Justiça, aludiu o Min. Moreira Alves.

26 Não constituem questão de fato, mas de direito, as que concernem a regras sobre prova, como, *v.g.*, no caso do recurso extraordinário, a admissão no processo de prova ilícitamente obtida.

2. Trata-se, ademais, de recurso de fundamentação limitada ou vinculada, na expressão de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA²⁷, cujo cabimento está condicionado à correspondência entre o vício apontado pelo recorrente e a situação típica autorizadora do recurso prevista na Constituição.

O recorrente, para que o recurso caiba, tem de apontar um dos fundamentos previstos na Lei Maior, e ao fundamento invocado pelo recorrente estará naturalmente adstrito à Corte no julgamento do recurso²⁸.

3. Os fundamentos invocáveis são os previstos nas letras do art. 102, III, *verbis*:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal²⁹.

Há entre os vários tipos descritos no dispositivo, como há muito afirma JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA^{30 31}, uma diversidade fundamental: as letras *b*, *c* e *d* prevêem requisitos de admissibilidade propriamente ditos, cujo exame e verificação podem e devem fazer-se preliminarmente ao exame do mérito do recurso, sem que da admissão seja lícito extrair qualquer conclusão sobre o sentido em que, no mérito, o recurso será julgado. À admissão do recurso basta, com efeito, que, no acórdão recorrido, se tenha declarado a inconstitucionalidade de “tratado ou lei federal”, ou se tenha reconhecido a validade de “lei ou ato de governo local” impugnado em face da Constituição ou de lei federal. Saber se, ao fazê-lo, o Tribunal de origem agiu bem ou mal é matéria que se situa no plano do mérito do recurso, e tanto pode ser decidida pelo Supremo num sentido, como no outro.

É diferente, desta perspectiva, o caso da letra *a*. Nela não se traça mero requisito necessário à admissão do recurso. Se a decisão recorrida efetivamente contraria a Constituição Federal, e estão presentes os demais requisitos de admissibilidade, a situação não impõe apenas o conhecimento do recurso. É preciso

²⁷ *Comentários ao CPC*, cit., p. 252 e segs.

²⁸ Não parece justificada, quer do ponto de vista jurídico, quer do ponto de vista lógico, a tentativa de inovação que se pretende fazer no regime do instituto sob o rótulo de “objetivação” do recurso extraordinário, que não se confunde com os mecanismos, já bastante generosos no direito brasileiro, de controle direto de constitucionalidade. Constitui verdadeiro contra-senso, com a devida vênia, entender que, ao julgar o recurso extraordinário, esteja livre o Supremo Tribunal Federal, depois de admiti-lo, dos fundamentos indicados pelo recorrente e que possa julgá-lo à luz de qualquer outro, mesmo não invocado. Trata-se de questão que, sob reserva de vários Ministros, foi efetivamente discutida no julgamento do RE 298694, mas não pode dizer-se, salvo engano, que a posição tenha sido adotada, ao contrário do que afirma FREDIE DIDIER JR. no trabalho “Transformações do recurso extraordinário”, acessível em www.lfg.com.br. O que se deu foi a negativa de provimento ao recurso por razão que se considerou inserida no fundamento adotado pelo acórdão recorrido. Seria extremamente curioso, aliás, se não francamente paradoxal, que o Supremo Tribunal Federal, tão cioso em exigir o prequestionamento da questão suscitada para poder examiná-la, se permitisse, depois disso, deixá-la de lado, e julgar o recurso à vista de questão sequer levantada pelo recorrente.

²⁹ A letra *d* foi incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

³⁰ *Comentários ao CPC*, cit., pp. 584/6.

³¹ Desde, pelo menos 1968; cf. *Juízo de Admissibilidade dos Recursos Cíveis*, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1968, p. 35 e segs.

que, para preservar a Constituição, o recurso seja provido, com a cassação ou reforma da decisão recorrida.

Para colocar no mesmo plano – o da admissibilidade – as várias letras do inciso III do art. 102 não há outro caminho senão o de entender que, na letra *a*, a admissibilidade se satisfaz com a alegação de contrariedade à Lei Maior, situando-se no plano do mérito a ocorrência real da contrariedade afirmada³².

A observação se reflete sobre o modo pelo qual devem ser julgados recursos fundados na letra *a*, e o equívoco em que incorreu a esse respeito até recentemente o Supremo Tribunal Federal, limitando o conhecimento do recurso às hipóteses em que lhe dava provimento, não estava destituído de inconvenientes práticos reiteradamente apontados por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA.

A questão parece superada, contudo, pelo julgamento do RE 298694, ocorrido em 6.8.2003, em que o Plenário firmou, por voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE:

“(…)

II. Recurso extraordinário: letra *a* : alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, Segundo a qual só se conhece do RE, *a*, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o *juízo de admissibilidade do RE, a* - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o *juízo de mérito*, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal *a quo* e o recurso extraordinário. ...”

4. Entre os fundamentos, há de ressaltar:

a) que a hipótese da letra *a* abrange qualquer contrariedade ao texto constitucional, sob todas as modalidades que pode assumir, exigindo a Suprema Corte, contudo, que seja “frontal” ou “imediate”, no sentido de que sua apuração independa do exame de normas não-constitucionais; é o que está expresso, em relação a alegação do princípio da legalidade, no verbete 636 da Súmula: “*Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida*”.

b) que o atualmente constante da letra *d* figurava, até a Emenda Constitucional 45, entre as hipóteses de cabimento do recurso especial, de onde se deslocou sob a razão de ser, o contraste entre lei local e lei federal, nos casos em que se admite, matéria pertinente à partilha de competência normativa, de índole constitucional.

³² *Comentários ao CPC*, cit., p. 585/6.

2.4. PREQUESTIONAMENTO³³

1. Um dos requisitos de admissibilidade certamente mais polêmicos do recurso extraordinário é o que se convencionou denominar de prequestionamento³⁴.

Está expresso no verbete 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” Complementa-o o enunciado 356 da Súmula: “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

A exigência tem origem remota no direito norte-americano, fonte, no particular, da Constituição 1891, que dispôs: “das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas” (art. 59, § 1º).

O verbo “questionar” e seus cognatos foram mantidos até a Constituição Federal de 1946, que, no art. 101, III, a, já não contemplava mais expressamente a exigência (“Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III – julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; ...”).

Apesar disso, e da inevitável divergência que a omissão estava fadada a suscitar³⁵, o Supremo Tribunal Federal tem mantido intacta a exigência, requerendo, para a admissibilidade do recurso extraordinário, que a decisão recorrida se haja pronunciado explicitamente sobre a questão constitucional alegada no recurso³⁶.

33 A expressão, sem hífen, embora não figure em dicionários, está arraigada na linguagem jurídica, justificando-se o seu emprego.

34 Não deixa de assistir razão a MONIZ DE ARAGÃO quando sustenta que o termo correto para designar a exigência deveria ser “questionamento”, e não “pré-questionamento” – embora declare o eminente processualista que se justifica falar em pré-questionamento nos casos em que a apreciação da questão dependa de suscitação prévia pelas partes; cf. “Pré-questionamento”, in *Revista Forense* 328, pp. 37 e segs.

35 À exigência opôs vigorosa crítica GALENO LACERDA, em parecer publicado na *Revista Forense* 346, p. 199 e segs., já sob a vigência da atual Constituição Federal; nele se arrolam críticas e críticos do prequestionamento.

36 No julgamento de agravo nos embargos de divergência no recurso extraordinário 96.802, relatado pelo Min. Alfredo Buzaid no Pleno em 12.5.1983, o prequestionamento vem extensamente justificado, com citações de doutrina e de direito comparado; o julgado está na *RTJ* 109, p. 299 e segs. Veja-se, na jurisprudência recente da Corte, o acórdão do Plenário proferido no AI 258889 AgR/MA – Maranhão, Relator(a) Min. Celso de Mello, julgado em 09/08/2000, e publicado no *DJ* 08-10-2004, p. 3: “EMENTA: Agravo de Instrumento – Recurso Extraordinário – Processo eleitoral – Ausência de prequestionamento explícito da matéria constitucional – Ofensa à Constituição que, se ocorrida, ter-se-ia configurado, originariamente, no próprio acórdão Recorrido – Imprescindibilidade, em tal hipótese, da oposição de embargos declaratórios – Ausência, contudo, de utilização dessa espécie recursal – Recurso de agravo improvido. Recurso extraordinário e imprescindibilidade de prequestionamento explícito da matéria constitucional. – A exigência de prequestionamento explícito da matéria constitucional qualifica-se como requisito necessário à adequada interposição do recurso extraordinário. Para que esse pressuposto se reputado atendido, torna-se indispensável que o acórdão recorrido tenha efetivamente examinado, de modo expresso, a controvérsia de direito constitucional suscitada no debate da causa. Precedentes. – Se a situação de litigiosidade constitucional, no entanto, surgir, originariamente, no próprio acórdão recorrido, revelar-se-á imprescindível a oposição dos pertinentes embargos declaratórios, para que o tema constitucional, então, seja expressamente enfrentado pelo Tribunal de jurisdição inferior. Precedentes. Não-utilização, no caso, pela parte ora recorrente, dos embargos de declaração, não obstante a controvérsia constitucional se tenha desenhado, originariamente, no curso do próprio julgamento recorrido. O exame inadequado de questões de fato e de direito não traduz denegação de prestação jurisdicional. – A falta de

O requisito, a rigor, no que tem de polêmico, diz respeito a um dos fundamentos possíveis do recurso extraordinário: a contrariedade à Constituição Federal. Não se manifesta, ou não precisa manifestar-se com a mesma intensidade, no tocante aos demais. Pode conceber-se que uma decisão judicial contravenha a regra constitucional sem examiná-la, sem discutir-lhe a aplicação, e até mesmo sem conter a ela qualquer referência, explícita ou implícita. Sem referência a questão constitucional, não se imagina com facilidade, contudo, que declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou que afaste contestação feita à validade de lei ou ato de governo local, quer a contestação se funde na Constituição Federal, quer se funde em lei federal (art. 102, III, letras *b*, *c* e *d*).

Merece registro, de qualquer sorte, que, tirante a letra *a*, nas demais hipóteses de cabimento do recurso extraordinário a exigência de questionamento – ou de contestação, empregado o termo aqui no sentido amplo em que vem usado na Lei Maior – tem base constitucional inequívoca.

A doutrina do prequestionamento está fundada, sobretudo, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁷, que lhe dá, com as inevitáveis oscilações de construções do gênero, contornos mais ou menos rígidos, que se têm de preencher para chegar ao julgamento do mérito do recurso extraordinário.

É dela que se extrai que, se a decisão recorrida enfrentou a questão, ainda que não tenha especificado exatamente o dispositivo nela envolvido, *tollitur quaestio*: o recurso está em condições de ser apreciado. Pouco importa aqui que o assunto tenha sido levantado pelas partes, ou se tenha originado de iniciativa judicial.

Se a decisão, contudo, não “ventilou” a questão, não leva em conta o Supremo Tribunal Federal se competia ou não ao órgão de origem o dever de examinar de ofício a matéria³⁸, e arma uma alternativa: ou a questão foi suscitada antes do julgamento, ou não o foi. Na primeira hipótese, entende constituir ônus do recorrente, para ver examinado o mérito do recurso, interpor embargos declaratórios destinado a suprir a omissão; com ou sem êxito, estará satisfeita a exigência³⁹ 40. Na segunda, restará

adequado exame das questões de fato e de direito, desde que eventualmente ocorrente, configurará, quando muito, nulidade de caráter processual não importando, contudo, em denegação da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes. – A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, mesmo cuidando-se de matéria eleitoral, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes. “

37 São poucos os que na doutrina justificam, à luz da Constituição Federal, a exigência de prequestionamento. Mas voz respeitável se alvitrou que a expressão “*causas decididas*” envolva a necessidade de decisão sobre a questão suscitada no recurso extraordinário: NELSON NERY JR., *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, 5ª ed. São Paulo, 2000, p. 252. À exigência de questionamento, em alguma medida, pode servir de apoio o § 3º do art. 102, da Constituição Federal, embora cuide de assunto diverso: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das *questões constitucionais discutidas no caso*, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (o § 3º resulta da EC 45, de 2004).

38 Como preconiza MONIZ DE ARAGÃO, “*Pré-questionamento*”, cit.

39 O Supremo Tribunal Federal considera satisfeito o requisito mesmo que, no julgamento dos embargos, o órgão *a quo* persista na omissão; assim, STF, RE 349.160, 1ª T., 11/02/2003, relator Min. Sepúlveda Pertence. Consta da ementa: “*Recurso extraordinário: prequestionamento: Súmula 356*. O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.”

40 Ressalva-se que idêntica questão recebe solução diversa, no tocante ao recurso especial, do Superior Tribunal de Justiça: “*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de Embargos*

o recurso inviabilizado – pelo menos no caso de não ser decidida a questão nos embargos declaratórios eventualmente interpostos apesar disso, hipótese que, por incomum, não é de todo descabida.

Não parece que do requisito deva liberar-se terceiro prejudicado, que intervenha no processo mediante interposição de recurso extraordinário. As razões que fundamentam a exigência e o fato de a intervenção poder ocorrer antes da decisão extraordinariamente impugnada não autorizam afastar o requisito⁴¹.

Tampouco a existência de vícios *in procedendo* no próprio acórdão recorrido tem levado a Suprema Corte a afastar a exigência de serem interpostos embargos de declaração^{42 43}.

2.5. REPERCUSSÃO GERAL

1. Além do cabimento, nos pontos já enunciados, e dos demais requisitos de admissibilidade previstos em lei, tais como tempestividade, legitimidade para a interposição e interesse recursal, a Emenda Constitucional 45 estabeleceu a necessidade de o recurso extraordinário, para ser julgado no mérito, atender a mais uma exigência.

Dispôs, com efeito, no art. 102, § 3º, *verbis*:

“No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

Declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo” (Súmula 211). O entendimento, se leva às últimas conseqüências lógicas a exigência do prequestionamento, cria para o interessado verdadeira *via crucis* para obter o pronunciamento da Corte, impondo-lhe a interposição de embargos declaratórios e recurso especial contra a decisão nestes proferida, caso não providos os embargos, para, cassado o julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, e acolhidos os embargos, só então tornar-se viável o oferecimento do recurso especial destinado à impugnação originariamente pretendida.

41 Nesse sentido: STF: RE 98.817-RJ - Rio de Janeiro, Segunda Turma, Relator(a): Min. Moreira Alves, 16/11/1982, RTJ Vol. 106/813: “- *Falência. Destituição de Síndico. Recurso extraordinário interposto por terceiro prejudicado.* - O terceiro prejudicado tem legitimidade para interpor recurso extraordinário, estando, porém, adstrito às mesmas limitações das partes inclusive no que diz respeito ao prequestionamento das questões federais invocadas no recurso extraordinário. - Falta de prequestionamento das questões relativas aos artigos 14, parágrafo único, IV, 60, parágrafo 2º., 66 e seu parágrafo primeiro, todos da Lei de Falências, e 263 e 472 do C.P.C. Súmulas 282 e 356. Recurso extraordinário não conhecido.” RE 86382-GO - Goiás, Segunda Turma, Relator(a): Min. Moreira Alves, 01/06/1979, RTJ, Vol. 94/255: “EMENTA. *Ação de reivindicação. Alegação de usucapião.* - No que concerne ao primeiro recurso extraordinário, aplicam-se as Súmulas 282, 156 e 279. Inexistência de demonstração de dissídio de jurisprudência. - Quanto ao segundo recurso extraordinário, se é certo que o terceiro prejudicado pode interpô-lo, também é certo que a questão que constitui seu objeto deverá ter sido ventilada no acórdão recorrido, sob pena de não haver o indispensável prequestionamento (Súmula 282 e 356). Por isso, não é ele meio hábil para alegar-se, em primeira mão, nulidade do processo por falta de citação de litisconsorte necessário. Recursos extraordinários não conhecidos.” 42 STF, Pleno, Emb. Div. no Recurso Extraordinário 261.308-8, Relator: Min. Maurício Corrêa, 12/06/2003, DJ 14/11/2003.

43 A exigência tem o importante abono de MONIZ DE ARAGÃO, “*Pré-questionamento*”, cit., que considera passíveis de correção mediante embargos declaratórios, que devem, por isso, ser interpostos, tanto o julgamento *ultra, extra e citra petita*, quanto defeitos ocorridos na intimação das partes.

A imposição é, aliás, dupla: é preciso que a questão ostente “repercussão geral” e que o recorrente o demonstre na petição recursal – um elemento de forma, que como tal se enquadrará na regularidade formal.

Com a providência, a reforma constitucional procurou enfrentar problema de que se ocupam ordenamentos estrangeiros para remédios análogos ao recurso extraordinário⁴⁴, e de que já cuidou o direito brasileiro anterior a 1988, em fórmula que a Constituição Federal de 1988, numa visão talvez otimista, descartou: a questão relativa à necessidade de estabelecer mecanismo de filtragem, capaz de impedir que terminem tendo acesso ao Supremo Tribunal Federal, por meio de recursos, causas de menor expressão, que sobrecarregariam a Corte, em detrimento da qualidade de seus julgamentos, quando não da própria viabilidade prática do funcionamento do Tribunal.

2. Como visto, a solução, ou pelo menos uma tentativa de solução, estava presente no direito brasileiro anterior a 1988.

A Carta de 1969, com efeito, atribuía ao Supremo Tribunal Federal – cuja competência recursal abarcava então a apreciação de todas as questões de direito federal, constitucionais e infraconstitucionais – o poder de indicar, em relação às hipóteses mais utilizadas de interposição de recurso extraordinário⁴⁵, as causas nas quais o recurso seria admissível, consideradas, para esse fim, num primeiro momento, a respectiva natureza, espécie e valor, e, a partir de 1977, também a respectiva relevância⁴⁶.

O Supremo Tribunal Federal exerceu o poder que lhe foi outorgado em seu Regimento Interno.

Num primeiro momento, através de emenda regimental de 1970, enunciou casos em que o recurso não seria cabível, a despeito de preencher os requisitos constitucionais, sem estabelecer qualquer mecanismo de afastamento do óbice.

Por meio de emendas regimentais de 1975 e 1980, enumeraram-se, em rol que se ampliou progressivamente, casos de não-cabimento, mas se introduziu o reconhecimento da relevância da questão federal suscitada no recurso como

44 A partir da Constituição Federal de 1988, em que a área do recurso extraordinário está circunscrita a questões constitucionais, a analogia precisa ser considerada em termos. Manifesta-se, sem dúvida, em relação ao direito norte-americano, em que a atuação da *Supreme Court* se refere tanto à lei, quanto à Constituição federais. Em sistemas jurídicos nos quais, porém, o exame da constitucionalidade se exerce mediante controle incidental concentrado, por Corte Constitucional que siga o figurino europeu, a semelhança tem de partir de casos nos quais o acesso à Corte Constitucional – em matéria constitucional – esteja sujeita a limitações. É duvidoso, por exemplo, seja este o caso do Japão; segundo YASUHEI TANIGUCHI, “*O Código de Processo Civil japonês de 1996: um processo para o próximo século?*”, in *Revista Forense*, 350, p. 149 e segs, trad. de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “O novo Código mantém o recurso para a Suprema Corte como direito em tudo quanto respeite a questões constitucionais ou a um dos graves erros de procedimento enumerados no próprio Código. Fora daí, um recurso para a Suprema Corte fica sujeito à discricão da Corte. A parte prejudicada por decisão de segunda instância pode requerer à Suprema Corte permissão para recorrer, a qual apenas será concedida se a decisão impugnada for contrária a uma anterior decisão da Suprema Corte ou envolver questão de direito relevante (art. 318). Na essência, este novo sistema é similar ao do *certiorari* na Suprema Corte dos Estados Unidos. A classe dos advogados manifestou considerável oposição à reforma, porém sua oposição não teve êxito, porque inegavelmente a situação da Suprema Corte era quase impossível” (grifou-se). Ressalte-se mais uma vez que, entre nós, o Supremo Tribunal Federal jamais erigiu limitações aos recursos fundados em contrariedade à Constituição.

45 Correspondentes às letras *a* e *d* do art. 119, III, da Constituição de 1969: “*a*) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal”; “*d*) der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.”

46 A referência constitucional expressa à relevância surgiu com a EC 7, de 1977.

instrumento apto a excluir o impedimento regimental, possibilitando, assim, naqueles casos o conhecimento do recurso.

Emenda regimental de 1985 deu um passo mais largo. Ao invés de relacionar hipóteses de não-cabimento, especificou restritamente as de cabimento, estabelecendo, por outro lado, uma vedação geral, só removível nos casos em que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a relevância da questão⁴⁷.

Em todas as oportunidades, foi ressaltado que as restrições regimentais não alcançavam recursos em que se alegasse ofensa à Lei Maior.

Na mesma oportunidade, chegou o Supremo Tribunal Federal a esboçar uma definição do que se deveria entender como relevante: “*questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal*” (art. 327, § 1º)⁴⁸.

Parece útil a essa altura transcrever levantamento de CALMON DE PASSOS sobre a conceituação da relevância na doutrina:

“1. Quando é relevante a questão federal? Nenhuma norma o diz. Sua configuração foi deixada, portanto, ao sabor dos critérios subjetivos das partes, ao formulá-la, e dos ministros, ao apreciá-la. Em junho de 1965, o Ministro RIBEIRO DA COSTA, em estudo que encaminhou ao Ministro da Justiça da época - MILTON CAMPOS -, fruto do trabalho de uma comissão de membros do STF e relativo a problemas de nossa Alta Corte, já apontava a relevância da questão federal como requisito de admissibilidade a exigir-se para cabimento do recurso extraordinário, asseverando que ela devia ser apreciada

47 O texto tem valor histórico, mas merece ser transcrito:

“Art. 325 - Nas hipóteses das alíneas *a e d* do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal, cabe recurso extraordinário:

I - nos casos de ofensa à Constituição Federal;

II - nos casos de divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal;

III - nos processos por crime a que seja cominada pena de reclusão;

IV - nas revisões criminais dos processos de que trata o inciso anterior;

V - nas ações relativas à nacionalidade e aos direitos políticos;

VI - nos mandados de segurança julgados originariamente por Tribunal Federal ou Estadual, em matéria de mérito;

VII - nas ações populares;

VIII - nas ações relativas ao exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, bem como às garantias da magistratura;

IX - nas ações relativas ao estado das pessoas, em matéria de mérito;

X - nas ações rescisórias, quando julgadas procedentes em questão de direito material;

XI - em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal.

Parágrafo único. Para os fins do inciso VIII, quando a decisão contiver partes autônomas, o recurso for parcial e o valor da causa exceder os limites ali fixados, levar-se-á em conta, relativamente às questões nele versadas, o benefício patrimonial que o recorrente teria com o seu provimento.”

48 Com o devido respeito, seja lícito observar não ser muito esclarecedora a definição, já que, em última análise, nela se estabelecia era que a questão seria relevante quando exigisse a apreciação do recurso pelo Supremo Tribunal Federal.

sobretudo do ponto de vista do interesse público, invocando o exemplo, no particular, da Suprema Corte norte-americana.

VICTOR NUNES LEAL, escrevendo, em 1967, sobre as sugestões feitas pelo Supremo em 1965, afirmou, também, que a relevância, para efeito de admissibilidade excepcional do recurso extraordinário, deve ser apurada, especialmente, do ponto de vista do interesse público.

Dizia ele, com muita propriedade, que, em princípio, qualquer problema de aplicação da lei é de interesse público. Mas, na prática, muitas questões têm repercussão limitada às partes, ou a pequeno número de casos, e há problemas legais cujas conseqüências são muito reduzidas, mesmo para os interessados, servindo, antes, como pretexto para manobras protelatórias ou que visam a subtrair o mérito do litígio ao direito aplicável. E concluía o ilustre ministro e juiz nos seguintes termos: uma decisão, para ser relevante, deve ter reflexos além do exclusivo interesse das partes litigantes.

Nessa linha de entendimento e inspirado em precedentes norte-americanos, enumerava algumas hipóteses. Seriam relevantes:

a) as questões constitucionais;

b) as questões de natureza legal:

1 - versando sobre atribuições de autoridades de nível elevado, ou que lidam com interesses de amplas coletividades;

2 - referentes à definição de um instituto tributário, que interesse a centenas e milhares de pessoas;

3 - relativas a interpretação de uma lei que abranja extensa categoria de funcionários públicos;

4 - que versarem sobre uma norma legal que, aplicada de um ou de outro lado, pode afetar fundamentalmente todo um ramo da produção ou do comércio;

5 - versando sobre dissídio jurisprudencial em torno de uma lei de aplicação freqüente, deixando, contudo, de ter relevo esta questão, se a interpretação razoável da lei for contrariada apenas por uma ou outra decisão isolada, que não chegue a configurar uma corrente jurisprudencial (*Revista de Direito Processual civil*, vol. 6º, ps. 17-16).

2. EVANDRO LINS E SILVA não discrepa muito dessa linha de entendimento. Lembra ele, em artigo publicado na *RT*, vol. 485, ps. 11 e segs., que o próprio STF, em decisão anterior à Emenda Regimental n. 3, já se referira à relevância da questão federal, definindo-a como ofensa ao interesse público, ao interesse geral, ao interesse nacional. Aplaudindo esse entendimento, assim se expressa o ilustre ex-ministro: “a causa é relevante quando traz em si mesma um interesse público ou encerra uma garantia fundamental do cidadão.”

Acrescenta, ainda, que o interesse puramente privado, a mera disputa de bens materiais, não se enquadra, em princípio, no requisito inovador, mesmo quando de grande vulto esses bens. A relevância tem outro alcance e visa à tutela de bens jurídicos de outro porte e significação, abrangendo interesses superiores da Nação, questões de estado civil, direitos fundamentais do homem. E cita dois casos da experiência norte-americana para bem explicitar seu pensamento. Um deles, referido por PAUL A. FREUND, em seu livro *Aspectos do Direito Americano*, longo e custoso litígio, no qual meses de testemunhos e argumentos, volumes de evidências e documentos foram postos de lado, pela Suprema Corte, com três palavras em latim: *damnum absque injuria* – houve prejuízo, mas sem ofensa legal. O outro, o chamado caso Gideon. Cuidava-se de um réu reincidente, condenado por furto, que argüia desobediência ao princípio do *due process of law*, pois fora condenado sem defesa patrocinada por advogado. A solicitação do recurso à Corte foi feita em linguagem tosca, a lápis, num pedaço de papel qualquer. Considerada relevante a matéria, a Suprema Corte designou um advogado famoso para, na qualidade de *amicus curiae*, equivalente ao nosso advogado dativo, desenvolver e sustentar o tema suscitado pelo requerente.

Observa-se, portanto, que EVANDRO LINS E SILVA, fiel à linha proposta por VICTOR NUNES LEAL, vai além dele, colocando na rubrica “interesse público” também os direitos fundamentais do indivíduo e as questões pertinentes ao estado civil das pessoas.

3. DORESTE BAPTISTA nada acrescenta à lição dos mestres referidos, limitando-se a transcrever e apoiar o que afirmaram.

BARBOSA MOREIRA, entretanto, douto e cuidadoso, como sempre, na 2ª edição de seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, aborda a questão da relevância, focalizando-a, também, como os autores precedentes, do ângulo da experiência norte-americana. Não pára aí, contudo. Examina, igualmente, a orientação do Direito alemão e do Direito austríaco, onde se exige, para conhecimento da revisão, o requisito da “significação fundamental” (*grundsätzliche Bedeutung*) da matéria jurídica a ser apreciada, conceito equiparável ao nosso “relevância da questão federal”.

Apoiado nesses subsídios, sugere as seguintes situações configuradoras de relevância:

- a) questão capaz de influir concretamente, de maneira generalizada, numa grande quantidade de casos;
- b) decisão capaz de servir à unidade e ao aperfeiçoamento do Direito ou particularmente significativa para seu desenvolvimento;
- c) decisão que tenha imediata importância jurídica ou econômica para círculo mais amplo de pessoas ou para mais extenso território da vida pública;

- d) decisão que possa ter como conseqüência a intervenção do legislador no sentido de corrigir o ordenamento positivo ou de lhe suprir lacunas;
- e) decisão que seja capaz de exercer influência capital sobre as relações com Estados estrangeiros ou com outros sujeitos do Direito Internacional Público.

Acrescenta, ainda, que se cuidando de matérias já sobejamente apreciadas pelos Tribunais, a invocação de argumentos novos, inéditos, pode configurar a significação fundamental, conseqüentemente, a relevância. Por outro lado, mesmo nas circunstâncias apontadas, carece de significação a causa se diz respeito a norma que já não vige ou que deixará de vigor em curto prazo.”⁴⁹

A apreciação da relevância estava disciplinada no Regimento Interno, era suscitada em incidente que se processava em autos apartados dos autos principais e recebeu o nome de argüição de relevância.

As restrições regimentais ao cabimento do recurso provocavam insatisfações, e a argüição de relevância, além de constituir um fator adicional de complicação em recurso cuja interposição jamais foi simples, atraiu respeitabilíssimas críticas doutrinárias, particularmente pelo fato de ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em sessão a que não tinham acesso as partes, e de ser decidida em ato não fundamentado ⁵⁰, características que acompanharam o instituto durante toda sua existência, embora, a partir de certo momento, o Supremo Tribunal Federal tenha passado a divulgar as questões cuja relevância admitira.

Em 1988, com a vigência da Constituição Federal então editada, o mecanismo foi, como acima dito, suprimido, sem que nada lhe ocupasse o lugar.

3. Excetuadas semelhanças de fins, há diferenças entre a “relevância da questão federal” e a “repercussão geral das questões constitucionais”.

“Repercussão geral” parece traduzir idéia de que recursos extraordinários, para serem admissíveis, devem versar sobre questões suscetíveis de influir em certo número, expressivo, de relações jurídicas, adotando, assim, literalmente, um critério quantitativo, quando a qualidade das questões – sua relevância – é que deveria considerar-se.

A relevância, na disciplina que lhe deu o Supremo Tribunal Federal, só se apurava, ademais, no tocante a questões infraconstitucionais, partindo-se da suposição de que todas as questões constitucionais eram sempre relevantes e mereciam apreciação da Suprema Corte. Não se mostrava preciso suscitá-la, por outro lado, em todos os casos, senão naqueles em que ao cabimento do recurso se contrapunha impedimento regimental.

A repercussão, ao contrário, só abrange questões constitucionais, até porque somente em relação a estas é cabível recurso extraordinário – o que não deixa até certo

49 “Da argüição de relevância no recurso extraordinário”, cit.

50 Assim: JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia inerente ao Estado de Direito”, in *Temas de Direito Processual*, 2ª série, São Paulo, 1980, p. 83 e segs., e particularmente p. 92/3; CALMON DE PASSOS, “Da argüição de relevância no recurso extraordinário”, *Revista Forense* 259, p. 11 e segs.

ponto surpreendente se se partir de que na Constituição somente está, ou deveria estar, a disciplina de assuntos de interesse geral, cuja observância em cada processo fosse, também ela, de interesse geral. Mas a exigência de sua arguição se estenderá a todos os recursos extraordinários, indistintamente.

Existem outras diferenças. Na relevância, considerada a disciplina que, em sua última versão anterior à Carta de 1988, lhe deu o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e ressalvadas as matérias sobre as quais não era necessária a discussão da relevância – como as constitucionais –, havia como que uma presunção de irrelevância, suscetível de afastar-se mediante o voto de quatro Ministros. Na repercussão, ao contrário, há uma espécie de presunção de que a questão tem repercussão geral, e para arredá-la é preciso o voto de 2/3 dos membros da Corte. A relevância se apreciava em sessão a que não tinham acesso as partes, e a decisão que a apreciava não era motivada. Aproximava-se, assim, do paradigma em que se baseara, o *writ of certiorari* do direito norte-americano. Na repercussão, não se concebe senão julgamento público e decisão devidamente fundamentada, tal como exigido na Lei Maior para todas as decisões judiciais.

4. O dispositivo constitucional que prevê a necessidade de repercussão não é auto-aplicável (“*No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros*”).

Não está claro, nele, o que depende de regulamentação legal, e, particularmente, se incumbe ao legislador discriminar questões dotadas e não dotadas de repercussão geral, em norma vinculativa para o Supremo Tribunal Federal⁵¹.

51 Encontram-se no sítio do Senado Federal dois projetos destinados a regulamentar o art. 102, § 3º, da Constituição Federal; o primeiro foi apresentado à Comissão Mista de Reforma do Poder Judiciário; o segundo, que substituiu o primeiro, foi aprovado pelo Senado Federal em fevereiro deste ano, com significativas alterações em relação à proposta originária; uma delas, para a qual não há explicação, consiste em transformar uma lei que seria extravagante, aplicável à generalidade dos processos, em lei de modificação do CPC. Eis o texto do segundo:

“Projeto de Lei do Senado nº 122 (Substitutivo), de 2006

Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o art. 102, § 3º, da Constituição Federal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Acrescentam-se à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, os seguintes artigos:

‘Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral, quando o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante da Corte.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, quatro votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

5. Alguns tópicos podem ser, todavia, desde logo apontados, não sem o temor de incorrer em equívocos que a novidade e a complexidade da matéria tornam inevitáveis.

Parece pairar acima de qualquer possibilidade de dúvida a natureza da repercussão, que, como a relevância, não constitui fundamento autônomo do recurso extraordinário, que se tenha agregado aos previstos no art. 102, III, da Constituição Federal, nem representará motivo para que, no mérito, o Supremo Tribunal Federal acolha a impugnação.

Trata-se, a repercussão, de requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que passa a ser exigível, juntamente com os demais, de extração constitucional ou legal, para permitir o conhecimento do recurso.

6. Não se me afigura indubitoso tenha a lei competência para fixar o que são e o que não são questões dotadas de repercussão geral⁵². Seria imprudente, quando não impossível, fazê-lo exaustivamente o legislador, por meio de normas rígidas, de contornos perfeitamente determinados, sem arrostar o risco ficar aquém ou

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Presidente do Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 3º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Art. 2º Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução da presente lei.

Art. 3º Aplica-se a presente lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência.

Art. 4º A presente lei entrará em vigor 60 dias após a data de sua publicação.

Sala das Sessões, 1º de janeiro de 2006. DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2 de fevereiro de 2006.”

52 Observe-se que o Projeto 12 contém, na versão aprovada pelo Senado, uma definição geral, quase tão vaga quanto a cláusula constitucional (“Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.”) e a indicação de um caso em que deve reconhecer-se repercussão geral (“Haverá repercussão geral, quando o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante da Corte”).

A versão originária ia além. Excluía a repercussão em uma hipótese (“Não será conhecido, por ausência de repercussão geral, o recurso extraordinário que impugnar decisão interlocutória”) e continha, além da definição genérica, a especificação não-fechada de situações nas quais o Supremo deveria reconhecer a repercussão (“Sem prejuízo de outras reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, possuem repercussão geral as causas: I – que contenham julgamento divergente da súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; II – relativas à nacionalidade e aos direitos políticos; III – que discutam direitos ou interesses difusos, individuais homogêneos ou coletivos; IV – relativas ao exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, bem como às garantias e prerrogativas da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da advocacia; V – relativas a crimes de genocídio, terrorismo, contra a humanidade, contra o sistema financeiro, de lavagem de dinheiro, praticados por organizações criminosas, bem assim outros cujo potencial ofensivo à sociedade possam justificar tal caracterização”).

além daquilo que vier a ser estabelecido pela Suprema Corte, a quem parece primacialmente endereçada a incumbência de aferir se envolve ou não determinada questão constitucional repercussão.

É de notar-se que não exercerá o Supremo, na tarefa, poder discricionário, senão o de preencher um conceito indeterminado, consagrado na Constituição.

7. Parece indisputável, por outro lado, que o exame da repercussão competirá exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, não se concebendo, com a ressalva que adiante se fará, que igual poder tenha o Tribunal de origem – sem prejuízo naturalmente da competência, que nele remanesce, de examinar os demais requisitos de admissibilidade e, se for o caso, com base neles, indeferir o recurso.

Mais. No Supremo, não poderá o relator, monocraticamente, nem cada uma de suas Turmas, de modo isolado, deixar de conhecer do recurso extraordinário por ausência de repercussão geral. Para a recusa, a regra constitucional iniludivelmente exige “manifestação de dois terços” dos membros do Tribunal, *quorum* inatingível nas Turmas. Também aqui vale a ressalva feita para a Presidência do Tribunal *a quo*: por outro fundamento, nada impede que o relator ou a Turma negue conhecimento ao recurso.

O que parece não conflitar com o preceito constitucional, posta à parte a conveniência da iniciativa, é a hipótese inversa, de o relator e a própria Turma reconhecerem a presença da repercussão e, com base nisso, admitirem o recurso, dando-lhe ou negando-lhe provimento; quanto à Turma, basta ver que é suficiente a existência de quatro votos favoráveis para que a recusa se torne inviável mesmo para o Plenário.

8. A tramitação legislativa do Projeto relativo à matéria indica que a decisão proferida sobre a repercussão geral figurará em “*súmula*” e que, nesta incluída, “*valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica*”, pendentes e futuros, ressalvada “*revisão da tese*”⁵³.

Salvo engano, é a única possibilidade em que se pode conceber venham o Tribunal de origem, o relator ou a Turma a indeferir o recurso extraordinário por ausência de repercussão geral. Se o Supremo Tribunal Federal, pelo *quorum* constitucional, já assentou que determinada questão não tem “repercussão geral”, parece mais do que razoável prever-se que o recurso não tenha trâmite em nenhum nível.

Resta ver como se chegará, neste caso, à Corte, para fins de “revisão da tese” – reexame que é indispensável, sobretudo em função da possibilidade, perfeitamente concebível, de alterar-se o contexto no qual foi tomada a decisão anterior.

9. Não parece deva seguir-se uma ordem inflexível na apreciação da repercussão geral e dos demais requisitos de admissibilidade⁵⁴. Se o recurso for inviável por outra causa que não ausência de repercussão – por intempestividade, por exemplo – contrariaria à economia processual exigir o exame prévio da repercussão. A prevalecer, por outro lado, a idéia de que o resultado da avaliação das questões constituirá objeto de Súmula, e estando nela inscrito enunciado que afaste o atributo de certa matéria,

53 É o que disporá, se aprovado o Projeto, o § 5º do art. 543-A do CPC.

54 Diversamente, *data venia*, do que sustenta ARRUDA ALVIM, “A EC 45 e o instituto da repercussão geral”, in *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier *et alii*, São Paulo, 2005, p. 63 e segs.; para o ilustre processualista, a prioridade recai sobre exame da repercussão.

o exame dos demais requisitos é que se mostraria inútil, e parece dever ser evitado.

Ressalve-se que a ordem parece não influir sobre ponto que, de outro modo, a tornaria praticamente relevante, consistente em determinar o momento do trânsito em julgado da decisão recorrida.

10. Em remate, cabe observar que o projeto aprovado pelo Senado emprega expediente análogo ao de outro projeto⁵⁵, também em trâmite, que recebeu de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA a sugestiva denominação de recurso extraordinário “por amostragem”⁵⁶: havendo “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”, ao Presidente do Tribunal de origem caberá “selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte”. “Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”. A outra hipótese é a de o Supremo Tribunal Federal, nas “amostras” que lhe forem enviadas, reputar presente a repercussão, caso em que a boa lógica sugeriria, como passo seguinte, o envio à Suprema Corte dos recursos sobrestados, quando muito precedidos do exame da admissibilidade, que parece não precisar anteceder ao sobrestamento. Não é, porém, o que se propõe. Pretende-se que, nessa eventualidade, o órgão *a quo* reveja sua própria decisão para colocá-la em confronto com a decisão proferida pelo Supremo no julgamento do mérito do recurso, e, aí, uma de duas: ou as decisões coincidem na solução da questão constitucional, e o recurso se consideraria “prejudicado”, ou não coincidem. Neste caso, uma segunda alternativa se abre: ou o órgão *a quo* “se retrata”, alterando a decisão para ajustá-la à do Supremo Tribunal Federal, ou, caso não ocorra a “retratação”, “admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.”

Trata-se de mecanismo tortuoso, de duvidosa exequibilidade prática, e de duvidosíssima constitucionalidade: o que o projeto chama de “declarar prejudicado” o recurso e “retratar-se” são fenômenos que, em linguagem processual, têm designação própria: negar e dar, respectivamente, provimento ao recurso extraordinário, que estará pendente, e a tarefa, até que eventualmente algum legislador afoito se lembre de alterar, no ponto, a Constituição Federal, integra competência do Supremo

55 O mecanismo foi introduzido no Projeto de Lei da Câmara 1.343/2004 por iniciativa do Governo.

56 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, 27, 2005, p. 49 e segs. Eis a lição: “Outro projeto visa a inserir no Código um art. 543-A, para instituir mecanismo a que não cairá mal a denominação de ‘recurso extraordinário por amostragem’. ‘Quando se verificar multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia’, reza o *caput*, ‘caberá ao Presidente do Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, ficando suspensos os demais processos até o pronunciamento definitivo dessa Corte’ (§ 1º). Publicado que seja o acórdão do Supremo Tribunal Federal (que presumivelmente há de julgar em conjunto os recursos-amostras, se mais de um houver), ‘os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turma de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão exercer o juízo de retratação ou declará-los prejudicados’ (§ 6º). Entende-se que o ‘juízo de retratação’ terá lugar nos casos em que o órgão haja adotado, na decisão extraordinariamente recorrida, tese diferente da esposada quando do julgamento dos ‘recursos-amostras’; se, ao contrário, forem coincidentes as teses, os recursos sobrestados se haverão por ‘prejudicados’ - transitando em julgado, conseqüentemente, os acórdãos contra os quais tinham eles sido interpostos. Contempla o projeto, entretanto, a possibilidade de que, na primeira hipótese, o órgão *a quo*, em vez de retratar-se, mantenha a decisão. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal ‘poderá determinar sumariamente a cassação das decisões contrárias à orientação firmada no acórdão’ (§ 7º); não diz o projeto, em termos expressos, o que acontecerá com o processo suspenso em que se ‘cassarem’ as decisões, nem, em particular, o que as substituirá...”

Tribunal Federal, e é insuscetível de delegação, quer pela própria Corte, quer por lei.

11. À guisa de conclusão, pode fazer-se uma observação final.

Constitui convicção generalizada que uma das intenções primordiais da EC 45 foi a de reduzir o tempo de duração dos processos e, no tocante aos recursos extraordinários, diminuir-lhes o número, que, por sua grandeza, tende a no mínimo dificultar o desempenho da delicada e importante tarefa afeta à Corte.

É quando menos duvidoso, contudo, que a Emenda seja capaz de provocar o resultado desejado.

Não autoriza qualquer esperança a esse respeito o exame dos casos em que o recurso é cabível. Ao contrário. Aqui, ao invés de supressão, houve acréscimo – o da letra *d*. Não há evidentemente como aguardar que se reduzam os recursos se se aumenta o campo de sua utilização.

É questionável, por outro lado, que a “repercussão geral” se revele suscetível de render os frutos que dela se esperam, mesmo com os controvertidos mecanismos delineados no projeto em curso no Congresso Nacional.

É que uma reflexão primeira sobre o assunto sugere que dificilmente o Supremo Tribunal Federal, se se ativer rigorosamente aos termos da cláusula constitucional, aferindo apenas “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”, estará em condições de destacar questões que, intrinsecamente, em toda e qualquer situação na qual se suscitem, sejam destituídas de repercussão, e, portanto, passíveis de inserção em Súmula, permitindo ao Tribunal de origem, ao relator do recurso, e à Turma, na Corte, o trancamento de recursos interpostos. A idéia que fica é a de que a ausência de repercussão – das questões – é algo suscetível de aferição só em juízo feito para o caso concreto, diante de suas peculiaridades, mas não em proposição genericamente formulada para a questão constitucional em si mesma, abstratamente considerada. Está longe de ser desarrazoada a possibilidade de a mesmíssima questão, que em certa causa possa considerar-se destituída de repercussão, em outra, com características diversas, vir a ostentar o atributo ali ausente. Não é difícil imaginar, *v.g.*, que tenham pesos diversos o exame de questão constitucional em ação individual, de reduzida expressão jurídica, social e econômica, e de alcance limitado às partes, e o exame de idêntica questão em uma ação coletiva, em causa que envolva centenas ou milhares de consumidores.

A ser verdadeira a suposição, o novo requisito de admissibilidade não prescindirá do exame, pelo Plenário, de cada recurso interposto, e se justificará na sua inteireza o prognóstico feito por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

“Decerto se conta, como fator de alívio para o Supremo Tribunal Federal, com a exigência da ‘repercussão geral das questões discutidas’ no recurso extraordinário (art. 102, § 3º). Raciocinemos, contudo, em perspectiva prática e com os pés firmes no chão. O recurso terá de submeter-se à apreciação do plenário do tribunal, visto que, para negar-lhe conhecimento, serão necessários os votos de, no mínimo, dois terços dos Ministros. Com isso já se introduz uma complicação no processamento, em confronto com o regime atual, em que a competência para julgar o recurso extraordinário cabe, em princípio, a qualquer das Turmas (Regimento Interno,

art. 9º, nº III), e só por exceção sobe ele ao Tribunal Pleno. Adite-se que, à luz do art. 93, nº IX, da Carta da República, não alterado pela Emenda, será, por força, pública e motivada a decisão sobre o cumprimento ou descumprimento do requisito da 'repercussão geral'. Fica pois afastada a vantagem – se na verdade é lícito (ponto mais que duvidoso) chamar-lhe assim – de que goza, no particular, a *Supreme Court* norte-americana, onde é secreta e em regra sem motivação divulgada a deliberação sobre se a *petition for certiorari* será examinada no mérito. Em resumo: sempre que se mantiverem aquém do *quorum* especial os votos no sentido de não se conhecer do recurso, por falta do requisito da 'repercussão geral', a tramitação compreenderá dois julgamentos, em vez de um único – e ambos realizados em sessão pública e devidamente fundamentados: o do Plenário, de rejeição da preliminar, e, em princípio, o da Turma, sobre a restante matéria. Pelo menos no particular, portanto, não se afigura exagero de pessimismo vaticinar que aumentará o trabalho do Tribunal e demorará mais a solução do problema.⁵⁷

**Publicado originalmente na Revista nº 26 jul./dez. 2007, p. 127.*

⁵⁷ "A Emenda Constitucional nº 45 e o processo", in *Revista Forense*, 383, 2006, pp.181 e segs.

NOTAS SÔBRE O LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO E NO ALEMÃO

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA*

1. “Litisconsórcio necessário” é expressão que não se depara no texto do Código de Processo Civil brasileiro. A doutrina, todavia, sempre a empregou, unívocamente, para designar o litisconsórcio que as partes não podem dispensar, ou seja, cuja constituição é de rigor para que o contraditório se tenha como regularmente instaurado. O uso do qualificativo com tal acepção vê-se abonada, aliás, pela própria lei: o art. 294, I, quando alude a “litisconsortes necessários”, quer referir-se justamente às pessoas cuja presença no processo, como co-autoras ou co-rés, se considera obrigatória.

Quanto ao fundamento dessa figura litisconsorcial – a prescindir-se dos casos em que regra jurídica especial a imponha expressamente –, indica-o o Código (art. 88) na “comunhão de interesses”, fórmula que autorizadíssima doutrina, com melhor técnica, traduz por “comunhão de direito no objeto da demanda¹. De acôrdo com semelhante exegese, o litisconsórcio será *necessário* – isto é, *não poderá deixar de ocorrer* – quando a relação deduzida em juízo, tal como a configura o pedido, se caracterizar pela pluralidade de titulares, no pólo ativo, no passivo ou em ambos, ressalvadas as hipóteses – como a da solidariedade – em que a lei mesma autorize a propositura da ação por um único (ou contra um único) dentre os co-titulares.

2. A expressão que em língua alemã corresponde literalmente à de “litisconsórcio necessário” – *notwendige Streitgenossenschaft* – aparece, no texto vigente da *Zivilprozessordnung*, como rubrica do § 62, cujo teor é o seguinte: “Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder ein Frist nur von einzelнем Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen”; ou, em vernáculo: “Quando a relação jurídica litigiosa só puder ser declarada uniformemente quanto a todos os litisconsortes, ou por outra razão fôr necessário o litisconsórcio, os litisconsortes que tiverem deixado de comparecer a alguma audiência ou perdido algum prazo considerar-se-ão representados pelos comparecentes”.

Como pontualmente assinala a unanimidade dos intérpretes, contempla o dispositivo transcrito dois grupos de casos entre si distintos e inconfundíveis. No primeiro grupo, a nota comum reside apenas na circunstância de que a decisão de mérito tem de ser uniforme para todos os co-autores ou para todos os co-réus, sendo inconcebível que se acolha o pedido em relação a um deles e se rejeite em relação aos outros. Não quer isso dizer, entretanto, que o processo só se instaure regularmente com a presença de mais de uma pessoa no pólo ativo, no passivo ou em ambos. A ocorrência do litisconsórcio, aí, longe de ser obrigatória, pois, é ao contrário,

* Professor na Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJRJ.

¹ MACHADO GUIMARÃES, *As três figuras do litisconsórcio in Estudos jurídicos em honra de Soriano Neto*, vol. II, págs. 401-2.

acidental, muito embora, *uma vez constituído*, êle se submeta ao especial regime cujo traço característico o § 62 faz consistir na “representação” dos litisconsortes omissos pelos atuantes².

A êsse regime obedece também o litisconsórcio no segundo grupo de casos, a saber, quando necessário “por outra razão”. Silencia a lei no tocante à natureza das razões ou fundamentos capazes de tornar, aqui, indispensável a pluralidade de autores, de réus ou de uns e outros; em sede doutrinária, geralmente se remete ao direito material o desate da questão³. O importante, contudo, é assinalar que, neste passo, o adjetivo *notwendige*, aplicado no litisconsórcio, exprime realmente a *obrigatoriedade* de sua constituição, ou, em outras palavras, a *inadmissibilidade da demanda singular*⁴.

O fato de não se estender semelhante característica ao primeiro grupo de casos – igualmente compreendido, como todo o § 62, sob a rubrica “*notwendige Streitgenossenschaft*” – suscita curioso problema terminológico. Não se pode, com efeito, deixar de concluir que o adjetivo “necessário” (*notwendige*) aparece, no mesmo dispositivo, *com duas acepções diferentes*. Quando se refere ao litisconsórcio necessário “por outra razão”, a lei está aludindo ao litisconsórcio *indispensável*; o sentido da expressão coincide, *aqui*, com o que se lhe atribui no direito brasileiro. Na rubrica, porém, “*notwendige Streitgenossenschaft*” significa outra coisa: é conceito que abrange *todo e qualquer litisconsórcio sujeito ao regime especial do § 62*, quer esteja, quer não, subordinado a regularidade do contraditório à presença de mais de uma pessoa em cada um dos pólos do processo, ou em ambos. Trata-se, assim, de uma figura definida *por seu peculiar efeito processual*, e não por sua razão de ser, ou por alguma característica estrutural.

3. Atentos ao problema, e em particular à conveniência de distinguir terminologicamente o gênero (litisconsórcio sujeito ao regime especial do § 62) e cada uma das duas espécies (litisconsórcio caracterizado pela necessária uniformidade da decisão de mérito – 1.º grupo de casos – e litisconsórcio de obrigatoria constituição – 2.º grupo de casos), não lograram, no entanto, os processualistas alemães harmonizar-se na adoção de uma nomenclatura uniforme. Alguns, obedientes à dicção da lei, usam a expressão “litisconsórcio necessário” (*notwendige Streitgenossenschaft*) para designar a figura *genérica*⁵, indicando às vêzes a distinção entre os dois tipos específicos pelo emprego das denominações “litisconsórcio casualmente necessário” para o primeiro (litisconsórcio em que a decisão de mérito tem de ser uniforme), e “litisconsórcio própriamente necessário” para o segundo (litisconsórcio indispensável)⁶. Outros

2 V., sobre a admissibilidade da “demanda singular” nos casos desse primeiro grupo, HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, 1968 (reimpressão), vol. I, pág. 336; GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, trad. esp., 1936, págs. 440-1; ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. esp. 1955, tomo II, pág. 103; LENT, *Diritto Processuale Civile Tedesco*, trad. Ital., páginas 311-2; LENT-JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 13.ª ed., 1966, pág. 236; NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., 1952, pág. 439; SCHWAB, *Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft*, in *Festschrift für Friedrich Lent*, *passim*, esp. pág. 276.

3 LENT, ob. cit., pág. 313, *verbis* “secondo le norme di diritto privato”; LENT-JAUERNIG, ob. e lug. cit., onde se chega a chamar ao litisconsórcio deste tipo *notwendige Streitgenossenschaft aus materiellrechtlichen Gründen*, em oposição ao *notwendige Streitgenossenschaft aus prozessrechtlichen Gründen* (o do primeiro grupo de casos); NIKISCH, ob. cit., pág. 437.

4 HELLWIG, ob. e lug., cit.; ROSENBERG, ob. e t. cit., págs. 103, 105; LENT, ob. cit., pág. 312; LENT - JAUERNIG, ob. e lug. cit.; NIKISCH, ob. cit., pág. 437; BRUNS, *Zivilprozessrecht*, 1968, págs. 86-7; SCHWAB, ob. cit., pág. 273.

5 KISCH, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, trad. esp., 1932, pág. 318; ROSENBERG, ob. e t. cit., págs. 103 e segs.; SCHÖNKE, *Derecho Procesal Civil*, trad. esp., 1950, págs. 96-8; BERNHARDT, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 2.ª ed., 1951, págs. 176-7; LENT - JAUERNIG, ob. cit., págs. 236-8; SCHWAB, ob. cit., *passim*.

6 Assim o segundo e o último dos autores citados em a nota anterior. BRUNS, ob. cit., págs. 86-7, emprega também genericamente a denominação de *notwendige Streitgenossenschaft*, acrescentando a expressão “em

preferem reservar para êste último o *nomen iuris* de “litisconsórcio necessário”, pura e simplesmente ou com o acréscimo das expressões “em sentido próprio” ou “em sentido estrito”⁷.

Aparecem ainda na literatura as denominações “litisconsórcio especial” (*besondere Streitgenossenschaft*) e “litisconsórcio qualificado” (*qualifizierte Streitgenossenschaft*), usadas para designar ora o gênero – isto é, todo litisconsórcio submetido ao regime do § 62⁸ –, ora apenas a espécie de litisconsórcio caracterizada pela obrigatoriedade da declaração uniforme, ainda que desnecessária a demanda conjunta⁹.

4. Três outros pontos merecem realce neste confronto entre o direito brasileiro e o alemão. O primeiro é que a circunstância vista por aquêle como bastante para tornar indispensável o litisconsórcio não produz necessariamente efeito idêntico no sistema tedesco. Realmente, à comunhão de direito quanto ao objeto da demanda refere-se a *Z.P.O.* no § 59, como fato que simplesmente *autoriza*, mas não *impõe*, a presença simultânea dos co-titulares no processo; a demanda singular é aí, portanto, em princípio admissível. Veja-se o teor da norma: “Mehrere Personen können als Streitgenossen klagen oder verklagt werden, wenn sie hinsichtlich des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder wenn sie aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind”; isto é: “Várias pessoas podem demandar ou ser demandadas como litisconsortes, quando se acham em comunhão de direito quanto ao objeto do processo, ou quando são credoras ou devedoras pelo mesmo fundamento de fato e de direito”.

“Podem”, diz a lei; *mas não estão a isso obrigadas*. A circunstância a que o direito brasileiro precisamente vincula, em regra, a indispensabilidade do litisconsórcio, no ordenamento alemão só o caracterizará – para usarmos nomenclatura entre nós consagrada – como litisconsórcio *facultativo*. Não há, portanto, identidade de fundamento, num e noutro sistema, para o litisconsórcio necessário (no sentido de indispensável): enquanto, aqui – sempre com ressalva das hipóteses expressamente previstas em regras especiais – êle repousa na existência de comunhão de direito quanto ao objeto da demanda, lá decorrerá de outras causas, não discriminadas na lei processual, insuficiente, para tal fim, a ocorrência da aludida comunhão, *que apenas permite, sem exigi-la*, a propositura da demanda conjunta.

5. Passemos ao segundo ponto. Conhece o direito brasileiro, como o alemão, o litisconsórcio caracterizado pela necessária uniformidade da decisão definitiva. Dêle trata o art. 90 do Código de Processo Civil, *verbis*: “Quando a relação jurídica litigiosa houver de ser resolvida de modo uniforme para todos os litisconsortes, os revêis, ou os que tiverem perdido algum prazo, serão representados pelos demais”.

A redação, muito próxima da que se depara no § 62 da *Z.P.O.*, omite contudo a cláusula pertinente ao litisconsórcio necessário “por outra razão” – fonte, como já se mostrou, de indesejáveis complicações terminológicas. Graças à omissão, a

sentido próprio” quando se refere ao litisconsórcio indispensável.

7 HELLWIG, ob. e vol. cit., págs. 331 e segs.; GOLDSCHMIDT, ob. cit., página 441; LENT, ob. cit., pág. 313; NIKISCH, ob. cit., pág. 437 (com a ressalva, na pág. 439, de que também no tocante às hipóteses do primeiro grupo se costuma falar, em consonância com o teor da lei, de “litisconsórcio necessário”).

8 HELLWIG, ob. e vol. cit., pág. 336; GOLDSCHMIDT, ob. cit., págs. 439 e segs.; KISCH, ob. e lug.cit. ROSENBERG, ob. e t. cit., pág. 103; SCHONKE, ob. cit., pág. 96; BERNHARDT, ob. e lug. cit. Os quatro últimos autores usam indiferentemente, para todo litisconsórcio regido pelo § 62, os adjetivos “necessário”, “especial” e “qualificado”.

9 Assim, quanto à designação de “qualificado”, LENT, ob. cit., pág. 312; quanto à de “especial”, BRUNS, ob. cit., pág. 86.

figura do nosso art. 90 pode ser definida não apenas por um *efeito processual peculiar* – a “representação” dos litisconsortes omissos pelos comparecentes, *único* traço, consoante se viu, que o § 62 da lei tedesca aponta como *comum* a tôdas as hipóteses ali reguladas –, mas por mais íntima característica, enunciada no princípio do dispositivo, a qual constitui justamente a razão política de ter-se criado, para tais casos, o regime especial assinalado por aquêlo efeito. Na verdade, é porque a decisão de mérito *não pode deixar de ser uniforme* – ou, em outras palavras, *para evitar-se o risco de ver quebrada essa necessária uniformidade* – que se pré-exclui, através do expediente da “representação”, a ocorrência de efeitos normalmente ligados à revelia ou à omissão de alguma das pessoas consorciadas¹⁰.

Tanto mais feliz foi a supressão da cláusula, em nosso art. 90, quanto é certo que aquela *razão política* não prevalece, em absoluto, para tôdas as hipóteses de indispensabilidade do litisconsórcio. Há casos em que, não obstante seja êle indispensável, necessidade alguma ocorre de solução uniforme do litígio: na ação de usucapião, por exemplo, nada obsta a que o juiz acolha a contestação de um dos confinantes, ou as de alguns, e rejeite a de outro, ou as de outros, apesar de figurarem todos, obrigatoriamente, como litisconsortes passivos (art. 455). Ora, sendo irrelevante a possibilidade de decisão não-uniforme, de modo nenhum se justificaria o recurso ao expediente técnico da “representação”, cuja finalidade precípua é afastá-la.

No direito alemão, por fôrça da cláusula “*oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige*”, a figura do § 62 abrange, sem exaurir-se nêles, todos os casos de litisconsórcio necessário (no sentido de *indispensável*). No direito brasileiro, inexistente cláusula análoga, a fórmula do art. 90 traduz conceito que não coincide, nem na compreensão nem na extensão, com a de litisconsórcio necessário. Como esperamos ter demonstrado cumpridamente alhures¹¹, há litisconsórcios necessários que não caem sob a incidência do regime especial disciplinado no art. 90, e há litisconsórcios que a tal regime se submetem a despeito de não serem necessários. Ou – o que é dizer o mesmo –, enquanto no ordenamento tedesco a indispensabilidade do litisconsórcio é condição *suficiente* (embora não *necessária*), no ordenamento pátrio ela não é condição necessária *nem suficiente* para a incidência do regime especial. Ainda *de lege ferenda*, e por paradoxal que isso se afigure, é manifestamente superior a sistemática do nosso direito.

Para designar a figura da art. 90, vem-se generalizando na doutrina brasileira a *nomen iuris* de “litisconsórcio unitário”¹², equivalente vernáculo de *einheitliche Streitgenossenschaft*. Esta última expressão não aparece nos escritos dos processualistas

10 Como assinala BERNHARDT, ob. cit., pág. 177, a propósito da “representação” prevista no § 62 da Z.P.O., “só assim se consegue assegurar uma decisão uniforme”. A maneira tecnicamente mais precisa de construir o instituto é a que põe a tônica na pré-exclusão excepcional de certos efeitos, previstos em normas cuja incidência, nos casos de que se trata, geraria o perigo de soluções diversas para o litígio, em relação a cada um dos litisconsortes. Exatamente, ao propósito, LENT - JAUERNIG, ob. cit., pág. 238, após o registro de que a sentença, “sejam quais forem as circunstâncias”, há de ter conteúdo igual para todos: “Zu diesem Zweck müssen daher alle Vorschriften des Prozessrechts ausser Kraft gesetzt werden, die die Gefahr einer abweichenden Entscheidung gegenüber einem Streitgenossen heraufbeschwören. (Com êsse fim, portanto, devem considerar-se inaplicáveis tôdas as prescrições do direito processual de que decorra o perigo de decisão divergente em face de um dos litisconsortes)”.

11 V. nosso art. *O litisconsórcio e seu duplo regime*, in *Rev. Tribunais*, vol. 393 (julho 1968), pág. 13 e segs., esp. 16-7, e *Rev. Forense*, vol. 225 (janeiro-março 1969), págs. 26 e segs., esp. 28-9.

12 Introduzido entre nós, salvo engano, por PONTES DE MIRANDA: v. já a 1.^a ed. dos *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, págs. 338, 347, 350, 351 e *passim*.

alemães que temos consultado, mas na literatura austríaca¹³, com referência à espécie de que trata o § 14 do estatuto processual civil do seu país – norma afim, conquanto não idêntica, à do § 62 da lei alemã. À luz do exposto, fica extreme de dúvida que o nosso litisconsórcio unitário – caracterizado pela obrigatória uniformidade da decisão de mérito, e por isso mesmo sujeito ao regime especial cuja nota típica a letra da lei identifica na “representação” dos litisconsortes revéis ou omissos pelos comparecentes ou atuantes – não é espécie do gênero litisconsórcio necessário¹⁴, nem gênero de que este seja espécie.

6. Ainda um contraste digno de nota é o que diz respeito à posição do órgão judicial em face da não-integração do contraditório por alguma (ou algumas) das pessoas que hajam de figurar no processo, como co-autoras ou co-rés. Segundo o código pátrio, assiste ao juiz o poder-dever de determinar a citação dos litisconsortes necessários (art. 294, I), que a partir desse momento assumem a qualidade de parte, mesmo que se conservem omissos. Esposou o nosso legislador, nesse ponto, a orientação do direito italiano, onde o art. 102 do *Codice di Procedura Civile* dispõe: “Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo. Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice ordina l’integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito”.

Oposta é a diretriz da lei alemã, que recusa ao juiz semelhante iniciativa. A consequência de não se formar o litisconsórcio necessário (no sentido de indispensável) é, no sistema tedesco, a decretação da inadmissibilidade da demanda, proposta só por uma ou algumas (ou contra uma ou algumas) das pessoas que obrigatoriamente haviam de demandar (ou ser demandadas em conjunto)¹⁵.

7. As considerações até aqui feitas autorizam algumas conclusões, que põem em relêvo a diversidade dos dois ordenamentos na matéria versada:

a) – No direito brasileiro, “litisconsórcio necessário” significa, sempre e apenas, litisconsórcio de formação indispensável; no direito alemão, a expressão é usada em dois sentidos distintos: um que coincide com o nosso, outro que compreende todo e qualquer litisconsórcio subordinado ao regime especial do § 62 – o que quer dizer que *a mesma designação se aplica ora ao gênero, ora a uma de suas espécies*.

b) – No direito brasileiro, com a habitual ressalva dos casos previstos em normas especiais, a necessidade do litisconsórcio funda-se na existência de comunhão de direito quanto ao objeto da demanda; no direito alemão, tal circunstância, por si só, não torna necessário o litisconsórcio, nem na acepção de indispensável, nem na de sujeito ao regime especial.

c) – Não é lícito transpor para o nosso sistema, pura e simplesmente, afirmações feitas pela doutrina alemã no tocante ao “litisconsórcio necessário”, sem verificar,

13 POLLAK, *System des Österreichischen Zivilprozessrechts*, 2.^a ed., 1932, pág.200; WOLF, *Grundriss des Österreichischen Zivilprozessrechts*, 2.^a ed., 1947, pág. 125; PETSCHKE, *Der Österreichische Zivilprozess*, atualizado por STAGEL, 1963, pág. 302.

14 No sentido do texto, PONTES DE MIRANDA, ob. e t. cit., pág. 351; CALMON DE PASSOS, *Do litisconsórcio no Código de Processo Civil*, 1952, pág. 54; id., *Da Revelia do Demandado*, 1960, págs. 64 e segs. ALITER, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2.^a ed., 1962, vol. II, págs. 241-2; MOACIR AMARAL SANTOS, *Direito Processual Civil*, 1.^a ed., 1962, vol. II, pág. 18; GUILHERME ESTELITA, *Do litisconsórcio no direito brasileiro*, 1955, págs. 345-347; LUÍS RODOLFO DE ARAUJO JUNIOR, *Do litisconsórcio necessário passivo em mandado de segurança*, 1964, pág. 97; e, ainda, recentissimamente, VALDEMAR MARIS DE OLIVEIRA JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I (*Teoria Geral do Processo*), 1968, págs. 267, 268.

15 LENT, ob. cit., pág. 312; LENT-JAUERNIG, ob. cit., pág. 236; NIKISCH, ob. cit., pág. 437.

pelo contexto, se a expressão está sendo usada ou não em sentido coincidente com o que a ela se dá entre nós e, ainda no caso afirmativo, se é idêntica em ambos os ordenamentos a disciplina da matéria; em particular, descabe atribuir ao litisconsórcio necessário, como efeito peculiar, a incidência do regime especial caracterizado pela “representação” de que fala o art. 90: esse regime aplica-se ao litisconsórcio *unitário*, conceito estranho à dicotomia “litisconsórcio necessário – litisconsórcio facultativo”.

**Publicado originalmente na Revista nº 10 jan./abr. 1970, p. 77.*

A DURAÇÃO DOS PROCESSOS: ALGUNS DADOS COMPARATIVOS

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA*

1. É generalizada a convicção de que os processos judiciais duram bem mais do que seria razoável. Infelizmente, no Brasil, não se pode ir muito além desse impreciso lugar-comum. Convém pôr de lado as exemplificações anedóticas, do tipo “*Minha tia é parte num processo que se arrasta há mais de vinte anos*”: de lamentações assim nada se extrai que abra caminho ao melhor conhecimento da situação, e ainda menos que sirva de indicação terapêutica. O diagnóstico precisaria basear-se em dados objetivos, colhidos na realidade do foro e tratados estatisticamente com boa metodologia.

Poucos são os que entre nós se interessam pelo assunto. As estatísticas judiciárias ou inexistem, ou não recebem a necessária divulgação, ou não se mostram confiáveis. Quem deseje obter dados sobre duração de processos e de recursos tem de contentar-se, ainda, com os ministrados por fontes nem sempre merecedoras de crédito.¹ Os resultados de qualquer pesquisa, nesse terreno, costumam ser fragmentários, quando não incoerentes, e portanto de escassa valia para fundamentar conclusões que aspirem à seriedade científica.

Fraquíssimo consolo proporciona o fato de que a deficiência não é exclusivamente brasileira. Com efeito, não é: mesmo em países do primeiro mundo nem sempre se descobrem estatísticas capazes de saciar o apetite dos interessados em formar idéia menos vaga da realidade. Em matéria de duração dos processos, é comum ver indicada uma suposta média, sem especificações. Não se fica sabendo ao certo em que área se colheu o dado; ora, é evidente que, caso se tenham levado em conta, de cambulhada, as mais diversas espécies de pleitos, o resultado final pode ser bem pouco significativo.

2. Feita essa importante ressalva, cabe prevenir contra a tendência, algo masoquística, a supor que a mazela da demora excessiva é peculiar à Justiça brasileira, ou que o Brasil, no particular, ocupa posição ainda pior do que a que lhe toca em matéria de distribuição de renda. O problema, na verdade, é universal e multissecular. Em passado já longínquo, no início do século XIV, tornou-se necessária a intervenção do Papa Clemente V, a criar um procedimento sumário para determinadas causas, tão alto era o grau de insatisfação com a morosidade do processo.² Tenho assistido a dezenas de congressos internacionais sobre temas ligados à Justiça, e em praticamente nenhum deixei de ouvir queixas desse teor, oriundas de todos os quadrantes.

* JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Professor na Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJRJ.

1 Atente-se nas judiciosas observações de MONIZ DE ARAGÃO, “Estatística judiciária”, in *Rev. For.*, vol. 365, pp. 7 e segs.

2 Sobre os antecedentes e a significação da famosa *Clementina Saepe*, v.g., ENGELMANN, in *A History of Continental Civil Procedure*, trad. de Wyness Millar, Nova Iorque, 1969, pp. 494 e segs.

É claro que isso não nos fornece pretexto para nos conformarmos com a situação ruim. Mas pode dispensar-nos de somar ao das preocupações legítimas o peso de um complexo de inferioridade que, sem melhorar em nada o panorama, só faz mergulhar-nos no poço de uma improdutiva depressão.

3. Sem prejuízo da advertência feita de início, sobre a relatividade dos dados disponíveis, não será de todo inútil examinar alguns que se consegue coligir em fontes européias e norte-americanas, e que nos permitem formar uma idéia, se bem que aproximativa e generalíssima, da realidade. No velho continente, dentre os países pesquisados, mais confortável parece a situação na França e na Alemanha.

Naquela, o *Annuaire Statistique de la Justice*, com relação ao período 1995-1999, aponta uma duração média de 9,1 meses para as causas que se processam perante os *tribunaux de grande instance*,³ órgãos dotados, na primeira instância, de competência comum, isto é, competentes para todos os feitos que não sejam expressamente atribuídos a outro órgão. Número igual, com relação ao ano de 2001, vê-se em conferência pronunciada em dezembro de 2003, durante simpósio realizado em Florença, sobre as reformas do processo civil no plano do Direito comparado, por ilustre professora da Universidade Jean Moulin, de Lyon.⁴

Pouco mais de 9 meses para o primeiro grau de jurisdição é marca que não soa mal a ouvidos brasileiros. Todavia, a mesma conferência supracitada informa que a França tem sofrido reiteradas condenações da Corte Européia de Direitos Humanos, sobretudo – embora não apenas – pela demora pouco razoável para chegar à sentença.⁵ Adite-se que a grande massa dos litígios entre os administrados e a Administração Pública compete, no ordenamento francês, aos chamados tribunais administrativos, que não integram a estrutura judiciária; e neles se afigura bem maior a duração dos processos: estatística mencionada em obra doutrinária de grande autoridade indica média de 20,2 meses na primeira instância.⁶ Ora, é sabido que, em nosso país, considerável percentagem dos pleitos se compõe de litígios entre particulares e entidades públicas; a essa luz, será o caso de redimensionar-se a vantagem atribuída à França.

Na Justiça civil alemã, os órgãos comuns de primeira instância são o *Amtsgericht* e o *Landgericht*, que dividem entre si a competência de acordo com vários critérios, entre eles o do valor da causa, consoante o qual se atribuem ao *Amtsgericht* as causas de valor até 5.000 euros, ao *Landgericht* as de valor superior.⁷ A crer-se em dados estatísticos atinentes ao período de 1998 a 2000, terminavam dentro de 1 ano 94% dos processos instaurados perante os *Amtsgerichte*, e entre 85% e 86% dos instaurados perante os *Landgerichte*.⁸ As tabelas consultadas não esclarecem se todos esses feitos receberam sentença depois de percorrer até o fim o itinerário comum, ou se aí também se incluem os encerrados de outro modo, por exemplo mediante acordo das partes.

3 Fonte: *Annuaire Statistique de la Justice*, ed. 2001, in www.justice.gouv.fr/publicat/docfrann01.htm, consultada em 25.2.2004.

4 FERRAND, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*, nota 30 (texto ainda não publicado na data em que se escreve, e fornecido gentilmente pela autora, via internet).

5 *Id.*, *ibid.*, nº 7. De acordo com informação fidedigna, a Corte, se bem que não fixe prazos em termos rígidos, tem considerado razoável a duração de 3 anos para a primeira instância, de 2 anos para a segunda e de 18 meses para o procedimento perante o tribunal supremo (COLVIN, VIGORITI, “*Transnational Civil Proceedings in Italy*”, in *Civil Justice Quarterly*, vol. 23 (2004), p. 55).

6 VINCENT, GUINCHARD, MONTAIGNER, VARINARD, *Institutions judiciaires*, 7ª ed., Paris, 2003, p. 551.

7 *Gerichtsverfassungsgesetz* (Lei de Organização Judiciária), §§ 23, nº 1, e 71, 1ª parte. Cf. MUSIELAK, *Grundkurs ZPO*, 6ª ed., Munique, 2002, p. 23.

8 Fonte: *Statistisches Jahrbuch 2002 für die Bundesrepublik Deutschland*, p. 342.

No extremo oposto do espectro, por assim dizer, situa-se a Itália - curioso paradoxo, a tomar-se em consideração o fato de que a doutrina italiana constitui um dos cumes da ciência processual, com profunda influência no mundo latino em geral e no Brasil em particular. Mas lá é crônica a lentidão dos processos. No relatório sobre a administração da Justiça, apresentado pelo Procurador-Geral junto à *Corte di Cassazione*, na inauguração do ano judiciário de 2003,⁹ lê-se que a preocupante situação configura “crise que existe e perdura já há muitos decênios”. Não destoia o relatório mais recente, datado da inauguração do ano judiciário de 2004: a Justiça italiana está “inegavelmente ainda em crise, sobretudo por causa de sua escassa eficiência e da excessiva duração dos processos”.

Reforma legislativa de 1991 introduziu juízo monocrático de primeiro grau (denominado *giudice di pace*); e os processos instaurados perante esse órgão - cuja competência, vale ressaltar, se limita quase exclusivamente às “pequenas causas” - duram bem menos que os atribuídos aos outros juízos de primeira instância. O ritmo dos restantes, porém, não dá sinais de ter experimentado melhora sensível,¹⁰ de modo que o panorama global permanece carregado de nuvens. À luz do relatório de 2003, a duração média dos pleitos, em primeiro grau de jurisdição, seria de 337 dias (quer dizer, pouco mais de 11 meses) no âmbito dos *giudici di pace*, mas triplicaria no dos *tribunali*; noutra passagem, fala-se de uma duração média superior a 3 anos. O relatório de 2004 informa que, nos processos de competência dos *tribunali*, ela decresceu de 953 dias para 879 dias, isto é, cerca de 2 anos e 5 meses; em compensação, houve ligeiro aumento no campo dos processos realizados perante o *giudice di pace*, onde aquela duração, em todo caso, continua inferior a 1 ano. Segundo fonte fidedigna, só em 2002 a Itália foi condenada pela Corte de Estrasburgo, por excesso de demora na prestação jurisdicional, nada menos de 289 vezes, muitas das quais em processos civis.¹¹

4. Merece exame em separado o caso da Inglaterra. Até alguns anos atrás, embora tida como de boa qualidade, a Justiça inglesa, no consenso dos especialistas, era lenta e muito cara. Eminentemente magistrado, com característico toque de humor, comparou o processo civil ao jogo de *cricket*, para atribuir a ambos os qualificativos de “*slow and boring*”.¹² Com referência ao ano de 1990, fonte autorizada apontava uma distância média de 145,3 semanas (ou sejam, 2,78 anos) entre o começo e a extinção do processo, quer chegasse, quer não (como ocorria na maior parte dos casos), à sessão de julgamento (*trial*).¹³

De algum tempo para cá, o sistema começou a passar por modificações importantes. As reformas culminaram com a edição de um código de processo civil - novidade digna de nota em ordenamento tradicionalmente avesso à codificação -, cujas diretrizes discrepam em pontos capitais daquelas a que antes obedecia o

9 Agradeço ao ilustre colega e amigo SERGIO CHIARLONI, professor da Universidade de Turim, a gentileza da remessa do texto, via internet.

10 Em conferência de dezembro de 2003, pronunciada no mesmo simpósio acima referido, sob o título *Recent and Current Reforms of Civil Procedure in Italy*, averba TARUFFO que “*the introduction of the justice of the peace had some impact upon the delay, but only in small claims cases*” (devo também à cortesia do autor, professor da Universidade de Pavia, o conhecimento do texto, ainda não publicado na presente data, e transmitido via internet).

11 O dado consta da conferência mencionada em a nota anterior.

12 LIGTHMAN, “*The Civil Justice System and Legal Profession - The Challenges Ahead*”, in *Civil Justice Quarterly*, vol. 22 (2003), p. 236.

13 ZUCKERMAN, *Comparative Analysis of the Reform of Civil Procedure*, relatório para o simpósio de Tóquio, de 1992, no volume *The International Symposium on Civil Justice in the Era of Globalization*, Tóquio, 1993, p. 168.

direito inglês. A principal inovação consistiu em deslocar para o órgão judicial o controle do andamento do feito, antes deixado em larga medida nas mãos das partes, ou melhor, de seus advogados.¹⁴ Tais diretrizes inspiraram-se amplamente nos relatórios elaborados por ilustre magistrado, Lord Woolf, mediante designação do *Lord Chancellor*, acerca da situação da máquina judiciária inglesa. Sob a denominação de *Civil Procedure Rules*, o código entrou em vigor em abril de 1999 e, conforme depoimentos dignos de crédito, vem produzindo impacto benéfico na realidade forense inglesa, notadamente no que tange à demora dos processos.¹⁵

De acordo com estatística oficial, divulgada pelo *Department for Constitutional Affairs*, a duração média dos pleitos que se estendem até o *trial*, no período anterior às *CPR*, havia atingido, em 1997, 639 dias (mais de 21 meses), ao passo que no biênio 2000-2001 caiu para 498 dias (cerca de 16 meses e meio). A mesma fonte informa que, após a entrada das *CPR* em vigor, 51% dos processos que chegaram até o *trial* duraram menos de um ano.¹⁶ Parece, assim, que a Inglaterra está saindo de uma posição desconfortável para aproximar-se, conquanto ainda à distância, dos países mais bem situados na Europa.

5. É oportuno abrir item específico para os Estados Unidos. De início, cumpre advertir que nesse país, além do sistema judiciário federal, existem nada menos de cinquenta sistemas estaduais, com características nem sempre muito semelhantes. Reunir e comparar dados sobre todos eles seria tarefa ingente. Não surpreende que os estudiosos concentrem sua atenção, de hábito, na Justiça Federal. Mas isso inevitavelmente lança uma sombra no retrato que a respectiva análise oferece: com efeito, há Estados, como o de New York, cujo movimento forense ultrapassa de muito, só ele, o de todos os órgãos judiciários federais somados.¹⁷

Impregnados que estamos da idéia de uma onímoda eficiência em tudo quanto fazem os norte-americanos, inclinamo-nos em geral a estender essa imagem ao funcionamento do Judiciário. Os dados disponíveis, entretanto, a começar pelos que se colhem na literatura especializada, não confortam irrestritamente a suposição. Segundo informações coincidentes, em dois livros publicados há pouco mais de uma década, são necessários três a cinco anos para que o processo, em certos juízos, chegue ao *trial*.¹⁸ Em obra mais recente, lê-se que em muitos órgãos judiciais é mister esperar quatro ou cinco anos para que uma causa seja julgada,

14 Vide, ao propósito, ANDREWS, *English Civil Procedure*, Oxford, 2003, pp. 119/21; ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, Londres, 2003, pp. 1, 34, 352, 358, 360 (onde se cita o seguinte passo do relatório final de Lord Woolf: "Ultimate responsibility for the control of litigation must move from the litigants and their legal advisers to the court").

15 Cabe registrar que, no *Foreword* do *Lord Chancellor às CPR*, se aludia à "widespread public dissatisfaction with the delay, expense, complexity and uncertainty of pursuing cases through the civil courts". Não será mero acaso que a demora aparecesse em primeiro lugar na lista...

16 Fonte: *Further Findings - A continuing evaluation of the Civil Justice Reforms - August 2002*, in www.dca.gov.uk/civil/reform/ffreform.htm, consultada em 25.2.2004.

17 Informação constante da conferência, pronunciada em dezembro de 2003 (sempre no mesmo simpósio a que acima se aludiu), por CHASE, Professor da *New York University*, sob o título *Reflections on Civil Procedure Reform in the United States: What Has Been Learned? What Has Been Accomplished?* (ainda não publicada nesta data, mas gentilmente transmitida pelo autor, via internet).

18 CARP, STIDHAM, *Judicial Process in America*, 2ª ed., Washington, 1993, p. 207; HAZARD, TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bolonha, 1993, p. 259. Da segunda obra, escrita em co-autoria por um jurista norte-americano e outro italiano (que tem pesquisado e ensinado com frequência nos Estados Unidos), há edição em inglês, publicada naquele país.

conquanto semelhante demora ocorra principalmente nos casos de julgamento por júri.¹⁹

A crer-se em estatísticas divulgadas, referentes à justiça federal, a duração média, nos feitos que vão até o *trial*, teria sido, em 2002, de 21,8 meses e, em 2003, de 22,5 meses.²⁰ Na mesma fonte colhe-se outro dado merecedor de atenção: vem girando em torno de 13% do total o número de processos que duram mais de 3 anos na primeira instância: 12,2% em 2000, 13,9% em 2001, 12,8% em 2002, 13 % em 2003.

Torna-se imprescindível uma ressalva: na prática, baixa é a percentagem dos pleitos que percorrem todo o itinerário previsto; grande parte deles extingue-se a meio caminho, principalmente por acordo das partes.²¹ Isso decerto explica o notável decréscimo da duração média, quando se leva em conta a totalidade dos feitos extintos, com *trial* ou sem ele: na estatística supramencionada, com relação ao ano de 2002, o número baixa de 21,8 meses para 8,7 meses e, quanto a 2003, de 22,5 meses para 9,3 meses. Justificada, ao que tudo indica, é a freqüente conjectura de que muito contribui para a tendência à solução consensual – nas várias modalidades do fenômeno conhecido como ADR (*Alternative Dispute Resolution*) – o desejo de evitar os inconvenientes do *trial*, entre os quais, sem dúvida, a demora.²²

6. Pareceria chegado o momento de oferecer dados concernentes ao direito brasileiro. Todavia, como já se registrou, sofremos de grande carência de estatísticas na matéria, e particularmente de estatísticas confiáveis. Acresce que em nosso país também coexistem numerosos sistemas judiciários estaduais com um federal, se bem que todos submetidos à mesma legislação, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos. De qualquer maneira, torna-se sumamente difícil chegar a conclusões de geral validade, e sobretudo quantificá-las. É notório, por exemplo, que no Rio de Janeiro a marcha dos processos, em primeiro grau de jurisdição, é muito mais lenta na Justiça federal que na estadual; seria arbitrária, contudo, sem dispor dos elementos necessários, qualquer tentativa de expressar numericamente o descompasso.

A Subsecretaria Judiciária do Tribunal de Justiça de nosso Estado mantém registro bastante minucioso de dados relativos ao número de feitos, à respectiva distribuição pelas várias comarcas e, dentro de cada qual, pelos diferentes órgãos, assim como ao movimento na segunda instância. À guisa de pequena amostra, sem maiores pretensões, mencionarei aqui o tempo médio de duração dos processos nas Varas Cíveis (que são os juízos de competência comum) da comarca da capital: no período de 2000-2002: ele teria sido de 410 dias, isto é, cerca de 13,7 meses. A marca não se afigura ruim, mesmo no confronto com a de alguns países do primeiro mundo; seria até brilhante, se comparada com a italiana... Mas é claro que na avaliação se impõem todas as reservas possíveis e imagináveis. Por outro lado, provavelmente variarão muito os números nas comarcas do interior do Estado, tão diversificadas em suas características, inclusive na intensidade do movimento forense.

19 FRIEDENTHAL, KANE, MILLER, *Civil Procedure*, 3ª ed., 1ª tiragem, St. Paul, 2001, p. 472.

20 Fonte: *U.S. District Court – Judicial Caseload Profile*, in www.uscourts.gov/cgi-bin/cmsd2003.pl, consultada em 25.2.2004.

21 Cf. CARP, STIDHAM, ob. e lug. cit.: “most cases are settled without resort to a full-fledged trial”; HAZARD, TARUFFO, ob. cit., p. 122, onde se noticia que mais de 90% dos litígios recebem solução consensual antes do momento em que viriam a ser julgados.

22 Vide, por exemplo, CARP, STIDHAM, ob. cit., p. 208; FRIEDENTHAL, KANE, MILLER, ob. cit., p. 474; TEPLY, WHITTEN, *Civil Procedure*, 2ª ed., Nova Iorque, 2000, p. 16; NOLAN-HALEY, *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul, 1992, p. 4.

7. Ocupei-me até aqui do procedimento de primeira instância. Em matéria de recursos, aumenta a dificuldade da análise, em razão da extrema diversidade entre os ordenamentos e, mesmo dentro de cada qual, entre os vários procedimentos recursais. No direito brasileiro, por exemplo, não tem sentido somar dados referentes ao agravo (recurso cabível contra as decisões não finais de primeiro grau) e à apelação (recurso cabível contra a sentença), tão grande é a diferença das respectivas características e, por conseguinte, o tempo presumivelmente necessário para o processamento e julgamento de um e de outra. Qualquer “média” que se apontasse careceria de significação.

Ademais, afiguram-se menos difundidos, à luz de minha parca experiência, os dados atinentes ao campo recursal. Eles são referidos aqui e ali, em regra com menor sistematização, e devem ser vistos como mais aleatórios. Em todo caso, das fontes consultadas emergem pontos interessantes. Por exemplo: segundo se informa na conferência da Professora FERRAND (nº 8), a duração média dos processos perante a *Cour de Cassation* – órgão de cúpula da Justiça francesa – foi, em 2001, de 24,8 meses, quer dizer, bem superior ao dobro da duração em primeira instância. O dado não deixa de ser curioso, se se tiver em mente que o número de feitos que chegam até a *Cour de Cassation* há de representar pequena percentagem do total. Quanto à Itália, ainda na mesma conferência supracitada, notícia TARUFFO que a duração média total dos pleitos, em 1996, computadas a instância da apelação e a pendência na *Corte di Cassazione*, era de 116 meses (mais de 9 anos e meio) –, a maior da Europa, no dizer do autor. Não se distancia dessa estimativa a contida em artigo também recente: média de 10 anos.²³

Infelizmente não me foi possível localizar, sobre o assunto, estatísticas brasileiras abrangentes. As tabelas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro contêm dados sobre a duração da pendência dos vários recursos, civis e criminais. Deixo aqui de lado a matéria criminal, para não exagerar na mistura, já inevitável em certa medida, de alhos com bugalhos. Focalizando o recurso civil por excelência, que é a apelação, verifica-se que o tempo médio entre a autuação e o julgamento teria sido, em 2001, de 182 dias; em 2002, de 171 dias – oscilando, pois, em torno de 6 meses. Os números não entusiasмам quem, como o palestrante, exerceu judicatura por 15 anos na 5ª Câmara Cível: durante esse tempo, uma apelação de curso normal, sem incidentes, raramente demorava mais de 2 meses naquele órgão, desde o recebimento dos autos até a publicação do acórdão. Talvez a diferença se explique em parte pelo fato de ser então menor o número de recursos; mas era também menor o número de Câmaras. A verdade é que a 5ª Câmara Cível quase sempre levava a palma às outras no que tange à rapidez – posso afirmá-lo sem jactância, por ser apenas um dentre cinco desembargadores, de sorte que o merecimento era coletivo.

Seja como for, é possível afirmar sem grande temor de erro que a situação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no particular, se apresenta bem mais confortável que a da maioria dos outros tribunais estaduais – inclusive, surpreendentemente, o de S. Paulo, onde, ao que se sabe, uma apelação costuma levar de 3 a 4 anos só para ser *distribuída* ao relator...

8. Como terá ficado evidente, esta palestra não pretendeu aprofundar o estudo do problema. Não me animei, na oportunidade, a investigar as causas da excessiva demora dos processos, nem a sugerir remédios para debelar o mal. Isso fica para

²³ COLVIN, VIGORITI, trab. e lug. cit. (*supra*, nota 5).

outra vez, se ainda houver alguém disposto a ouvir-me. O que desejei, aqui e agora, foi simplesmente indicar o caminho para assentar as bases de um tratamento sério do assunto.

Estou persuadido de que qualquer estratégia produtiva necessariamente partirá do diagnóstico tão exato quanto possível da situação atual. Para tanto precisamos de pesquisas empíricas bem conduzidas e de estatísticas feitas com adequação metodológica. Não podemos continuar a raciocinar em função de meras impressões – ou, se preferirem, de meros “palpites”. O impressionismo, já disse e repito, por mais saborosos frutos que haja produzido na arte, em direito constitui praga a ser combatida com o máximo vigor.

No entanto, para que se tenha uma idéia das dificuldades e frustrações a que se sujeita qualquer empreendimento tendente a suprir a carência, recordo episódio ocorrido há vários anos, quando ainda exercia a judicatura no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Por sugestão minha, uma equipe de funcionários, sob a direção do Desembargador Felipe Miranda Rosa, que à condição de magistrado unia a de sociólogo, realizou pesquisa junto às Varas Cíveis da Comarca da Capital, com o modesto propósito de apurar a duração dos feitos de procedimento ordinário e do então chamado procedimento sumaríssimo (hoje, sumário), ao longo das diversas etapas do *iter* processual (da distribuição da inicial ao despacho que ordenava a citação, daí até a efetivação da diligência, no procedimento ordinário da resposta do réu até o “despacho saneador”, e assim por diante). Parecia-nos indispensável a colheita desses dados para identificar os pontos de estrangulamento, em que mais demorava o percurso. Pois bem: o primeiro obstáculo era a resistência dos cartórios à exibição dos autos de processos findos, para as necessárias anotações; temia-se que o projeto encobrisse a intenção de punir responsáveis pelo retardamento... Afinal, a muito custo, concluiu-se o levantamento e elaborou-se um relatório, ilustrado com as conhecidas figurações estatísticas. O Presidente do Tribunal mandou publicá-lo no *Diário Oficial* – o que, em última análise, era um modo de conservá-lo praticamente inédito... Mas tomaram-se outras providências no sentido de divulgar os resultados: arranjou-se uma entrevista para jornal de grande circulação, que a publicou em lugar de relevo, e enviaram-se cópias do texto a diferentes órgãos e instituições que se presumia terem interesse na matéria: outros tribunais, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Instituto dos Advogados Brasileiros, associações de magistrados *etc.* A entrevista caiu no vazio: ninguém que a tenha lido se manifestou. E, quanto aos destinatários das cópias, nenhum teve sequer a gentileza de acusar o recebimento. Obviamente, teríamos preferido críticas severas a esse gelado silêncio. Costumo dizer que o trabalho teve repercussão comparável à de um tiro em massa de pastel...

É com satisfação que registro, para terminar, uma novidade auspiciosa. No Banco de Dados do Poder Judiciário, a que se tem acesso no *site* do Supremo Tribunal Federal, não constam, por enquanto, números relativos à duração de processos e recursos. Em data recente, porém, a Resolução nº 285, do Presidente da Corte,²⁴ instituiu um regimento que dá nova sistemática à matéria e amplia o elenco de itens que devem ser armazenados no Banco. Entre eles, figuram os chamados “indicadores judiciários”, nos quais se incluem o “tempo médio para o julgamento final na instância, contado do recebimento do processo” e o “tempo médio da data do julgamento até a publicação da sentença ou acórdão”. Se e quando se implementar o programa, e caso

²⁴ Publicada no *Diário da Justiça* da União, de 24.3.2004, p. 1.

atendidas as regras da boa técnica, teremos acendido uma luz nas trevas em que até agora vive mergulhado o assunto. Para quem, como o autor da palestra, tem batido com insistência nessa tecla, ao longo de décadas, é um consolo verificar que a cúpula do Poder Judiciário afinal despertou para a necessidade imperiosa de abandonar o regime de “vão cego” por tanto tempo dominante.

Março de 2004.

**Publicado originalmente na Revista nº 20 jul./dez. 2004, p. 117.*

APONTAMENTOS PARA UM ESTUDO SISTEMÁTICO DA LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA*

1. De três modos pode alguém assumir a posição de parte num processo: tomando a iniciativa de instaurá-lo; sendo chamado a juízo para ver-se processar; ou intervindo em processo já iniciado entre outras pessoas. A simples presença em juízo não basta, contudo, para dar a quem quer que por uma dessas vias se haja tornado parte o direito de esperar que o processo, ao menos no que lhe concerne, atinja desfecho normal e produza resultado útil, mediante o exercício pleno da função jurisdicional, a culminar na emissão de sentença definitiva, apta, com a formação da coisa julgada, a estabelecer em termos incontrovertíveis a disciplina da situação jurídica litigiosa¹. Abstraindo, para comodidade da exposição, de outros requisitos, que não vêm ao caso, é indispensável, a fim de que isso possa ocorrer, que a parte, além de ter assumido *de fato* tal posição, seja *legitimada* a assumi-la.

Convém, pois, antes de mais nada, precisar o conceito de legitimação. Para todo e qualquer processo, considerado em relação à lide que por meio dêle se busca compor, cria a lei, explícita ou implicitamente, um esquema subjetivo abstrato, um modelo ideal que deve ser observado na formação do contraditório. Êsse esquema é definido pela indicação de determinadas situações jurídicas subjetivas, às quais se costuma chamar *situações legitimantes*². A cada uma das partes, no modelo legal, corresponde, em princípio, uma situação legitimante. Há, assim, necessariamente, uma situação legitimante ativa, que corresponde ao autor, e uma situação legitimante passiva que corresponde ao réu, além de outras eventuais situações legitimantes, que correspondem aos diversos possíveis intervenientes. O esquema naturalmente se complica na hipótese de existir, para a mesma e única posição no processo, uma pluralidade de situações legitimantes; aqui, no entanto, sempre *commoditatis causa*, pode-se por ora prescindir dessa eventualidade.

Denomina-se *legitimação* a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir. Diz-se que determinado processo se constituiu entre partes legítimas quando as situações jurídicas das partes, sempre consideradas *in statu assertionis* – isto é, independentemente da sua efetiva ocorrência, que só no curso do próprio processo se apurará –, coincidem com as respectivas situações legitimantes. Outra maneira de expressar o mesmo fato consistiria em dizer que no processo o contraditório se instaurou regularmente. “Processo de contraditório regularmente instaurado” é expressão equivalente a “processo cujas partes são legítimas”.

* Professor na Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJRJ.

1 Aqui só cogitamos, obviamente, do processo *de conhecimento*. Muito embora os conceitos fundamentais permaneçam invariáveis, o problema da legitimação no processo de execução apresenta características peculiares, que desaconselham o tratamento conjunto, ao menos em estudo de proporções modestas como as dêste.

2 Sobre o conceito de “situação legitimante”, em seu alcance *genérico* e em sua relevância especificamente *processual v.*, na doutrina recente, MONACCANI, *Azione e legittimazione*, 1951, págs. 127, 306 e segs.

Em regra, a situação legitimante é definida pela própria situação jurídica que se submete ao órgão judicial como objeto do juízo, vista no seu duplo aspecto ativo e passivo. Assim, por exemplo, em processo destinado à cobrança de um (suposto) crédito, a situação legitimante ativa resulta da qualidade (afirmada) de credor, e a situação legitimante passiva da qualidade (afirmada) de devedor. Representando por C a situação jurídica de credor, por D a situação jurídica de devedor, por A a situação jurídica que o autor se atribui, e por R a situação jurídica que o autor atribui ao réu, o processo ter-se-á constituído entre partes legítimas – ou, o que é dizer o mesmo, o contraditório estará regularmente instaurado – se tivermos $A = C$ e $R = D$. Pouco importa que afinal se venha a negar a existência do crédito: a regularidade do contraditório, ou a legitimidade das partes, não tem como consequência necessária o acolhimento do pedido, mas apenas – desde que satisfeitos os outros requisitos – a emissão de *uma* sentença de mérito, neste ou naquele sentido.

Por vêzes em atenção a motivos especiais de conveniência confere a lei eficácia legitimante a situação subjetiva *diversa* da que se submete, como objeto do juízo, à apreciação do órgão judicial. Êsses casos, que são excepcionais, fundam-se quase sempre na existência de um vínculo entre as duas situações, considerado suficientemente intenso, pelo legislador, para justificar o fato de autorizar-se alguém, que nem sequer se afirma titular da *res in iudicium deducta*, a exigir do juiz um pronunciamento sôbre direito ou estado alheio. É o que sucede – para nos cingirmos, por ora, a um único exemplo – na hipótese de que trata o art. 289, III, do Código Civil, segundo o qual cabe ao marido exercitar as ações relativas aos bens dotais, ainda que o respectivo domínio pertença, exclusivamente, à mulher.

Quando a situação legitimante coincide com a situação deduzida em juízo, diz-se *ordinária* a legitimação; no caso contrário, a legitimação diz-se *extraordinária*. Ali, a regra concreta que se vier a formular na sentença incidirá diretamente sôbre a esfera jurídica *do próprio legitimado*; aqui, incidirá *diretamente* sôbre a esfera jurídica *de outra pessoa*, ou *de outras pessoas*, conquanto possa, por via *indireta*, atingir a esfera do legitimado, e até seja tal a razão mais comum de reconhecer-se eficácia legitimante à situação subjetiva dêste. O legitimado ordinário deve encontrar na sentença a disciplina da sua própria situação; o legitimado extraordinário, a disciplina de situação alheia, talvez suscetível de repercutir na sua.

2. Em certo número de casos, a legitimação extraordinária confere ao respectivo titular a possibilidade de atuar em juízo com total independência em relação à pessoa que ordinariamente seria legitimada, e em posição análoga à que a esta caberia se ordinário fôsse o critério adotado pela lei para definir a situação legitimante. Pode falar-se, em tais hipóteses, de legitimação extraordinária *autônoma*. Nelas, o contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário.

Noutros casos, apenas o titular da própria situação jurídica objeto do juízo pode ajuizar a pedido, ou só contra êle pode dirigir-se a demanda. A presença do legitimado ordinário é, assim, indispensável à regularidade do contraditório. Entretanto, uma vez instaurado o processo, reconhece-se aos titulares de situações subjetivas diversas a possibilidade de participarem dêle, assumindo posições acessórias, ao lado do autor ou do réu. Êste tipo de legitimação extraordinária, a que se pode chamar *subordinada*, tem eficácia menos ampla que a anterior: não habilita o respectivo titular nem a demandar nem a ser demandado quanto à situação litigiosa, mas unicamente a deduzi-la, ativa ou passivamente, *junto com* a legitimada

ordinária, em processo já instaurado por êste ou em face dêste, e na qual aquêle se limita a *intervir*.

O primeiro grupo de casos comporta subdivisões. Às vêzes, atribuindo a uma pessoa legitimação extraordinária para atuar, em juízo com referência a determinada situação jurídica de que ela não é titular, reserva-lhe a lei, *com exclusividade*, a posição processual que ordinariamente pertenceria ao titular da situação litigiosa. Em outras palavras: não considera regularmente instaurado o contraditório sem a presença do legitimado extraordinário, ainda que a posição a êste conferida esteja sendo ocupada pela pessoa a quem tocara a legitimação ordinária. Suponhamos, por exemplo, que a mulher, sòzinha, propusesse ação referente a bem dotal, de sua propriedade; salvo hipóteses excepcionais, o processo não poderia atingir sua normal e eficaz consumação, devendo o juiz encerrá-lo sem decisão de mérito. Diz-se que o marido tem, aí, legitimação extraordinária autônoma e *exclusiva*, não no sentido de que a sua habilitação para agir impeça totalmente a mulher de figurar no processo, mas no de que a *exclui* da posição de parte *principal* que em princípio lhe caberia, tornando-lhe a presença irrelevante e, mais do que isso, insuficiente para a regular instauração do contraditório. A mulher será legitimada unicamente a *intervir*, como parte *accessória* junto do marido³.

De outras vêzes, mais numerosas, a legitimação extraordinária não cancela a legitimação ordinária do titular da situação jurídica litigiosa, nem lhe produz o *rebaixamento de nível* que se explicou no parágrafo anterior. Tão sòmente *concorre* com ela, tornando indiferente, para a verificação da regularidade do contraditório, que no processo figure apenas o legitimado extraordinário, apenas o ordinário, ou ambos. Dir-se-á, então, que a legitimação extraordinária é autônoma e *concorrente*.

Vejamos dois exemplos. A declaração da nulidade de casamento contraído perante autoridade incompetente pode ser requerida em juízo dentro do prazo de dois anos, não só por qualquer dos próprios cônjuges, mas também por outros interessados e pelo Ministério Público, salvo se já houver falecido algum dos cônjuges (Código Civil, art. 208 e parágrafo único). Os outros interessados e o Ministério Público são legitimados extraordinários: não têm a titularidade da situação jurídica deduzida; mas cada um pode agir por si só, e a demanda que qualquer dêles ajuíze é idônea – satisfeitos os outros requisitos – para provocar a definição judicial da espécie, precisamente como o seria a demanda ajuizada por um dos cônjuges. A ação de responsabilidade civil contra os diretores da sociedade por ações, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio, compete à própria sociedade, mas, se esta não a propuser dentro de seis meses, a contar da data da primeira assembléia geral ordinária, qualquer acionista ficará habilitado a promovê-la (Decreto-lei n.º 2.627, de 26-9-1940, art. 123). A legitimação do acionista é igualmente extraordinária, pois titular do crédito, se existe, é apenas a sociedade; pode aquêle, no entanto, agir por si, sem que esta necessariamente figure no processo.

O confronto entre as duas hipóteses revela, em todo caso, a existência de uma diferença. Na primeira, qualquer dos legitimados extraordinários tem qualidade para *desde logo* instaurar autônomoamente o processo, sem que se lhes imponha esperar, durante certo tempo, pela iniciativa do legitimado ordinário. Na segunda, ao contrário, enquanto não esgotado *in albis* o prazo da lei, não se lhes faculta o acesso à via judicial; a rigor, êles sòmente se legitimam após o térmo *ad quem*, se a legitimada

³ Adiante se precisará que *posição* deve tocar, no processo, à mulher, legitimada *ordinária*: v. item 4 e nota 7, *infra*.

ordinária permaneceu omissa, e caso, antes disso, algum proponha a demanda, o contraditório não será regular. Se se quiser assinalar terminologicamente a distinção, poderá dizer-se que, ali, a legitimação extraordinária autônoma é concorrente e *primária*; aqui, é concorrente e subsidiária.

3. A ocorrência das hipóteses de legitimação extraordinária *autônoma* dá ensejo à manifestação de fenômeno aparentemente esdrúxulo, consistente na formação de processo em que o contraditório se reputa regularmente estabelecido entre pessoas que, de um ou de ambos os lados, embora atuando em nome próprio, não são titulares da *res in iudicium deducta*. Esse fenômeno tem sido estudado pela doutrina sob o *nomen iuris* de *substituição processual*⁴. No rigor da lógica, a denominação parece unicamente adequada aos casos de legitimação extraordinária autônoma *exclusiva*: só nesses, com efeito, é que a lei na verdade *substitui* o legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, se por *substituir* se entende *retirar* coisa ou pessoa de determinado lugar para aí colocar outra. Fora deles, pode até acontecer que, no mesmo processo, figurem simultaneamente, em posições *equivalentes*, o legitimado ordinário e o extraordinário: pense-se, *v.g.*, na possibilidade de ser proposta a ação de responsabilidade civil contra os diretores, após o decurso do prazo fixado no art. 123 do Dec.-lei n.º 2.627, *pela sociedade e por um ou mais sócios, em conjunto* – hipótese perfeitamente concebível, a supor-se, como parece razoável, que a aquisição, por estes, da qualidade para agir deixa subsistir íntegra, naquela, a mesma qualidade. Há óbvio paradoxo em considerar, aí, *substituída* a sociedade pelo sócio ou pelos sócios co-participantes. A tradição, porém, abona o uso amplo da expressão⁵.

A verificação das hipóteses de legitimação extraordinária *subordinada* pode ocasionar o aparecimento do fenômeno conhecido como *assistência*⁶. O legitimado extraordinário é, em princípio, salvo regra jurídica excepcional, livre de manter-se alheio ao processo ou de neste intervir, nascendo de tal circunstância o problema relevantíssimo – cujo exame, porém, seria aqui prematuro – de verificar se, num caso e noutro, devem ser iguais, para ele, as conseqüências. O que por ora importa fixar é que, se o legitimado extraordinário intervém, a posição que no processo lhe compete é a de *assistente* do legitimado ordinário. Também de *assistente* é a posição que cabe ao legitimado ordinário, se intervém no processo instaurado pelo (ou em face do) titular de legitimação extraordinária autônoma *exclusiva*.

O fenômeno a que acabamos de aludir é inteiramente distinto daquele que ocorre quando uma pessoa, titular de legitimação *ordinária*, intervém em processo já instaurado entre outras pessoas, assumindo posição *equivalente* à de uma delas. Isso pode acontecer em dois casos: 1.º) o processo foi instaurado por (ou em face de) outro legitimado *também* ordinário; sirva de exemplo a ação de reivindicação proposta por um dos supostos condôminos, ao qual depois outro resolva juntar-se; 2.º) o processo foi instaurado por (ou em face de) legitimado *extraordinário*, sem, que fique excluída

4 A designação, que depois se generalizou na literatura, remonta a CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, § 36 (v. págs. 596 e segs. da reimpressão de 1965). Na doutrina alemã, já KOHLER e HELLWIG haviam estudado o fenômeno, sob a denominação de *Prozessstandschaft* sugerida pelo primeiro e adotada pelo segundo: v. *System des deutschen Zivilprozessrechts*, § 72 (vol. I, págs. 66 e segs. da edição de 1968).

5 Estrema CARNELUTTI os dois casos, terminologicamente, pelo uso das expressões “substituição processual *absoluta*” e “substituição processual *relativa*”; v. *Cosa, giudicata e sostituzione processuale*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, 1942, II, págs. 27/8.

6 Não é comum na doutrina brasileira a construção da figura da assistência como forma de manifestação da legitimação extraordinária, sem o conseqüente registro da sua afinidade com a figura da substituição processual. Quanto à européia, *v.*, por todos, a recente elaboração de FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, 1964, págs. 234 e segs., com indicações bibliográficas em a nota 32.

a possibilidade de vir a figurar, também como parte principal, o legitimado ordinário; é o que se dá, *v.g.*, quando, proposta por um sócio a ação de responsabilidade civil dos diretores, sempre com fundamento no art. 123 do Dec.-lei n.º 2.627, a êle se reúne, no curso do processo, a sociedade mesma. Em ambos os casos, o interveniente vem deduzir em juízo, conjuntamente com a parte primitiva, situação jurídica de que êle é titular, e com a qual coincide, pois, a situação legitimante. A posição que lhe cabe no processo, em consequência da intervenção, não é a de assistente, mas a de *litisconsorte*; chama-se à figura, por isso, *intervenção litisconsorcial*.

4. Os dados de que até aqui se dispõe já permitem uma primeira tentativa de sistematização, ainda puramente *descritiva*, das relações entre legitimado ordinário e extraordinário, quando figurem juntos, em posições paralelas, no processo. Se este se instaurou por iniciativa (ou em face) do legitimado ordinário, e só depois intervém o extraordinário, a relação que se estabelece entre aquêle e êste é relação *de parte principal a parte acessória*. Autor, ou réu, é o legitimado ordinário; o extraordinário será assistente do autor, ou assistente do réu. Se, ao contrário, figurava no processo, *ab initio*, só o legitimado extraordinário, e depois intervém, podendo fazê-lo, o ordinário, cumpre distinguir: ou a lei *deslocou* a situação legitimante ativa ou passiva, fazendo que ela deixe de coincidir com a situação jurídica objeto do juízo, e neste caso parte *principal* continua a ser apenas o legitimado extraordinário, enquanto o ordinário assume a posição de parte acessória, isto é, de *assistente* (ex: a mulher, na ação referente a bem dotal); ou a lei simplesmente *estendeu* a eficácia legitimante a outra situação subjetiva além da que, constitui o objeto do juízo, e nesta hipótese a relação que se forma é a de *litisconsórcio*: legitimado ordinário e legitimado extraordinário tornam-se *co-autores* ou *co-réus*.

Semelhante tratamento pode parecer ilógico, e até certo ponto o é no último caso, a intervenção do legitimado ordinário presumivelmente deslocaria o legitimado extraordinário da posição de parte *principal* para a de parte *acessória*, convertendo-o de autor ou de réu em mero assistente. Aí, porém, atende-se à circunstância especial de sua precedência no processo, em relação ao legitimado ordinário. No tocante às hipóteses de legitimação extraordinária *ativa*, que são as mais freqüentes, essa precedência assume significação particular, porque espelha, em regra, a maior diligência do legitimado extraordinário, que assumiu o ônus e os riscos do processo, as mais das vezes para suprir a falta de iniciativa do legitimado ordinário.

Convém, entretanto, sublinhar a índole excepcional do fenômeno em princípio, a posição que compete a alguém no processo não deve depender *do momento* em que começa a participação dêle, mas *das relações entre a sua situação subjetiva e a situação jurídica objeto do juízo*. Se, por exemplo, no processo instaurado por (ou em face de) um legitimado ordinário intervém outro legitimado também ordinário, que poderia ter proposto ou contestado a demanda, *ab initio*, junto com o primitivo autor ou réu, a posição que lhe cabe será necessariamente a de co-autor ou de co-réu, isto é, de *litisconsorte* ativo ou passivo, jamais a de assistente: assim o sócio que intervenha no processo onde outro sócio postula a anulação de deliberação da assembléia social; o condômino, no processo instaurado por (ou contra) outro condômino; o credor ou o devedor solidário, no processo em que é autor ou réu o co-credor ou o co-devedor;

7 Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., t. II, pág. 143; MOACIR LÓBO DA COSTA, *Assistência*, 1968, pág. 110.

etc. São casos, todos, de intervenção *litisconsorcial*⁸, cuja admissibilidade a lei pode subordinar a tais ou quais condições, sem que com isso se descaracterize a natureza da figura.

É também de *litisconsórcio* a relação que se estabelece entre dois ou mais legitimados extraordinários, quando a situação legitimante, diversa da situação deduzida em juízo, é comum a mais de uma pessoa, ou há uma pluralidade de situações legitimantes com a mesma característica. Assim, por exemplo, se dois ou mais sócios, com fundamento no art. 123 do Dec.-lei n.º 2. 627, se reúnem para propor a ação de responsabilidade civil dos diretores, ou se dois ou mais parentes de um dos cônjuges, autorizados por preceito legal, demandam em conjunto a anulação do casamento. Pouco importa que figurem no processo *ab initio* ou que um deles, ou vários, só no curso do feito se disponham a atuar; a intervenção, se possível, há de ser *litisconsorcial*. Nenhum é titular da *res in iudicium deducta*, mas todos se acham, quanto a ela, em situações subjetivas análogas; logo, no plano processual deve haver igualdade de posições.

Voltemos, todavia, ao exame das relações entre legitimados de classes diferentes, que constituem o tema enunciado nas primeiras linhas deste item. Já vimos o que se dá quando o legitimado ordinário e o extraordinário figuram juntos, no processo, em posições paralelas. Falta assinalar a possibilidade de que, em vez disso, assumam posições *contrapostas*. Qualquer dos cônjuges é ordinariamente legitimado para a ação de nulidade do casamento, mas pode ocorrer que, não a propondo nenhum dos dois, venha a tomar a iniciativa algum dos legitimados extraordinários. Neste caso, a demanda terá de ser ajuizada *em face de ambos os cônjuges*, aos quais pertence, em conjunto, a legitimação passiva, também ordinária. Ter-se-ão no processo: de um lado, como autor, o titular da legitimação extraordinária; de outro, como réus, os co-titulares da legitimação ordinária passiva, cada um dos quais, por si, e em face do outro, seria igualmente legitimado ordinário ativo ou passivo.

5. Há casos especialíssimos que merecem análise em separado. Um é o que se verifica quando, em atenção a prescrições do direito material, uma das partes, titular de legitimação ordinária, toma a iniciativa de convocar a juízo, para ocupar-lhe o lugar, outra pessoa, que assim se investe de legitimação extraordinária, sem que a tivesse para propor ou para contestar, por si, a demanda. O adquirente que queira promover a responsabilidade do alienante pela evicção tem o ônus de chamá-lo ao processo em que se discute sobre o direito supostamente transmitido por este àquele (chamamento à autoria). Comparecendo, assume o alienante a posição de parte *principal* (Código de Processo Civil, art. 97), enquanto ao adquirente se reconhece

8 Em contrário poderia entre nós objetar-se, *de lege lata*, com a redação do art. 93 do Código de Processo Civil. A sentença que anule, por exemplo, deliberação social, a pedido de um sócio, certamente influi na relação jurídica entre qualquer dos outros sócios e a sociedade; daí se tiraria o corolário de que a intervenção do co-legitimado ordinário é intervenção *assistencial*. As considerações feitas no texto, porém, devem prevalecer, em nossa opinião, sobre a letra do dispositivo, à qual se há de apor, em interpretação sistemática, a cláusula restritiva: “salvo quando o terceiro estiver, em face do objeto do juízo, em situação idêntica à da parte, hipótese em que no processo lhe tocará a posição de litisconsorte”. Pressupõe-se aqui, naturalmente, a essencial *diversidade* entre as duas posições, a despeito da “equiparação” a que alude, em termos cujo verdadeiro entendimento seria descabido tentar fixar numa simples nota, a parte final do art. 93; v., a respeito, nosso estudo sobre *Intervenção litisconsorcial voluntária*, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, vol. 11, págs. 40 e segs., especialmente 42/5.

apenas a possibilidade de permanecer em juízo *como assistente*⁹. Ora, é a situação subjetiva do adquirente, e não a do alienante, que constitui objeto do juízo; o que se vai decidir é se o adquirente tem ou não o direito controvertido; pois, quanto ao alienante, é pacífico que, seja como fôr, o direito não lhe pertence: ou *nunca* lhe pertenceu ou *já não* lhe pertence.

Duas notas peculiares são aí dignas de registro. A primeira é que o alienante só adquire legitimação (extraordinária) se o adquirente o chama; a sua legitimação fica condicionada a um ato do legitimado ordinário. Com efeito, omissa o adquirente, inexistirá a responsabilidade pelo dano resultante da evicção, e apenas o próprio adquirente suportará as conseqüências do processo, que não atingirão, nem sequer por via reflexa, a esfera jurídica do alienante. Nessas condições, faltar-lhe-ia a legitimação extraordinária *subordinada*; não poderia êle intervir como assistente.

A outra consiste em que, uma vez chamado, a sua legitimação extraordinária o habilita a assumir a posição de parte principal, *embora possa o legitimado ordinário continuar no processo*. Ocorre, pois, uma inversão da relação normal entre os dois legitimados, o ordinário e o extraordinário¹⁰; realmente, como já se observou, em regra a presença simultânea de ambos, em posições paralelas, atribui ao legitimado extraordinário, que interveio no processo já instaurado, a posição de simples parte acessória, permanecendo como parte principal o legitimado ordinário. Aqui, pelo contrário, a legitimação extraordinária do alienante produz na legitimação ordinária do adquirente um *rebaixamento de nível* análogo ao que se registrou quanto às hipóteses de legitimação extraordinária autônoma *exclusiva*.

Outro caso interessante é o da sucessão *inter vivos*, durante o processo, na situação jurídica litigiosa. De acôrdo com o disposto no art. 750, do Código de Processo Civil, o sucessor “pode” assumir a posição de parte, mas essa intervenção não é obrigatória: admite-se que o contraditório subsista *regularmente* entre as partes primitivas. Ora, a partir do momento em que se deu a sucessão, perdeu o transmitente, é claro, a legitimação ordinária, já que a sua situação subjetiva deixou de coincidir com a situação deduzida em juízo. Essa legitimação passou ao sucessor. Se o sucessor interveém, toma a posição de parte principal, restando talvez ao transmitente – caso a lei considere legitimante, para êsse efeito, a sua situação – a possibilidade de permanecer em juízo *como assistente* (legitimação extraordinária *subordinada*). Mas, enquanto não intervenha o sucessor, a legitimação (agora extraordinária) do transmitente habilita-o a continuar ocupando a posição de parte principal.

Confrontando-se esta hipótese com a anteriormente examinada, pode-se dizer que, no chamamento à autoria, a legitimação extraordinária do alienante depende, para configurar-se, de um comportamento *ativo* do legitimado ordinário, ao passo que, na sucessão durante o processo, a legitimação extraordinária do transmitente depende, para subsistir, de um comportamento *omissivo* do legitimado ordinário. No

9 É a *communis opinio*: v., entre outros, LIEBMAN, nota n.º 3 às *Instituições de Direito Processual Civil* de CHIOVENDA, trad., 2.ª ed., 1965, vol. II, pág. 247; JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 2.ª ed., 1958, vol. I, págs. 141, 142; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil brasileiro*, 2.ª ed., 1959, vol. II, pág. 25; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2.ª ed., 1962, vol. II, pág. 251; MOACIR AMARAL SANTOS, *Direito Processual Civil*, 1.ª ed., 1962, vol. II, pág. 33.

10 Por isso deve aceitar-se *cum grano salis* a observação de LIEBMAN, *lug. cit.* em a nota anterior, segundo a qual “o chamamento à autoria equivale, em substância, a uma provocação de assistência”. Ela seria exata se o denunciado, intervindo, assumisse a posição de parte acessória, continuando como parte principal o denunciante; mas o que sucede é precisamente o contrário.

primeiro caso, seria lícito falar de legitimação extraordinária *eventual*; no segundo, de legitimação extraordinária *residual*.

6. É variável a extensão da legitimação extraordinária. Já se registrou que, às vezes, fica o seu titular autorizado a propor ou a contestar demandas pertinentes à situação jurídica alheia, e noutras hipóteses tão-sòmente a intervir em processo já instaurado pelo (ou em face do) legitimado ordinário, para deduzi-la junto com este. Por êsse prisma contrapõem-se, de um lado, a legitimação extraordinária *autônoma*, e de outro a legitimação extraordinária *subordinada*.

O primeiro grupo de casos ainda comporta outra subdivisão. A valoração legal de uma situação subjetiva, quanto à sua eficácia legitimante para a dedução em juízo de situação alheia, pode variar conforme se trate de habilitar-lhe o titular a assumir no processo posição ativa ou passiva. Em outras palavras: pode a mesma situação ser considerada legitimante para a propositura de uma ou de várias ações, e não ser considerada tal para a defesa. O titular da situação é legitimado (extraordinariamente) no sentido *ativo*, mas não o é no sentido *passivo*; *por êle*, mas não *contra êle*, hão de ser propostas as ações relativas à situação jurídica de outra pessoa.

É a hipótese mais comum. Voltemos ainda uma vez ao exemplo tirado do art. 123, do Decreto-lei n.º 2.627. Qualquer sócio, escoado o prazo legal sem iniciativa da sociedade, tem legitimação extraordinária para demandar a responsabilidade dos diretores. Essa legitimação, porém, é só *ativa*. Se o diretor, ante a acusação de ter causado prejuízo à sociedade, quer antecipar-se e propor ação declaratória negativa, para que se estabeleça judicialmente a inexistência de sua responsabilidade, deve dirigi-la *contra a sociedade*, e não contra um dos sócios, ou vários, ou todos. *Mutatis mutandis*, é o que sucede, *v. g.*, em relação ao condômino do edifício, que tem legitimação ativa (subsidiária) para cobrar de outro condômino a multa cabível pela infração da convenção condominial (Lei n.º 4.591, de 16-12-1964, art. 21, parágrafo único, *fine*), mas não tem legitimação passiva para ser demandado por outro condômino que queira ver declarada a inexistência de débito com essa origem; em relação ao Ministério Público, nos diversos casos em que atua como substituto processual – e assim por diante.

Menos freqüente é a outorga de legitimação extraordinária tanto para agir, quanto para contestar. Sirva de exemplo o marido, contra quem se podem propor ações concernentes aos bens dotais, de propriedade da mulher, embora não se dispense a citação também desta, se real a ação (Código de Processo Civil, art. 81)¹¹. Verdadeiramente excepcional é a hipótese em que alguém se legitime (extraordinariamente) apenas para ocupar posição passiva no processo: há, no direito brasileiro, o caso do *defensor vinculi* (Código Civil, art. 222).

7. Vamos recapitular algumas das noções fixadas e sistematizá-las de um ponto-de-vista particular, o da intervenção espontânea do legitimado extraordinário em processo em curso. Vimos que tal intervenção pode ocorrer:

- a) nos casos de pluralidade de legitimados extraordinários autônomos;
- b) nos casos de legitimação extraordinária *subordinada*.

11 Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. VIII, 1955, pág. 411.

Em *a*, o legitimado extraordinário, ao intervir, assume a posição de parte *principal*, em conjunto com o outro ou os outros legitimados extraordinários que no processo já figurem. A intervenção dá-se, pois, a título *litisconsorcial*. Exemplos: intervenção do parente de um dos cônjuges no processo instaurado por outro parente para declaração da nulidade do casamento por incompetência do celebrante; intervenção do sócio no processo instaurado por outro sócio, para promover a responsabilidade civil dos diretores pela prática de determinado ato, após o decurso do semestre legal sem iniciativa da sociedade. O litisconsórcio é *facultativo*, mas *irrecusável* pelos que já participem do processo, visto existir conexão (Código de Processo Civil, art. 88, 2.^a parte); é, por outro lado, *unitário*, porque a solução que se der ao litígio há de ser uniforme em relação a todos os litisconsortes (art. 90).

Em *b*, o legitimado extraordinário assume, intervindo, a posição de parte *accessória* junto do legitimado ordinário. A intervenção é *assistencial*. Exemplo: intervenção do fiador no processo em que se discute, entre credor e devedor, a validade da obrigação afiançada; intervenção do sublocatário no processo em que se quer resilir a locação; intervenção do funcionário causador do dano no processo instaurado pela vítima para promover a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público.

Pode-se assentar a regra: a intervenção do legitimado extraordinário dá-se a título de assistência, quando a parte originária, junto da qual ele intervém, é o legitimado *ordinário*; dá-se a título de *litisconsórcio*, quando a parte originária é *outro* legitimado *extraordinário*.

Confrontemos com essas hipóteses as de intervenção do legitimado ordinário em processo em curso. Tal intervenção pode verificar-se:

- a) em processo instaurado entre legitimados *também ordinários*¹²;
- b) em processo instaurado por (ou em face de) legitimado *extraordinário*.

Em *a*, três possibilidades são concebíveis:

a.1) a situação legitimante do interveniente coincide com a situação jurídica *já deduzida* pelas partes originárias como objeto do juízo. Neste caso, a intervenção do legitimado ordinário repousa na existência de *uma* situação legitimante *comum* a êle e a alguma das partes originárias, ou de uma pluralidade de situações idênticamente legitimantes. Seu ingresso no feito dá-lhe a posição de *litisconsorte*, ativo ou passivo. O litisconsórcio é, em regra, *unitário*, mas pode ser *necessário* ou *facultativo*: se fôr *necessário*, a intervenção espontânea do co-legitimado ordinário terá vindo suprir um defeito do contraditório, até então irregularmente constituído.

Exemplos: intervenção do co-credor ou co-devedor solidário; do condômino; do sócio, no processo em que outro sócio requer a anulação de deliberação social; do credor prejudicado, no processo em que outro credor, também prejudicado, quer anular ato fraudulento do devedor.

¹² Quanto à demonstração da *licitude* dessa intervenção, no sistema do nosso vigente direito processual civil, v. nosso trabalho citado em a nota n.º 8, *fine*, págs. 47/50.

a.2) o interveniente acrescenta ao objeto do juízo *outra* situação jurídica, com a qual coincide a sua situação legitimante, e que apresenta *analogia* com a situação jurídica originariamente deduzida. Aqui, não há *unidade* de situação legitimante nem pluralidade de situações legitimantes *iguais*, mas pluralidade de situações legitimantes meramente *análogas*. A posição do interveniente é a de *litisconsorte*, como em a.1; mas o litisconsórcio é sempre *facultativo* e depende, para constituir-se, da anuência das partes primitivas, visto fundar-se na simples *afinidade de questões* (art. 88, 2.^a parte, *fine*).

Exemplos: intervenção do contribuinte, no processo instaurado por outro, a fim de pleitear, à semelhança do autor originário, a restituição de tributo indevidamente cobrado; intervenção de uma das vítimas, no processo em que outra vítima do mesmo acidente promove a responsabilidade civil dos causadores; intervenção do funcionário, no processo em que outro funcionário pleiteia determinada vantagem em face da Administração, a fim de obter para si vantagem *análoga*.

a.3) o interveniente acrescenta ao objeto do juízo *outra* situação jurídica, com a qual coincide a sua situação legitimante, e que se põe em relação não de analogia (como em a.2), mas de *incompatibilidade* com a situação jurídica originariamente deduzida. A intervenção dá-se a título de *oposição*. Exemplo: A, dizendo-se proprietário do imóvel I, intervém (como oponente) no processo instaurado entre B e C, que disputam entre si a propriedade do mesmo imóvel.

Passemos ao exame do grupo de hipóteses *sub b*). A solução varia conforme a intensidade da legitimação extraordinária autônoma da parte primitiva:

b.1) a legitimação extraordinária autônoma da parte primitiva é *exclusiva*. Então, apenas a título de *assistência* será lícito ao legitimado ordinário intervir. Exemplo: intervenção da mulher no processo instaurado pelo marido, com referência a bem dotal.

b.2) a legitimação extraordinária autônoma da parte primitiva é apenas *concorrente*. Aqui, se o legitimado ordinário pode intervir junto da parte primitiva, a posição que lhe tocará é a de *litisconsorte*. O litisconsórcio é sempre *facultativo*, mas *irrecusável*. Exemplo: intervenção da sociedade, no processo instaurado por um sócio, após o semestre legal, escoado *in albis*, para promover a responsabilidade civil dos diretores.

Abstraindo da hipótese a.3 (oposição), que corresponde a fenômeno merecedor de tratamento em separado, verifica-se que só num caso o legitimado ordinário deixa de assumir, intervindo, a posição de *litisconsorte*, isto é, de parte *principal*: em b.1, onde é *exclusiva* a legitimação extraordinária. Se confrontarmos esses resultados com os obtidos no tocante à intervenção do legitimado extraordinário, podemos enunciar a seguinte proposição, em que se sintetizam tôdas as possibilidades examinadas:

- A intervenção espontânea do legitimado ordinário é *sempre litisconsorcial*, exceto quando *exclusiva* a legitimação extraordinária da parte primitiva; a intervenção espontânea do legitimado extraordinário é *sempre assistencial*, exceto quando a sua legitimação for *autônoma e concorrente* com a de outro legitimado também *extraordinário*.

8. Riquíssima problemática, de suma relevância teórica e prática, suscita a ocorrência da legitimação extraordinária. Vamos limitar-nos a uma tentativa de enumeração, certamente incompleta, de alguns itens.

a) Em primeiro lugar, cumpriria proceder à sistematização da matéria sob o ponto-de-vista, por assim dizer, *etiológico*; isto é, averiguar as possíveis razões jurídicas que explicam a atribuição de eficácia legitimante a determinadas situações subjetivas diversas daquelas que constituem, em cada caso, o objeto do juízo. Ter-se-ia, para tanto, de passar em revista o rol dessas situações legitimantes, a fim de verificar se se pode identificar em tôdas uma nota comum fundamental, ou pelo menos se se podem reduzir a classes homogêneas, cada uma das quais caracterizada por uma nota comum fundamental. Segundo êsse programa, estudar-se-iam as *fontes* da legitimação extraordinária.

b) Em seguida, caberia distinguir as várias espécies de fontes na perspectiva da maior ou menor extensão e intensidade da eficácia legitimante. Vimos que em alguns casos a legitimação extraordinária exclui a ordinária, noutros concorre com ela, de maneira autônoma ou subordinada; e também que em alguns ela autoriza o titular a agir e a contestar ações, noutros apenas a agir, ou a contestar, noutras ainda unicamente a intervir. A essa diversidade de efeitos deve logicamente corresponder uma diversidade de causas, que seria preciso esclarecer.

c) A etapa subsequente teria por objeto a análise dos próprios efeitos e necessariamente se desdobraria em tópicos parciais, para abranger o exame de uma série considerável de questões, desde a da delimitação dos poderes atribuídos, no processo, ao legitimado extraordinário, até a da fixação das conseqüências que, para êle e para o legitimado ordinário, hajam de advir, notadamente no que tange à sentença e à coisa julgada.

**Publicado originalmente na Revista nº 9 set./dez. 1969, p. 41.*

COISA JULGADA E DECLARAÇÃO

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA*

1. Cobrirá a autoridade da coisa julgada tão só o elemento declaratório da sentença? Essa tese, que na processualística alemã vem predominando de maneira absoluta, e que entre nós acaba de receber valiosa adesão¹, remonta principalmente a HELLWIG, que a consagrou, ao raiar o século, nas páginas iniciais de sua famosa monografia sobre a essência e os limites subjetivos da coisa julgada². Fixemos, em resumo, as posições do grande jurista na matéria.

Partia êle da distinção entre duas classes de sentenças: as que se cingem a declarar autoritariamente uma situação jurídica (*Feststellungsurteile*) e as que modificam a situação preexistente, gerando efeitos jurídicos novos (*konstitutive Urteile*). Nas sentenças da segunda classe, a modificação jurídica forma o “conteúdo imediato e característico”, embora nelas também se contenha, implicitamente ao menos, a afirmação da existência do direito à modificação. Tal direito, porém, ao transitar em julgado a sentença, realiza-se e, do mesmo passo, exaure-se. Daí em diante, nela já não se poderá fundar a alegação de que o direito *existe atualmente* senão apenas a de que êle *existia*, e por isso a modificação se consumou de maneira legítima.

Apresenta a sentença constitutiva, pois, um conteúdo declaratório, que em regra só vale para as partes. Já a modificação jurídica produz-se em face de todos³. Na sentença condenatória ocorre fenômeno análogo: ela igualmente contém uma declaração (da obrigação de prestar) e outro elemento, a ordem de prestar (*Leistungsbefehl*), de que deflui para o vencedor a pretensão à execução (*Vollstreckungsanspruch*). Também a sentença condenatória, destarte, realiza uma modificação jurídica, o que permite equipará-la à constitutiva; e, assim como nesta, a modificação vale *erga omnes*, enquanto a declaração, de ordinário, apenas *inter partes*.

Em que consistia para HELLWIG, precisamente, o particular efeito só ligado ao elemento declaratório da sentença? Na indiscutibilidade ou incontestabilidade (*Unbestreitbarkeit*) de que se reforça a declaração a partir do trânsito em julgado, e que a torna vinculada para todos os juízes⁴. Eis aí, no pensamento do autor, a essência da coisa julgada (material).

* Professor titular interino de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara. Procurador do Estado da Guanabara.

1 CELSO NEVES, *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, São Paulo, 1970, págs. 443 e segs. (da Conclusão n.º 7, na pág. 505). Já antes, no mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.ª ed., vol. II, págs. 378/80, 444/6, etc.; *id.*, *Tratado das ações*, São Paulo, 1970, t. I, págs. 163, 182/4, etc.

2 *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, 1967 (reimpressão da edição de 1901), págs. 1 e segs.

3 Cf. este passo da pág. 18: “Eine solche Wirkung kann sich aber nicht auf die Prozessparteien beschränken. Ist ein Recht entstanden oder untergegangen, so muss dies jedermann gegenüber gelten (Semelhante efeito, porém, não pode limitar-se às partes do processo. Se um direito nasce ou perece, isso deve valer em face de todos)”.

4 V. sobre o ponto, principalmente, págs. 12 e 18/19.

2. Ora, à elaboração de HELLWIG parece subjazer uma premissa implícita que nos atreveríamos a considerar como não cabalmente justificada. Se a *auctoritas rei iudicatae* consiste na incontestabilidade do *decisum*, e se dela unicamente se reveste o elemento declaratório da sentença, deveria existir na própria natureza da declaração algo que não existisse na natureza da modificação, e que postulasse para a primeira, com exclusão da segunda, a aptidão para tornar-se incontestável. Mas que pode haver de específico a tal respeito numa declaração, em confronto com uma modificação? Por que há de convir à declaração e não convir à modificação, o atributo da incontestabilidade?

Dir-se-á que a declaração judicial de uma situação jurídica traz consigo, necessariamente, a certeza oficial de que a situação declarada, aos olhos do ordenamento, é tal qual se declarou, e não outra. Em palavras talvez mais exatas: a certeza da disciplina a que deve submeter-se a situação jurídica declarada. Não faltará quem recorde, ao propósito, a estrutura do *nomen iuris* correspondente, na linguagem jurídica alemã, a “declaração”: *Feststellung*, de *Stellung* (posição, colocação) e *fest* (firme, sólida) – como se poderia recordar, aliás, o *accertamento* dos italianos.

A adotar-se essa perspectiva, contudo, não haverá por que negar dose equivalente de certeza também à modificação acaso operada pela sentença. Se o juiz *anula* um contrato, por exemplo, fica o resultado do processo, após o trânsito em julgado, menos imune a contestação do que ficaria se ele se limitasse a *declarar nulo* o contrato? Aderirá porventura a garantia da incontrovertibilidade sòmente à declaração de que o autor tinha o direito de pedir a anulação, ou abrangerá – como sem dúvida reclamam as necessidades práticas em jôgo – a própria modificação consistente em desfazer-se o ato? Será que, passada em julgado a sentença condenatória, pode continuar-se a discutir, de modo juridicamente relevante – e mesmo fora das hipóteses legais de fato superveniente –, o direito do vencedor à execução e apenas já não se pode discutir a existência do crédito declarado exigível em face do réu? São perguntas a que fãcilmente responderá, e num sentido que se adivinha sem grande risco de êrro, o leitor capaz de observar a realidade da vida jurídica, de ver como se passam as coisas – e mais: de compreender *porque* efetivamente assim *devem passar-se*.

3. Consideremos um exemplo frisante. Por sentença trãnsita em julgado, mediante proposta por A contra B, anulou-se contrato entre ambos celebrado. Noutro processo, B exige de A o cumprimento da obrigação contratual e argumenta: “Não discuto que A tivesse *direito à anulação do contrato*; ora, *só isso* é que ficou coberto pela autoridade da coisa julgada. A anulação mesma, em si, essa não goza de igual proteção; logo, posso contestá-la, para afirmar subsistente o contrato, e por conseguinte demandar-lhe o cumprimento, sem ofender a *res iudicata*”. Andaria bem o juiz que acolhesse semelhante argumentação?

A coisa julgada – nunca será demais repeti-lo – é instituto de finalidade essencialmente *prática*: destina-se a conferir estabilidade à tutela jurisdicional dispensada. Para exercer de modo eficaz tal função, ela deve fazer imune a futuras contestações o *resultado final* do processo. Se constitutiva a sentença, o que importa preservar é justamente a modificação jurídica operada, não o mero direito de promovê-la, reconhecido ao autor. De que serve a Caio – ou, acima dêle, à paz social, à segurança das relações interpessoais – tornar-se indiscutível, a partir de certo momento, o direito que tinha à anulação de seu casamento com Tícia, se entretanto se permite que continue a ser discutida a própria dissolução da sociedade conjugal? Uma vez efetuada a modificação – nisso estava certíssimo HELLWIG –, o direito de

obté-la já não tem qualquer significação atual, e bem fraca teria de reputar-se a garantia da coisa julgada se apenas a êle se reportasse, deixando ao desabrigo a modificação mesma⁵.

4. Na verdade, cumpre observar, ninguém tira aqui as conseqüências rigorosas (e absurdas) que seria lícito prever. Para todos os efeitos práticos, reconhece-se que, passada em julgado a sentença constitutiva, a modificação por ela produzida já não pode ser objeto de contestação juridicamente relevante. Assim se peca, decerto, contra a lógica; mas talvez seja o caso de excluir-se “*o felix culpa!*”, como já se exclamou em relação a matéria de maior transcendência.

Curioso é que até se concede à modificação, de certo ponto-de-vista, proteção *mais ampla* que à declaração: diz-se, com efeito, que enquanto esta, salvo casos excepcionais, vincula unicamente as partes, vale aquela *para todos*. Ora, aqui é indispensável que nos entendamos com tóda a clareza sôbre o sentido de tal distinção. Se se quer significar que a modificação conseqüente à sentença constitutiva se impõe *erga omnes* como *fato* que seria vão pretender ignorar, é fácil retorquir que, por êsse prisma, a sentença constitutiva *não se distingue* em absoluto da sentença meramente declaratória: a declaração é também um *fato* que, como tal, ninguém pode ter por *quantité négligeable*. Para A, que quer comprar o imóvel por B a C, tanto faz que uma sentença *anule* ou simplesmente *declare nula* a venda: em ambos os casos, a partir do trânsito em julgado, êle terá de dirigir-se a B, e não a C, para formular a sua proposta de compra. Onde está a diferença?

O que interessa, no presente contexto, é menos saber se o resultado do processo se produz *em face de todos* do que saber se (e em que medida) será possível a alguém, depois do trânsito em julgado, oferecer a êsse resultado contestação juridicamente relevante. Ora, se precisamente na incontestabilidade se faz residir a essência da coisa julgada, fôrça é convir que o problema se põe nos mesmos têrmos quer se trate de mera declaração, quer de constituição. “*Che cosa mai, se non proprio la cosa giudicata*”, – indaga LIEBMAN – “*impedisce che una seconda sentenza sullo stesso oggetto revochi, modifichi o comunque contraddica l’effetto costitutivo precedentemente acquisito?*”⁶. A semelhante pergunta não se deu, nem acreditamos que possa dar-se, resposta convincente.

5. Na Itália, com o advento do atual *Codice Civile*, vêm-se a braços os juristas com uma dificuldade textual: o art. 2.909, encampando a concepção tedesca, limita-se a aludir ao “*accertamento contenuto nella sentenza*”, e dêle diz que “*fa stato*” entre as partes e seus sucessores. Daí a necessidade, em que se acham os intérpretes, de recorrer a um rodeio: o que faz coisa julgada (material) é a declaração, e por *via de conseqüência*, tornam-se igualmente indiscutíveis os *outros* elementos (constitutivo, condenatório) acaso presentes na sentença⁷.

Diga-se, por amor à verdade, que mesmo sob o direito anterior já havia quem assumisse tal posição. HEINITZ, por exemplo, depois de registrar que a sentença constitutiva encerra também uma declaração (a do direito à modificação jurídica),

5 É o que explica, ao nosso ver, a propensão de grande parte da doutrina, na Alemanha, para negar importância à coisa julgada nas sentenças constitutivas, ou mesmo para recusar a tais decisões, pura e simplesmente, idoneidade para se revestirem da *auctoritas rei iudicatae* no sentido material (assim, por exemplo, ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. esp., Buenos Aires, t. II, págs. 23/4, 443). A conclusão é coerente; da exatidão da premissa é que nos parece lícito duvidar.

6 *Efficacia ad autoritâ della sentenza*, Milão, 1962 (reimpressão da 1.^a edição), pág. 15.

7 Assim, v. g., VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milão, 1958, págs. 51/2.

acrescentava: “Soltano questo accertamento passa in giudicato; e basta per escludere una seconda sentenza che contraddica alla prima. Il fatto dell’avvenuto cambiamento del resto deve essere riconosciuto come tale independentemente dalla cosa giudicata da tutti e anche dal giudice”⁸.

Mas, em primeiro lugar, a sentença superveniente que negasse a *modificação*, sem negar à parte o direito de provocá-la, não contradiria propriamente a sentença anterior, ou pelo menos não a contradiria *naquilo que, segundo a doutrina exposta, haveria adquirido a autoridade da coisa julgada* – a saber, a mera declaração do mencionado direito; ficaria então preexcluída a possibilidade de argüir-se eficazmente, em relação à segunda sentença, o vício de ofensa à *res iudicata*? Por outro lado, como já se notou o que está em causa não é o *reconhecimento do fato* representado pela modificação jurídica, senão a irrelevância da contestação que se pretenda suscitar a respeito, após o trânsito em julgado. A exigência de estabilidade inerente ao mecanismo da tutela jurisdicional não fica satisfeita com o ter-se de reconhecer *como produzido* o resultado do processo em que se proferiu a sentença constitutiva; é necessário que semelhante resultado, ao menos dentro de certos limites, seja reconhecido *como indiscutível, como incontestável, como inimpugnável*. Ora, a isso não se pode chegar “independentemente dalla cosa giudicata”, a não ser que se queira admitir *duas espécies* de incontestabilidade, uma identificada com a *auctoritas rei iudicatae*, outra relacionada com causa ou circunstância diversa (mas qual seria?).

De lege lata, subsiste em todo caso, para os juristas italianos, o óbice do art. 2.909. Tem razão LIEBMAN, ainda aqui, em falar do “mediocre expediente”, quando se refere ao tortuoso raciocínio por via do qual se sustenta ao nosso ver, com escassa força de persuasão – “che l’incontestabilità dell’accertamento valga a sorreggero l’effetto costitutivo o quello di condanna, che ad esso eventualmente conseguono”⁹. O próprio mestre, todavia, não lhe nega “l’utilità in sede esegetica, di fronte al testa della norma”¹⁰. Pondere-se, apenas, que o óbice existe, e o “mediocre expediente” precisa talvez ser usado... na Itália!

O direito brasileiro não tem regra que corresponda à do art. 2.909, do *Codice Civile*. Nos termos do art. 287, do Código de Processo Civil, “a sentença que decide total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas”. “A sentença”, reza o texto, não “a declaração contida na sentença”: a sentença, pois, na sua integridade, com *todos* os elementos do *decisum*. Nenhum outro dispositivo legal, de modo explícito ou implícito, aponta em sentido contrário. Por que, então, *importarmos* um problema que não existe, e uma solução que não satisfaz?

6. Fica, pois, assente que não é nem pode ser privativa do elemento declaratório da sentença a aptidão para alcançar a *auctoritas rei iudicatae*. Cabe agora encarar a questão por outro ângulo, para verificar se, ao menos, haverá no elemento declaratório um *quid* específico, em razão do qual o atributo da incontestabilidade lhe deva aderir, a *êle, em caráter necessário*, como exigência imposterável de sua natureza.

Quase chegou a tanto o próprio LIEBMAN, ao tentar explicar porque se tornara dominante, na literatura processual, a tendência a vincular só à declaração a autoridade da coisa julgada. Foi ao ponto de escrever que “l’accertamento senza cosa giudicata sembra privo di importanza e non serve a nulla”, sendo, “per chi l’ha

8 I limiti oggettivi della cosa giudicata, Pádua, 1937, págs. 24/5.

9 Ob. cit., prefácio à reimpressão, pág. IV.

10 Ob. cit., prefácio à reimpressão, pág. IV.

ottenuto, pouco meno che inutile”¹¹. Mas não teria LIEBMAN, aí, concedido demais? Èle mesmo obtempera que existem atos declaratórios não jurisdicionais (administrativos, por exemplo), e portanto inidôneos para produzir *res iudicata*) sem que ninguém – acrescentaríamos – se haja até hoje escandalizado com isso, ou classificado êsses casos como patológicos. Mais: de acôrdo com o cân. 1.903, do *Codex Iuris Canonici*, “nunquam transeunt in rem iudicatam causae de statu personarum” – seja embora meramente declaratória, como não raro acontecerá, a sentença proferida. Ter-se-ão declarações (e declarações *jurisdicionais*) sem aptidão para obter a autoridade da coisa julgada – e quem se lembra de gritar aqui-del-rei ?

Que se trate de hipóteses excepcionais, bem pouco importa do ponto-de-vista em que nos situamos. Se à declaração fôsse *co-natural* a incontrovertibilidade, *nenhuma* exceção seria possível. Dizer que uma declaração passível de ser contestada não tem utilidade prática é apenas ressaltar a *conveniência* de fazê-la, sob determinadas condições, incontestável. Mas então o problema passa a ser de política legislativa, sem solução encontrável *a priori* num céu de puras teorias. Caberá ao legislador resolver se (e dentro de quais limites) há de excluir-se, para o futuro, a viabilidade de contestação eficaz. A existência de casos como os acima apontados prova – *contra factum non valet argumentum!* – que, por vêzes, o legislador prefere contentar-se com uma certeza *provisória*; nem se descobre nisso qualquer *contradictio in terminis*.

Já se mostrou qual foi, no *direito brasileiro*, a opção do legislador. O art. 287, do Código de Processo Civil atribui “fôrça de lei” a *tôda* sentença (*rectius*: a *tôda* sentença definitiva ou atinente às chamadas “condições da ação”) e à sentença *tôda* (ao *decisum*): não a restringe à sentença *declaratória*, nem ao *elemento declaratório* da sentença. O que se julgou, pois, conveniente e útil ao ângulo prático – e, ao que nos parece, com inteira razão – foi proporcionar a garantia da coisa julgada assim à declaração, como a *qualquer outro* elemento que integre o conteúdo da sentença.

7. Até agora se tem considerado a fórmula doutrinária segundo a qual a *auctoritas rei indicatae* sômente adere ao *elemento* declaratório da sentença. Expusemos os motivos por que se nos afigura tal fórmula inexata. Vez por outra, depara-se também na literatura referência ao “efeito declaratório” da sentença, que se resolveria, exatamente, na incontestabilidade da declaração, a partir do trânsito em julgado. Aqui, ousamos pensar que a inexactidão sobe de ponto.

Para começar, é de duvidosíssima propriedade a expressão mesma “efeito declaratório”. A sentença – *tôda* sentença – contém uma declaração, podendo conter ou não, junto dela, um *aliud*¹². Falar-se-á, pois, do *conteúdo declaratório* da sentença, ou do *elemento declaratório* presente nesse conteúdo. No particular, é incensurável a dicção da lei italiana: “L’accertamento contenuto nella sentenza...”. Aludir, porém, ao *efeito declaratório* da sentença, a rigor, *c’est parler pour ne rien dire*. Quando a uma declaração se atribui *efeito declaratório*, ou se está embutindo *a priori* neste conceito uma significação que a fórmula mal exprime, ou se está pura e simplesmente perpetrando uma tautologia: a declaração produz o efeito... de declarar.

Da expressão tedesca *Feststellungswirkung*, o que razoavelmente há de entender-se é que designa o *efeito da declaração*. Não esclarece o vocábulo, assim

11 Ob. Cit. Pág. 13.

12 Com absoluta precisão referia-se HELLWIG, ob. cit., pág. 4, ao “*conteúdo* declaratório da sentença constitutiva”: “Für diesen feststellenden Inhalt des konstitutiven Urteils...”. Cf. NIKISGH, *Zivilprozessrecht*, 2.^a ed., Tübingen, 1952, pág. 385: “Jedes Urteil enthält sonach eine Feststellung (Tôda sentença contém, portanto, uma declaração)”.

compreendido, *em que consiste* o efeito, senão que se limita a indicar-lhe a *causa*. É certo que doutrinariamente se identifica o efeito, depois, com a coisa julgada material¹³; mas tal identificação, vale repetir, é que não se afigura justificada. Ter-se-ia de considerar como normal e natural (para não dizer *necessário*) numa declaração o efeito de tornar incontrovertível, sob determinadas condições, a própria declaração. Não existe, porém, na estrutura essencial da declaração – ainda na da declaração judicial – nota alguma de que se possa inferir a propriedade de gerar semelhante efeito. A indiscutibilidade é *plus* que a lei, com bem conhecidos objetivos de ordem prática, imprime – como poderia deixar (e às vezes *de fato* deixa) de imprimir – não apenas à declaração, mas a todo o conteúdo da sentença. É, pelo menos, o que ocorre no direito pátrio.

Parece-nos arbitrário afirmar que a eficácia do elemento declaratório “consiste em vincular as partes à declaração”¹⁴. Primeiro, já se pressupõe aí o que seria preciso demonstrar, a saber: que as partes só ficam vinculadas à *declaração*, e não à constituição, nem à condenação. Em segundo lugar, atribui-se à própria sentença, ou a uma parte dela, a aptidão para criar por si o referido vínculo. Ora, o vínculo não resulta *da sentença*, resulta *da coisa julgada*; e, se se replicar que esta constitui justamente o efeito da declaração, ter-se-á encerrado o raciocínio num círculo vicioso. À pergunta: “É concebível a eficácia da declaração sem a eficácia da coisa julgada material?”¹⁵ pode-se, de ânimo leve, responder que sim, e apontar simplesmente o cân. 1.903; ou será que, no direito canônico, as sentenças declaratórias de estado, por não adquirirem jamais a autoridade da coisa julgada, *ficam desprovidas de qualquer efeito*?

8. Quer-nos parecer que êsses e outros equívocos têm uma raiz comum: é a costumeira deformação de perspectiva que leva os observadores – ainda os mais argutos – a pôr em relação de causa e efeito a sentença (ou parte dela) e a incontrovertibilidade que, a partir de dado momento, lhe sela o conteúdo. Bem consideradas as coisas, não é difícil compreender quão inadequadamente se descreve a realidade dos fatos quando se diz que a sentença, ao transitar em julgado, *produz* o efeito de tornar-se indiscutível. Tal é, no fundo, muito ao contrário, um efeito que a sentença *recebe*, um efeito que *sobre ela se produz*. A sentença é, aí, *mais paciente que agente*. Preclusas que ficam as vias recursais, passa ela a viver em nova situação, em *novo status*, e sofre o impacto de semelhante transição, que a põe – salvo casos excepcionais, taxativamente enumerados na lei – fora do alcance de ulteriores impugnações.

Essa nova situação, a que a sentença tem acesso mediante a preclusão dos recursos, é que se denominará com propriedade, segundo oportunamente sugere MACHADO GUIMARÃES¹⁶, *coisa julgada*. Nela ingressando, reveste-se a sentença de atributo também *novo*, que consiste na imunidade a contestações juridicamente relevantes. A isso se chamará *autoridade da coisa julgada*¹⁷.

13 V., por exemplo, POHLE, *Gedanken über das Wesen der Rechtskraft*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Pádua, 1958, vol. II, pág. 379: “Die typischste und wohl auch praktisch bedeutsamste Urteilswirkung ist die materielle (oder sachliche) Rechtskraft, auch Feststellungswirkung genannt (O mais típico efeito da sentença, e o de maior significação prática, é a coisa julgada material ou substancial, também chamada efeito de declaração)”.

14 PONTES DE MIRANDA, *Coment. cit.*, vol. II, pág., 378.

15 *Id.*, *ibid.*

16 *Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo*, in *Estudos de Direito Processual Civil*, 1969, pág. 14.

17 Cf. nosso artigo *Ainda e sempre a coisa julgada*, agora no vol. *Direito Processual Civil (Ensaios e Pareceres)*, Rio, 1971, pág. 146. Notará o leitor que ali nos referimos a *imutabilidade*, ao passo que no presente trabalho temos falado de *indiscutibilidade, incontestabilidade, incontrovertibilidade*, para nos conformarmos à formulação

Condiciona a lei ao trânsito em julgado, *ordinariamente*, a produção dos efeitos da sentença – de todos os seus efeitos, não apenas dos relacionados com a declaração. Quer dizer: em regra, só quando começa a haver coisa julgada é que os efeitos da sentença se manifestam. Tal opção de política legislativa - que vale (e ainda assim sem caráter absoluto) para o direito brasileiro, podendo valer ou não para outro ordenamento¹⁸ – atende a óbvias razões de conveniência: seria pouco prudente, as mais das vezes, permitir que desde logo se produzissem os efeitos de uma sentença ainda sujeita a revisão. Onde não prevaleçam essas razões, ou em sentido contrário pesem outras mais fortes, a sentença será por exceção eficaz antes de tornar-se incontrovertível¹⁹.

A coincidência *temporal* entre a formação da *res iudicata* e o começo da produção dos efeitos não é ditada por uma *necessidade intrínseca*. Se o fôsse, não se conceberia antecipação *sequer a título excepcional*. LIEBMAN, que tanto fez para distinguir da eficácia da sentença a autoridade da coisa julgada, e com isso prestou serviço inestimável à ciência processual, deteve-se contudo a meio caminho. Em sua construção, fica ainda a coisa julgada conceptualmente presa à rede dos efeitos da sentença, como algo que a êles adere “per qualificarli e rafforzarli in un senso ben determinato”²⁰, ou seja, para fazê-los imutáveis. Ora, tal compromisso é insatisfatório, até porque, na realidade, os efeitos da sentença *não* se tornam imutáveis com o trânsito em julgado: o que se torna imutável (ou, se se prefere, indiscutível) é o *próprio conteúdo* da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial.

Faltou a LIEBMAN dar o passo decisivo no sentido de libertar da problemática relativa à eficácia da sentença a teoria da coisa julgada. Atrevemo-nos a pensar que a doutrina tanto mais se habilitará a lidar proveitosamente com as complexíssimas questões que aí palpitam, quanto maior fôr a clareza com que se lhe deparar a visão dessa fundamental autonomia.

**Publicado originalmente na Revista nº 13 jan./abr. 1971, p. 60.*

de HELLWIG, exposta de início. No fundo, a sentença trântisa em julgado é indiscutível *porque* imutável: para garantir-lhe a imutabilidade, proíbe o ordenamento não apenas a emissão de outra sentença divergente, mas a própria reapreciação dá matéria decidida, já que não teria sentido facultar uma discussão cujo desfecho está *de antemão fixado* (v., sobre o ponto, J. C. BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e Coisa julgada*, Rio, 1967, páginas 71/5). A *autoritas rei iudicatae* abrange a *imutabilidade* e a *incontestabilidade*, que são como duas faces da mesma moeda.

18 Não vale, por exemplo, para o direito canônico, no tocante às causas de estado, em que as sentenças nunca adquirem a autoridade da coisa julgada (cân. 1903), sem que se possa imaginar que por isso *não produzem efeitos*. Tampouco valia, *a fortiori*, para os antigos sistemas jurídicos nos quais – consoante recordava CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, 1965 (reimpressão), pág. 907 –, conquanto obrigatória para as partes, podia a sentença “indefinitamente essere impugnata”. Bem a propósito, acrescentava o mestre: “È per mere ragioni di opportunità e di utilità sociale che si introduce nei varii diritti un limite alla discutibilità del deciso”.

19 V. g., arts. 609 e 882, nº II, do Código de Processo Civil. *Só por exceção*, convém frisar: cf. ainda, a respeito, nosso artigo citado em a nota 17, págs. 140/1.

20 *Effic. ed autor. ... cit.*, pág. 28.

O MANDADO DE SEGURANÇA E O RECURSO DE TERCEIRO PREJUDICADO

MIGUEL SEABRA FAGUNDES*

1. Dois - e apenas dois - são os pressupostos constitucionais de cabimento do mandado de segurança: *a*) existência de um direito líquido e certo que não o de liberdade de ir e vir; *b*) ameaça ou lesão, a esse direito, por ato ilegítimo (ilegalidade ou abuso de poder) de qualquer agente do poder público (Emenda n.º 1, art. 153, § 21).

2. Duas circunstâncias, porém, levaram a legislação específica, imediatamente posterior à instituição dessa via sumaríssima - Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936 - a impor reservas processuais à sua utilização. Tendo em vista a simplicidade processual do mandado de segurança, imperativo da sua assemelhação originária ao *habeas-corpus* (Constituição Federal de 1934, artigo 113, inciso 33, seg. parte), para o qual aparece como sucedâneo, após alguns anos da contenção deste, pela reforma constitucional de 1926, no âmbito estrito pela proteção da liberdade de ir e vir, assentou essa lei que ele seria cabível somente em se tratando de direitos subjetivos passíveis de prova documental; e, considerando o entrosamento do *writ* na sistemática das vias processuais, excluiu-lhe a oportunidade em se tratando de direitos para cuja defesa existisse outro remédio pronto e eficaz. Assim é que, no art. 7.º, § 1.º, previu a instrução do pedido apenas com prova documental, e, no art. 4.º, vedou a impetração quando se cogitasse de atos contra os quais fosse cabível "recurso administrativo, com efeito suspensivo, independentemente de caução, fiança ou depósito".

3. Essas posições do legislador, que o Código de Processo Civil (artigos 320, inciso II, e 321), e a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (arts. 5.º, inciso I, e 6.º) repetiriam, a jurisprudência as ratificaria, ao correr dos anos, afirmando a sua compatibilidade com o texto constitucional instituidor.

4. Embora não instituída em lei vedação do uso do *writ* quanto a atos judiciais, a jurisprudência se mostrou vacilante no admiti-lo contra eles, porém se inclinou, por fim, a aceitar-lhe o cabimento, desde que o ato judicial, lesivo de direito, não encontrasse corretivo pelas vias normais do processo. O que, de resto, era uma orientação vitalizadora, em termos razoáveis, do remédio criado pelo direito constitucional positivo para a proteção de direitos subjetivos, qualificados antes pela excelência da pretensão (liquidez e certeza) do que pela qualidade do agente público argüido de denegação arbitrária.

5. Refletindo o critério assente na jurisprudência, a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, dispõe:

"Art. 5.º Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

.....
II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição; "

* Advogado, Jurista e Magistrado brasileiro.

6. Com base nesse texto se tem pretendido que o direito a recurso, assegurado pelo art. 815, do Código de Processo Civil, torna incabível a impetração de mandado de segurança por aquele que, sem ser parte numa ação, teve direito seu afetado pela sentença definitiva nela prolatada.

7. A nós se nos afigura que o direito de recorrer que nesse artigo se reconhece ao terceiro prejudicado, não exclui a sua opção pelo mandado de segurança como via de ataque da sentença.

8. Dentro do critério exegético, que leva a preservar, tanto quanto possível, as dimensões constitucionais traçadas ao cabimento do mandado de segurança, mesmo considerando-o em face do sistema geral das vias processuais, parece-nos que o recurso de terceiro prejudicado não se insere entre os excludentes do uso dessa ação especialíssima.

A expressão da Lei n.º 1.533 – “recurso previsto nas leis processuais” – deve ter-se como relacionada com os recursos assegurados às partes. Porque estas, se deles abrissem mão, para utilizar o mandado de segurança, estariam tumultuando, por sofreguidão ou comodidade, a marcha normal das vias processuais de que voluntariamente se valeram (autores), ou dentro de cujos trâmites aceitaram litigar (réus).

No que concerne a quem não foi parte na ação, e apenas vai sofrer os efeitos reflexos da sentença, na qualidade de terceiro, a situação é outra. O recurso do art. 815 não lhe é imposto como via única e necessária para o valimento da sua pretensão contra o julgado. Estranho à lide, ele tem nesse recurso apenas um caminho, dentre outros, que pode utilizar para resguardar-se das repercussões da sentença proferida na ação em que não foi parte. O recurso para ele é facultativo. “Essa faculdade de recorrer – ensina ODILON DE ANDRADE em comentário ao citado art. 815 – independe da existência de outros meios judiciais com que o terceiro possa defender os seus direitos. Se estes forem de qualquer modo prejudicados na *res inter alios gesta*, está em suas mãos optar entre o caminho mais breve e econômico do recurso, ou o mais demorado e mais oneroso de uma demanda posterior. O recurso de terceiro é puramente facultativo”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.ª edição, Forense, vol. IX, págs. 144-5). Se o recurso oferecido pelo Código para defesa de direito de pessoa estranha à relação processual, é de uso facultativo, a critério do próprio interessado (ao invés do que sucede com os recursos deferidos às partes, que se não usados levam à preclusão e à coisa julgada), não se pode incluí-lo entre os *recursos previstos nas leis processuais*, que uma vez existentes tornam descabida a impetração de segurança. Emprestar-lhe este efeito será privar o terceiro, totalmente descomprometido com a ação ajuizada, de optar, entre vários meios de defesa do seu direito, por aquele que lhe pareça o mais condizente com o seu interesse. Será impor-lhe o uso de remédio processual que, a seu juízo, pode não se afigurar o melhor para a defesa do seu direito, seja pela inferioridade, quanto à prova e ao debate, em que se situe frente ao autor e ao réu na ação, seja por lentidão no desate da controvérsia, seja, enfim, por motivos outros vinculados ao seu interesse em espécie. Não sendo o terceiro compelido a usar o recurso do art. 815, mas tendo nele, tão somente, uma via, além doutras, para atacar a sentença que o prejudica, não há como excluir o seu apelo ao mandado de segurança, com base no inciso II, do art. 5.º, da Lei n.º 1.533. Não é possível dizer, em relação a ele, que haja recurso previsto na lei processual, pois o que nela se prevê pode ser insuficiente, a seu juízo, para a defesa da sua pretensão invalidatória. Somente quem é parte é que não pode, uma vez eleita (autor) ou aceita (réu) determinada via

processual, variar para uma outra, com preterição dos recursos a cuja aceitação, como roteiro para os trâmites finais da lide, se obrigou virtualmente.

9. Porque a fim de distinguir, não nos parece aplicável, nesse caso, a Súmula n.º 267, da “Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal”, (“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção”), que, de resto, traduz, quase literalmente, o texto do art. 5.º, inciso II, da Lei n.º 1.533. O critério que ali assentou o Pretório Supremo há de ter tido em vista o comum dos casos, isto é, o de recurso atribuído às próprias partes, e, portanto, sem alternativa do apelo a outras vias processuais. Não o caso singular do estranho à lide, que não sendo obrigado, processualmente, a usar o recurso do art. 815, do Código Processual, pode ver no mandado de segurança (como nos embargos de terceiro) meio mais eficiente para a defesa do seu direito em face da sentença.

**Publicado originalmente na Revista nº 18 mai./dez. 1973, p. 31.*

A ÉTICA E OS PERSONAGENS DO PROCESSO*

PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO**

Gostaria, em primeiro lugar, de lembrar um episódio que me foi contado pelo Professor JACOB DOLINGER, mas cujos direitos autorais foram apropriados pelo Professor LUIS ROBERTO BARROSO, sobre uma aula proferida por determinado professor que, ao final, foi vivamente aplaudido, especialmente por um dos assistentes que, a todo momento, afirmava ter gostado imensamente da aula. O professor, então, perguntou qual a parte que ele mais tinha gostado, ao que o interlocutor, imediatamente, respondeu: o *senhor* foi breve. Prometo aos senhores que serei breve, mas espero que, ao final, esta não tenha sido a melhor parte da aula.

Quero enfatizar, e agora falo particularmente para os alunos, aos quais se destina prioritariamente esta aula inaugural que o direito processual tem diversas finalidades.

Uma finalidade jurídica destinada a garantir, na prática, sempre que possível, a observância das regras estabelecidas pelo legislador ordinário nas diversas leis que regulam a vida em sociedade, tais como: Código Penal, Código Civil, Código Comercial, a Consolidação das Leis do Trabalho e assim por diante. É através do processo que se procura restabelecer a ordem jurídica, resolver o conflito de interesses existentes, procurando, através de uma sentença formulada por um juiz, dar a cada um o que é seu.

O processo tem também uma finalidade política, pois é através dele que o Estado cumpre a sua função de prestar jurisdição. Sobre este enfoque, os objetivos do Estado devem, em última análise, refletir os próprios fins a que ele se propõe enquanto ente político e, assim, seus agentes devem perseguir os valores que ele considera prioritários de serem alcançados.

Finalmente, tem também o processo escopo social de pacificar com justiça e de educar, de sorte a permitir que as pessoas possam, a um só tempo, independente das diferenças, buscar seus próprios direitos e respeitar os dos outros.

Enfim, podemos afirmar, através da reunião destes três escopos e em uma única frase, que o processo se destina a realização da justiça.

Para assegurar o cumprimento destas metas, o legislador regulou o direito processual, editando uma legislação complexa, que pudesse estabelecer as regras do jogo, ou seja, o roteiro através do qual o processo deveria se desenvolver com a prática de atos processuais, bem como o comportamento dos diversos personagens que o integram.

Esta tarefa que levou à sedimentação das bases científicas do direito processual, à sua autonomia como ciência, foi longa e penosa e contou com a colaboração de grandes processualistas, que escreveram seus nomes na história do direito processual.

* Aula magna do ano acadêmico 2000, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e cerimônia de posse dos novos professores titulares (22.03.2000).

** PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO é Professor Titular de Teoria Geral do Processo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Os seus princípios, como o do devido processo legal, da igualdade das partes, do juiz natural e tantos outros, assim como seus principais institutos: a legitimidade das partes, a sistematização do ato processual e das nulidades, a prova, a coisa julgada, a execução, o processo cautelar e outros, foram construídos e elaborados com a mais fina técnica.

Apesar deste belíssimo trabalho científico, o processo não conseguia alcançar os escopos pretendidos. Ele era individualista, tecnicista, elitizado e conservador. Individualista, porque organizado básica e prioritariamente para atender os embates entre credores e devedores, proprietários e não proprietários, sem qualquer compromisso com o efetivo acesso das camadas mais pobres e das coletividades. Tecnicista, porque eivado de uma visão eminentemente interna, exclusivamente jurídica, sem maior preocupação com as finalidades sociais e políticas que, também, deveriam informar a sua atuação como instrumento para realizar justiça. Elitizado, porque caro, distante, misterioso, desconhecido, verdadeira arena na qual os mais ricos, preparados e com melhores advogados, obtêm os resultados mais positivos. Conservador, porque afastado da realidade das ruas, da sociedade, das transformações sociais, estagnado no tempo, longe da efetividade adequada.

Procurando minimizar ao máximo tais problemas, foram encetadas no Brasil, a partir da década de 80, grandes reformas legislativas, em busca de uma justiça que pudesse funcionar para todos, da forma mais rápida possível, igualitária, equânime e que pudesse resultar em uma sentença justa, com a utilização de instrumentos técnicos que seriam direcionados para este fim.

Nesta linha, veio a lei que regulou os Juizados de Pequenas Causas, depois Juizados Especiais Cíveis, que procurava descentralizar a justiça para que ficasse mais próxima, menos misteriosa e desconhecida da população em geral, favorecendo, especialmente, o acesso das classes menos favorecidas, servindo de palco para a resolução de causas de pequena monta, que praticamente não eram levadas à justiça tradicional. Por outro lado, os Juizados tinham a finalidade de educar, de servir de pólo onde as pessoas do povo pudessem obter informações sobre os seus direitos em geral e como fazer para torná-los efetivos. Enfim, buscava-se, através dos Juizados, uma justiça gratuita, rápida, desburocratizada, informal, equânime e efetiva.

Neste mesmo período, agora no plano da defesa coletiva, inúmeros outros diplomas legais vieram a lume, tais como, no ano de 1985, a lei que regula a ação civil pública para defesa de direitos difusos em geral, como aqueles relacionados com o meio ambiente, com a cidadania, com os direitos sociais, com a proteção do patrimônio histórico, a probidade administrativa e outros.

A partir dos anos 90, tivemos a Lei da Infância e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, com normas processuais inovadoras, que procuravam minimizar diferenças existentes entre as partes, como a possibilidade da inversão do ônus da prova. Nessa mesma década, inúmeras reformas foram realizadas, especialmente no Código de Processo Civil, muitas das quais voltadas para o comportamento dos personagens do processo, visando, em última análise, alcançar todos os escopos do processo moderno de que antes se falou: o jurídico, o social e o político.

A própria Constituição Federal, editada em 1988, teve significativa preocupação com o alcance destas finalidades, consagrando o princípio da igualdade material como objetivo fundamental da República, tendo, como meta, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária com a redução das desigualdades sociais.

Mais uma vez, todo este esforço não foi suficiente para permitir o alcance dos objetivos pretendidos.

Pesquisas realizadas por iniciativa da nossa Faculdade de Direito sobre o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e da ação civil pública, as quais tive o privilégio de coordenar¹, revelaram quão longe estamos do processo idealizado como instrumento de efetivo acesso à justiça. A maior parte do público que frequenta os juizados é de pessoas da classe média. No Juizado existente na Favela do Pavão e do Pavãozinho, não havia sequer uma causa de interesse de uma das pessoas que lá residiam. O acúmulo de serviço, que já começa a ocorrer, impede os cumprimentos dos prazos estabelecidos, enquanto a deficiente prestação de assistência judiciária gratuita compromete a igualdade das partes.

Na ação civil pública, apesar do grande esforço do Ministério Público dos diversos Estados da Federação, os direitos sociais praticamente se encontram sem defesa, enquanto a resolução dos conflitos tem se pautado pelo rigor técnico na interpretação de normas processuais, distanciado de nossa realidade social, com a adoção, muitas vezes, de teses jurídicas que impedem que a ação civil pública possa servir de instrumento eficiente para defesa das coletividades. Basta, para que se tenha uma idéia do problema, examinar um dos dados da pesquisa, que revela que mais da metade das ações civis públicas são extintas sem julgamento do mérito. Ainda no campo da defesa coletiva, a demora do processo e mesmo o seu resultado, têm se revelado de forma muito especial, também em decorrência de interpretações técnicas que exigem, de uma das partes, tarefas que elas não podem realizar, seja por incapacidade financeira, como a realização de grandes perícias, seja mesmo a produção de uma prova que não está ao seu alcance.

Os dados destas pesquisas que realizamos, visando primordialmente saber como o processo se desenvolve, como ele é utilizado e trabalhado tecnicamente, refletem, em sua essência, resultados de pesquisas mais genéricas realizadas por institutos especializados. Para que se tenha uma idéia, em pesquisa realizada no mês de abril de 1999 pela CNT em conjunto com a Vox Populi, 89% das pessoas entrevistadas consideram a justiça demorada, lenta, enquanto 67% acham que ela só favorece os ricos e 58% não confiam nela.² Pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, em parceria com o Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, revela que 90,7% dos entrevistados consideram que, no Brasil, a aplicação das leis é mais rigorosa para alguns do que para outros. Apenas 7,9% responderam que a aplicação se dá igualmente para todos. Por outro lado, quanto aos direitos mais importantes a proteger, a reclamar, a população quando responde, lembra, em primeiro lugar, dos direitos sociais e, logo depois, os civis, sendo o mais desconcertante um dado, que abrange 56,7% dos entrevistados, ou seja, a metade da população, que não chega sequer a citar um único direito, afirmando não saber ou não querer responder.³

Toda esta situação leva o jurista a grandes angústias, tanto maiores quando ele percebe que a ciência que ele cultiva, sozinha, não consegue responder a

1 O resultado das pesquisas está publicado no nosso livro: *Acesso à Justiça, Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

2 Pesquisa publicada no Jornal O Globo, de 7 de abril de 1999, p.5, Caderno O País.

3 Resultado da pesquisa publicada de MÁRIO GRYNSPAN em "Acesso e recurso à justiça no Brasil, algumas questões", in *Cidadania, Justiça e Violência*. Pandolfi, Dulce et al org. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

determinadas perguntas que o atormentam. Esta angústia foi revelada, com grande intensidade, num belíssimo trabalho de EDUARDO COUTURE intitulado “Problemas gerais do direito”, que escreveu para o livro póstumo em homenagem ao jurista alemão JAMES GOLDSCHMIDT, e que foi lido na Faculdade de Direito de Montevideu, em 1940. São palavras do mestre uruguaio: “na vida de todo o jurista há um momento em que a intensidade do esforço concentrado nos textos legais conduz a um estado de insatisfação. O direito positivo vai se despojando de detalhes e acaba reduzido a algumas grandes teses. Mas, por sua vez, essas grandes teses reclamam um sustentáculo que a própria ciência não lhe pode oferecer. O jurista percebe, então, que algo lhe foge debaixo dos pés e clama pela ajuda da filosofia.”

Esta orientação de EDUARDO COUTURE nos leva a refletir, a verificar da utilidade de sair do universo do processo, enquanto instrumento exclusivamente técnico, e buscar no campo de outras ciências, como a Sociologia, a Comunicação, a Política, a Filosofia, reforço, apoio, para um redirecionamento do processo visando, sem jamais perder de vista a técnica, alcançar as finalidades sociais e políticas de que antes se falou. Sob este enfoque, o tema do comportamento ético dos personagens do processo coloca-se em posição de destaque. Isto por uma razão muito simples: se o processo é composto de pessoas, não só daquelas que formam a relação jurídica processual, mas, também, de tantas outras que contribuem para o seu desenvolvimento, é evidente que o comportamento, o modo que elas atuam será absolutamente fundamental. Em outras palavras, de nada valerá qualquer tipo de reforma processual, a criação de qualquer instituto mágico, se os personagens do processo não direcionarem as suas atividades para os fins almejados, pois, como afirmava PLATÃO, “não pode haver justiça sem homens justos.” Daí a importância do aprofundamento do estudo da ética.

É preciso deixar claro que não pretendemos desenvolver um estudo sobre as teorias éticas da justiça mas sim, a partir de seus enunciados teóricos, buscar elementos que devem informar o comportamento dos principais personagens do processo.

Praticamente todas as modernas teorias éticas da justiça, de uma forma ou de outra, têm em comum os princípios da liberdade e o da minimização das desigualdades.⁴ A teoria da justiça, desenvolvida por JOHN RAWLS, se funda, basicamente, em dois princípios: o primeiro, da liberdade e dos direitos humanos fundamentais, e o seu enunciado é que “cada pessoa deve ter direito ao sistema mais largo de liberdade de base igual para todos, compatível com sistema similar para todos os outros”; o segundo princípio, o da diferença, no qual enuncia que “as desigualdades sociais e econômicas devem ser tais que, nos limites de um justo princípio, garantam maior vantagem possível aos menos favorecidos.” Não é diferente, na sua essência, a teoria que se tem firmado, especialmente nos países latino-americanos, denominada “da justiça e da ética de libertação”, que tem por finalidade a construção de uma nova sociedade baseada na igualdade e na justiça. A justiça é o cerne da ética da libertação, que nada mais é do que a luta para instaurar uma ordem social que possa abranger a todos os cidadãos, sem tolerar nenhuma forma de exclusão e marginalização. Também nesta mesma linha, mas sob um ângulo totalmente diverso, é a teoria da ética e do direito desenvolvida por PERELMAN no seu excelente livro “ética e direito”⁵. Este autor introduz a categoria do razoável na sua reflexão filosófica sobre o direito, destacando que, neste último, ou seja, no direito, as idéias de razão e de racionalidade

4 Sobre este tema, veja-se o trabalho de OLINTO BEGORARO, “A Ética e seus paradigmas”. Ética Org. Por Leda, Miranda Huhen, Rio de Janeiro, UAPÊ / Espaço Cultural Barra, 1997, especificamente pp. 53-66.

5 Editora Martins Fontes, São Paulo, 1996.

foram vinculadas, de um lado, ao modelo divino, e do outro, à lógica e à técnica eficaz, enquanto as do razoável e de seu oposto, o desarrazoado, são ligados às reações do meio social e à evolução destas. Considera que nenhum direito pode ser exercido de forma desarrazoada, pois o que é desarrazoado não é direito. REALE centra a sua idéia de justiça no valor da pessoa humana, valor fonte de todos os valores; ambas devem ser consideradas “invariantes axiológicos”. O fundamental é que “cada homem possa realizar livremente seus valores potenciais visando a atingir a plenitude de seu ser pessoal, em sintonia com os da coletividade.”⁶

É possível também trazer essas principais linhas para o processo. Particularizar estes enunciados na atuação dos principais personagens do processo: o juiz, as partes e seus advogados.

O personagem principal do processo é o juiz. É como se ele fosse o mocinho de um filme, que se espera, muitas vezes em vão, que sempre termine bem. O juiz dirige o processo, exerce o poder de polícia; é quem dá a palavra final sobre o conflito. A sua figura se confunde com a própria idéia de justiça. Ele perde um pouco da sua identidade enquanto ser humano. Para a maioria do povo, não interessa qual é o nome que identifica um determinado magistrado, mas, tão-somente, o fato de que ele é um juiz, personifica o justo, a própria justiça enquanto valor. É dele que se espera maior rigor no comportamento e, portanto, a estrita observância não só das normas éticas que direcionam a atividade jurisdicional, mas também daquelas morais que informam a sua conduta enquanto pessoa. Diferentemente do que ocorre na vida em sociedade, na qual não se exige, como obrigação legal, que uma pessoa trate a outra com educação, a Lei Orgânica da Magistratura diz que é dever do magistrado tratar as partes com urbanidade, prevendo, inclusive, sanções pelo descumprimento deste dever. Este é o primeiro aspecto de comportamento ético que o juiz deve adotar. É evidente que, dentro dos princípios teóricos que informam as teorias éticas da justiça de que falamos anteriormente, é absolutamente fundamental que o juiz procure, no limite máximo, garantir um razoável equilíbrio de armas utilizadas pelas partes e seus advogados, de sorte a evitar que a atuação absolutamente desastrosa, sem uma base técnica minimamente razoável, de uma das partes, possa levar à frustração dos fins que informam a atividade jurisdicional. O juiz deve, tanto quanto possível, minimizar as diferenças e, se for o caso, priorizar os interesses mais valiosos em jogo. Julgar com justiça, outro mínimo ético que se exige do magistrado, parece ser uma redundância, mas não é. O importante não é utilizar a técnica processual simplesmente para produção de uma grande quantidade de sentenças, mas sim visar a qualidade delas, ou seja: produzir sentenças justas. O juiz comprometido com a jurisdição dirigirá o processo de forma adequada, evitando desvios, coibindo a litigância de má-fé, fatores que, por si sós, garantirão que ele chegue a bom termo em curto espaço de tempo.

Tão importante quanto os juízes, mesmo que às vezes não sejam os mocinhos, são os advogados. É preciso acabar de vez com a mentalidade de que o grande advogado é aquele que sai vitorioso a qualquer custo. É aquele que, mesmo quando seu cliente não tem razão, consegue, através de artifícios e de incidentes processuais, levar à loucura o adversário, de tal maneira que ele tenha que capitular, que ele tenha que fazer um acordo que lhe seja absolutamente desfavorável. É preciso, de vez, acabar com a mística, que nós mesmos incentivamos a todo momento, de que

6 MIGUEL REALE. Estudo sobre os “invariantes axiológicos” inserto no livro *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 95 e seguintes.

vale mais um mau acordo do que uma boa causa. Isto é um absoluto absurdo. É um absoluto contra-senso. Não se concebe mais, hoje em dia, que o compromisso do advogado esteja restrito aos interesses da parte que ele representa, ou seja, vale tudo. Só é imoral o comportamento que traz prejuízo ao seu cliente, enquanto aquilo que o beneficia é sempre eticamente correto. O Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em aula inaugural proferida na PUC⁷, batizou este tipo de ética com o nome de “fio dental: ele cobre o mínimo que interessa e deixa de fora todo o resto”. É preciso ter presente que o advogado exerce um múnus público considerado, pela Constituição Federal, como indispensável para a administração da justiça. Assim, ele deve ter uma atuação ética condizente com os fins públicos que informam a sua profissão. Seria um contra-senso admitir e qualificar alguém como essencial para um determinado fim e, ao mesmo tempo, permitir que este alguém pudesse ter um comportamento que colocasse em risco tal desiderato. O advogado também é responsável, cabendo-lhe indagar quais os objetivos dos seus clientes e os fins que eles pretendem alcançar com o processo para avaliar se, do ponto de vista ético, devem ou não aceitar o patrocínio.⁸

De tudo quanto se disse até agora, seja das teorias éticas da justiça, seja do comportamento dos principais personagens do processo, podemos extrair uma meta, um referencial, delimitar um campo ético que deve impregnar o processo, servir de norte para o comportamento de todos os personagens que o integram, principais ou secundários, traduzido numa expressão, a que denominamos de solidariedade.

A solidariedade, aqui, congrega os participantes do processo, seja em que posição estiverem, sem nenhuma contradição. Todos eles imbuídos de suas próprias e únicas responsabilidades, mas juntos, solidários quanto ao fim comum, não permitindo que seus respectivos comportamentos possam se afastar deles. Sob esse aspecto, a solidariedade tem conteúdo único, pois ela existirá mesmo entre os adversários, entre as partes e seus respectivos advogados que, apesar de estarem em campos diversos, observarão o dever de lealdade e, portanto, o de veracidade; enfim, as regras do jogo, sem que isto possa comprometer a defesa reta dos interesses de seus clientes. Por outro lado, este vínculo moral da solidariedade levará o juiz a dirigir o processo sob o signo da igualdade, garantindo a liberdade das partes, minimizando as diferenças, levando o processo, sempre que possível e prioritariamente, a uma decisão rápida e justa.

Esta nova visão do processo, calcada na solidariedade, se acentua e cresce de importância na medida em que passamos a considerá-lo, não como amontoado de páginas e documentos, mas sim como algo que tem vida. Nele estão contidas angústias, sonhos, esperanças, liberdade, realizações; enfim, ele tem vida. Em todo o processo há um coração que pulsa e, portanto, “uma gota de justiça realizada tem um valor infinito”, como afirmava HAURIOU.

Assim, o processo passa a congrega dois aspectos que se fundem: o plano técnico e o humano, ou ético, não para criar normas, mas para desvendá-las, descobri-las, potenciá-las, aprimorá-las, interpretando-as na linha dos escopos jurídicos, sociais e políticos do processo moderno, que informam o estado democrático de direito.

7 “Direito e Ética no Brasil de Hoje”, publicado in *Temas de Direito Processual*. Sexta Série, São Paulo, Saraiva, 1997 - pp. 301 - 308.

8 Sobre este tema, veja-se DAVID DUBAN, in *Lawyers and Justice an Ethica Study*, Princenton University Press, 1998.

Neste passo, a ética passa a representar um valor indispensável na busca da construção da justiça.

Se foi possível tocar o coração de vocês, caríssimos alunos, ainda que de forma tênue, já será um bom começo, pois caberá a vocês, amanhã, esta imensa responsabilidade, como futuros juízes, legisladores e advogados, de desenvolver a ética democrática que deve nortear os personagens que participam da atividade processual.

**Publicado originalmente na Revista nº 13 jan./jun. 2001, p. 241.*

A AUTONOMIA DAS PARTES E OS PODERES DO JUIZ ENTRE O PRIVATISMO E O PUBLICISMO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

ROBSON RENAULT GODINHO*

“Diz-me que processos impões através das tuas leis e eu dir-te-ei se tens cidadãos ou súbditos”¹.

1. Introdução

O processo civil inicia-se por um ato volitivo da parte² e também por manifestações de vontade pode se encerrar. Ainda assim, quando se pretende estudar os acordos processuais³, parece que a vontade privada torna-se uma intrusa no processo e que a subtração parcial do comando judicial sobre todos os atos praticados após a demanda soa como heresia imperdoável.

A autonomia privada – não é exagerado afirmar – vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassem à liberdade jurídica⁴.

Nesse contexto, não soa exagerado afirmar que a divisão de trabalho⁵ entre o juiz e as partes é um tema que revela a um só tempo a evolução teórica do direito processual e sua dimensão ideológica e cultural⁶.

* Doutor e Mestre em Direito Processual Civil – PUC/SP, Promotor de Justiça - RJ.

1 CANOTILHO, J. J. Gomes. “Direito de acesso à justiça constitucional” (Palestra, p. 8). *Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa*, Luanda, junho de 2011. Disponível em www2.stf.jus.br/cjcp/presidencia/GomesCanotilho_Junho2011.pdf, acesso em 13/10/2012.

2 Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 3/4. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 159/164. Sobre a vontade no ato postulatório, conferir, por todos: SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003. Trata-se de estudo complexo e denso, mas, para ilustrar, segue a transcrição de um excerto: “Admitir que para a lei é irrelevante a finalidade do autor do acto é negar a própria natureza do acto postulativo. O efeito final pode ser decretado porque a parte quer e pede que ele seja decretado. O efeito final não resulta de uma qualquer disposição da lei, olhando ao acto postulativo, que lhe faça aderir um qualquer efeito tabelado” (p. 266).

3 Relembrem-se as linhas gerais do tema expostas por STEFANO, Giuseppe de. *Studi sugli Accordi Processuali*. Milano: Giuffrè, 1959. Ainda BARBOSA MOREIRA, que apontou silêncio sobre o tema na doutrina: *Convenções das partes sobre matéria processual. Temas...cit. Terceira Série*, p. 87.

4 “liberdade jurídica é a possibilidade de a pessoa atuar com eficácia jurídica. Do ponto de vista do sujeito, realiza-se no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Encarada objetivamente, é o poder de regular juridicamente tais relações, dando-lhes conteúdo e efeitos determinados, com o reconhecimento a proteção do direito” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 344). Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: RT, 2013, p. 160 ss.

5 Cf. BARBOSA MOREIRA. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989, *passim*.

6 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, disponível em www.abdpc.org.br, consultado em 20 de outubro de 2012.

Trata-se, indubitavelmente, de uma discussão clássica que exige e suporta cores absolutamente novas, afastando-se definitivamente o receio de que a publicização do processo não possa conviver com a autonomia privada.

O amadurecimento da teoria processual deveria implicar uma aversão a sectarismos e maniqueísmos doutrinários; além disso, deveria assimilar, com desconcertante naturalidade, a efetiva participação das partes nos momentos relevantes do processo, mas não é o que se verifica no atual debate⁷.

O estudo do processo como fenômeno cultural e ideológico não é recente, mas pode-se considerar que há novidades nos argumentos e na intensidade dos debates doutrinários, com ampla produção de estudos envolvendo que vem sendo denominado de “publicismo” e “privatismo” processual⁸.

A participação das partes no processo vem sendo objeto de novas abordagens, sobretudo com publicações acerca da cooperação ou colaboração no processo e uma nova visão acerca do princípio do contraditório. Decorre dessas discussões a necessidade de se estudar o âmbito normativo da autonomia privada no processo e, correlatamente, os limites e possibilidades da atuação do juiz⁹.

Os poderes instrutórios do juiz, por exemplo, assumem peculiar importância no debate cultural do processo atual, com nítidas posturas ideológicas que não raro obnubilam o entendimento, com discursos maniqueístas que não contribuem para a compreensão do tema. Trata-se, na verdade, de discussão que dominou boa parte do século passado, mas, inegavelmente, é renovada com força nova a partir da própria modificação sócio-cultural que, forçosamente, afeta o modelo de processo compatível com o Estado Constitucional.

7 Para um panorama sobre o atual debate, com ênfase em argumentos favoráveis ao “privatismo”, mas com trabalhos contrários a essa ideia, vale conferir a coletânea *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. Veja-se, ainda, uma introdução à visão “garantista” do processo em “Crônica da Primeira Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia”, subscrita por Adolfo Alvarado Velloso, Eugenia Ariano Deho, Franco Cipriani, Federico G. Dominguez, Luís Correia de Mendonça, Girolamo Monteleone e Juan Montero Aroca, publicada na *Revista de Processo*, nº 145. São Paulo: RT, março de 2007. Veja-se, ainda, uma introdução à visão “garantista” do processo em “Crônica da Primeira Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia”, subscrita por Adolfo Alvarado Velloso, Eugenia Ariano Deho, Franco Cipriani, Federico G. Dominguez, Luís Correia de Mendonça, Girolamo Monteleone e Juan Montero Aroca, publicada na *Revista de Processo*, nº 145. São Paulo: RT, março de 2007.

8 Além do livro citado na nota anterior, registre-se importante referência bibliográfica sobre o debate recente: GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, nº164. São Paulo: RT, outubro de 2008. Também a versão escrita da conferência proferida por Eduardo José da Fonseca Costa: Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 82. Belo Horizonte: Fórum, abril/junho de 2013. E a recente coletânea que apresenta amplo panorama sobre o debate: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Freddie Didier Jr., Glauco Gumerato Ramo, José Renato Nalini e Wilson Levy (org.). Salvador: JusPodivm, 2013.

9 “Ora, a idéia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes. Aceitas essas premissas axiológicas, cumpre afastar a incapacidade para o diálogo estimulada pela atual conformação do processo judicial brasileiro, assentado em outros valores” (OLIVEIRA, Poderes do juiz...cit., p. 8).

Há que se trabalhar, evidentemente, com a autonomia das partes não mais no sentido privatístico clássico¹⁰, mas, sim, dentro de uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade.

Como desdobramento desse panorama, a autonomia das partes e a existência de um processo cooperativo devem ser confrontadas, para que se examine se os modelos se aproximam ou se repelem.

O estudo sobre os fatos jurídicos processuais¹¹, mais precisamente sobre os negócios jurídicos processuais¹², mostra-se fundamental, na medida em que se devem mensurar precisamente os limites e as possibilidades da atuação das partes, não mais, repita-se, com uma visão privatística, e muito menos com um viés estatizante, que rechaça a participação dos destinatários do resultado do processo, como se fossem figuras incapazes e, até, inconvenientes.

Na realidade, superada a *summa divisio* entre o privatismo e publicismo¹³, deve ser buscado um processo efetivamente democrático, em que convivam os poderes do juiz e a autonomia das partes, sempre balizados pela conformação constitucional dos direitos fundamentais.

Há que se rechaçar, portanto, uma cultura processual paternalista, em que aniquila a autonomia¹⁴ das partes para lhes oferecer a salvação por meio de um poder revelado e revelador¹⁵. Deve-se evitar uma espécie de “patrimonialismo” processual, em que há, na linha conceitual de Raymundo Faoro, violação da “igualdade jurídica e das garantias institucionais contra o arbítrio” e “torna o indivíduo dependente do poder que lhe dita, pela definição de valores, a conduta”. Esse patrimonialismo “aponta, em consequência, para um sistema autocrático, que, em lugar de se

10 Na própria teoria clássica do negócio jurídico privado já se via essa limitação da autonomia privada (cf., entre tantos, BETTI. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Fernando Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra, 1969, pp. 107 e 118/119). Confirma-se, ainda, com profunda construção crítica, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, capítulo XII. Ainda: PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982, capítulo 1. Confirma-se, ainda, a evolução do conceito de autonomia provada em DUQUE, Marcelo Schenk. *Ob. cit.*, p. 150 e ss.

11 Cf., DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

12 Cf., especificamente, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: análise dos movimentos judiciais como atos negociais*. Tese de Doutorado. Salvador: UFBA, 2011.

13 Sobre a separação entre o público e privado, confirma-se, com extremo proveito: ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado na Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2009. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, capítulo 5. PISANI, Andrea Proto. *Publico e privato nel processo civile*. *Revista de Processo*, nº 207. São Paulo: RT, maio de 2012.

14 Sobre a autonomia pessoal, o paternalismo estatal e a democracia: DAHL, Robert A. *A Democracia e seus Críticos*. Patrícia de Freitas Ribeiro (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2012, especialmente capítulo 7, em que se expõe “a presunção de autonomia pessoal”, que consiste na seguinte sentença: “na falta de uma prova definitiva em contrário, todos são, em princípio, os melhores juízes de seu próprio bem e de seus próprios interesses” (p. 155). Sobre o processo e democracia: ZANETTI JR., Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; Nunes, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Conceito, 2011.

15 Lembre-se da figura alegórica de Júpiter como modelo de juiz tal qual exposto por François Ost: Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Isabel Lifante Vidal (trad.). *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 14, Alicante, 1993. Para uma apreciação crítica desse modelo, vinculando o juiz Júpiter como modelo liberal-socialista: ZANETTI JR., Hermes. *Processo Constitucional...cit.*, item 3.1.4.

desenvolver segundo uma ordem em que a sociedade é autônoma, afirma a dependência ao poder da autoridade¹⁶.

Nesse sentido, o paternalismo e o messianismo se aproximam, sempre por meio de uma postura solipsista, e o processo democrático se afasta. Se a publicização do processo¹⁷ ensejou indiscutíveis conquistas, o rechaço à ideia de efetiva participação das partes e da formulação de negócios jurídicos processuais, como se integrassem uma espécie de trauma epistemológico, não encontra mais lugar nesta quadra histórica.

Não se pode considerar constitucionalmente adequada uma realidade em que o processo deixa de ser *coisa das partes*¹⁸ e praticamente passa a ser uma *coisa sem partes*.

O afirmado nas linhas anteriores não prejudica a ideia de que o processo pode e deve ser um espaço democrático e, na companhia de Ovídio Baptista da Silva, este texto possui “o propósito de assumir uma posição decidida na defesa da jurisdição estatal, como instituição indispensável à prática de um autêntico regime democrático”¹⁹.

Em relação aos métodos de resolução de conflitos, fala-se que no Brasil prevalece a “cultura da sentença”²⁰, mas talvez seja mais adequado falar em uma cultura burocrática ou cultura da estatalidade, no sentido de Estado provedor de todos os serviços públicos essenciais.

Não se pode utilizar como parâmetro, quando se pretende analisar a situação da litigiosidade brasileira, a realidade existente em ilhas de excelência e de exceção, como os centros de mediação existentes em poucas cidades e faculdades e uma assistência jurídica gratuita eficiente. A arbitragem, em um contexto sócio-cultural como o brasileiro, é uma reserva luxuosa, muitíssimo distante da esmagadora maioria das comarcas brasileiras.

Em regra, tendo em conta que a sociedade brasileira é carente de meios e de informações, temos um país continental desprovido de assistência jurídica em um

16 FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. *Revista USP*, nº 17. São Paulo, 1993, p. 16.
17 JARDIM, Afrânio Silva. *Da Publicização do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.

18 Para uma visão do pensamento do processo como coisa das partes, em 1865, TARUFFO. *La Giustizia Civile in Italia dal' 700 a Oggi*. Bologna: Mulino, 1980, pp. 128/129 e 142/149). Colhe-se, na p. 188 da referida obra, este excerto que bem revela o pensamento que levou à “reação” publicista: “Il mutamento di indirizzo della dottrina che in questi anni si verifica non discende invero dall'assunzione esplicita di un'ideologia politica diversa da quella liberale, e tanto meno dei principi socialisti, bensì da un'evoluzione che si colloca essenzialmente sul piano della cultura giuridica, e solo indirettamente contiene implicazioni ideologiche. Il centro del problema è rappresentato dalla definizione della natura publicista del processo civile, e dalla definizione del concetto del 'diritto di azione'. [...] In ogni caso, la c. d. 'pubblicizzazione' del processo civile inverte e presuppone di fondo che erano alla base del codice del 1865 e della dottrina ottocentesca: il processo non è più esclusivamente un 'affare delle parti' ma un luogo in cui si esprime l'autorità dello Stato; esso non mira solo alla tutela di interessi privati, ma realizza l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia; il perno del processo non è più l'iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice. In sintesi, il processo non è più visto come una forma in cui si esplica l'autonomia privata nell'esercizio dei diritti, ma come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati in vista dell'attuazione della legge”. E, na p. 191 da mesma obra, uma fundamental observação, mas pouco referida: “L'obbiettivo della polemica di Chiovenda non è l'autonomia privata, né tanto meno la natura privatistica del diritto sostanziale, ma la degenerazione che essa produce in un sistema che a tale autonomia rimette integralmente l'andamento del processo, congegnando quest'ultimo in modo da farne non uno strumento di giustizia, ma un'arma vessatoria a disposizione di chi si giova del formalismo, dei tempi lunghissimi e dei costi elevati del processo”.

19 *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. IX.

20 Expressão utilizada por Kazuo Watanabe e muitíssimo reproduzida: *Cultura da sentença e cultura da pacificação. Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coord.). São Paulo: DPJ, 2005.

imenso número de municípios²¹, com comarcas cujas sedes são muitíssimo distantes das demais cidades que a compõem, não raro sem juízes, defensores e promotores de justiça titulares, com precárias instalações físicas e frequentemente com horários de funcionamento bastante limitados.

Numa situação desse tipo, pensar em meios alternativos de resolução de conflitos é uma realidade muitíssimo remota. Não é necessário contemplar realidades distantes dos grandes centros para se atestar essa penúria assistencial, bastando conferir algumas comarcas no estado do Rio de Janeiro, que, mesmo tendo poucos municípios e contando com um bem estruturado serviço de Defensoria Pública, não possuem um sistema de conciliação e mediação próximo de ser satisfatório.

Em pesquisa divulgada em março de 2013, a Associação Nacional dos Defensores Públicos e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada constataram que faltam defensores públicos em setenta e dois por cento das comarcas brasileiras, ou seja, apenas um quarto das comarcas conta com a prestação desse serviço²².

Não se pode prescindir desses dados e dessa realidade quando se trata de questões processuais, porque, entre outras razões, *“las formas de solución de conflictos son en gran parte um reflejo de la cultura en la cual se integran; no son un sistema autónomo fundamentalmente producto de expertos y especialistas aislados”*²³.

Nesse contexto, não parece adequado demonstrar um entusiasmo abstrato com a ideologia de alternativas em relação ao Judiciário, quando a própria prestação estatal apresenta tais carências que, necessariamente, refletem-se na ausência de profissionais capacitados para o exercício da mediação e da conciliação extrajudiciais.

Vivemos em uma realidade na qual a busca pelo Judiciário não é só natural como é quase obrigatoria para significativa parcela da população²⁴.

Isso não significa, contudo, que deva haver uma postura resignada da academia e, em uma espécie de conformismo sociológico, ignorar as formas alternativas de resolução de conflitos, não só porque se trata de uma exigência contemporânea²⁵, como também porque é uma realidade prática, ainda que em escala menor, além do fato de que a relação entre a doutrina e a cultura é de recíproca influência²⁶.

21 Segundo o III Diagnóstico das Defensorias Públicas do Brasil, divulgado pelo Ministério da Justiça em 2009, metade das Defensorias Públicas estaduais possui apenas quinze anos de instalação formal, sendo que há em torno de cinco mil defensores na ativa em todo o território nacional, com uma média de um defensor para trinta e cinco mil pessoas.

22 A pesquisa está integralmente disponível no endereço www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria.

23 CHASE, Oscar G. *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Fernando Martín Diz (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 21. Sobre a relação entre a cultura e as alternativas para resolução dos conflitos: TARUFFO. Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

24 Interessante observação de Taruffo no sentido de que o incentivo à utilização dos meios alternativos revela uma face “dramaticamente negativa”, por apostar na disfuncionalidade da justiça estatal e apontar para uma “fuga da jurisdição” (Una alternativa...cit., pp. 115/116 e 120). Essa fuga da jurisdição estatal é bem descrita por Paula Costa e Silva: *A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009, pp. 19/21.

25 Cf., SILVA, Paula Costa e. *A Nova Face...* cit.

26 CHASE, ob. cit., pp. 25 e 185/188. E nem há exclusivamente influência cultural na formação dos modelos de prova, mas também incidem outras tantas influências, como o modo com que se administra a atividade judicial, cabendo registrar que, na evolução histórico-cultural, o que se mostra ultrapassado em dado momento foi uma verdadeira evolução no passado. Nesse sentido, por exemplo, o sistema de provas legais foi uma relevante iniciativa para superar os modelos de provas irracionais (DENTI, Vittorio. *La evolución...* cit., pp. 81/81).

Pretende-se, portanto, propor a valorização do consenso das partes que visa a produzir efeitos em um processo jurisdicional, isto é, aposta no acordo tendo em vista o processo jurisdicional estatal, que, em certo sentido, torna-se uma alternativa às alternativas²⁷.

Como afirma Michele Taruffo, “dado que la jurisdicción sigue siendo la primera y principal alternativa, las técnicas de mediación y de arbitraje pueden emplearse *en el contexto* de la jurisdicción. En este sentido, hay un espacio amplio para soluciones nuevas, que pongan a los ciudadanos realmente en posición de resolver suas controversias de manera equitativa, legítima y eficiente”²⁸.

Evidentemente a penúria estrutural antes retratada afeta toda e qualquer forma de consenso²⁹, mas, por ser o processo frequentemente o último refúgio da cidadania, com mais razão trata-se de um espaço para que os direitos fundamentais se realizem em sua plenitude, notadamente o exercício de um contraditório efetivo que observe a autonomia das partes.

2. O processo civil brasileiro, a ideologia e a cultura

Não é fácil, “quando se sai dos tipos ideais puros e se entra na história, com suas mesclas e impurezas”³⁰, fixar com exatidão o âmbito ideológico e cultural de um processo estatal, sobretudo porque inexitem compartimentos estanques que forneçam um exato modelo de processo em determinada quadra histórica recente, na medida em que componentes privatistas e publicistas convivem ao longo do tempo, ainda que em uma relação um tanto difícil³¹.

No processo civil brasileiro, há dois dados fundamentais que indicam o caminho cultural e ideológico da formação da teoria processual.

O primeiro relaciona-se com a história política do século vinte, especialmente nos momentos em que houve as codificações processuais, em que havia reconhecida postura autoritária e escopo de concentrar poderes nas mãos do Estado.

27 TARUFFO. Una alternativa...cit., pp. 120/125. Trata-se apenas de um jogo retórico, já que não se desconhece que a mediação e a conciliação podem ser obtidas no decorrer do processo, ainda que, repita-se, a qualificação exigida para que seja realizada com técnica adequada é bastante precária. Sobre o uso retórico da situação, mas com enfoque diverso sobre o mesmo texto de Taruffo: SILVA, Paula da Costa e. *A Nova Face...cit.*, p. 36.

28 Idem, p. 126. Ressalvo discordância com o autor por ele conferir demasiado protagonismo ao juiz na proposição de adaptações procedimentais (p. 124, especialmente).

29 Especificamente sobre a mediação, é esclarecedor o estudo de Fernanda Tartuce: *Mediação nos Conflitos Civis*. São Paulo: Método, 2008. Confira-se, ainda, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, bem como o estudo que a contextualiza: LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagastra. *Mediação Judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Registre-se, porém, que, como qualquer método de resolução de conflitos, a mediação e a conciliação não são alternativas neutras ou essencialmente benevolentes e podem tornar-se espaço para amplificar a desigualdade entre as partes, com a sobreposição do “mais forte” sobre o “mais débil” (TARUFFO. Una alternativa...cit., p. 117). Acerca de um absoluto ceticismo em relação a qualquer modalidade de acordo, incluindo a mediação: FISS, Owen. *Contra o acordo. Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Daniel Silva e Melina Mós (trad.). São Paulo: RT, 2004, *passim*, sendo que especificamente sobre o “desequilíbrio de poder” nas pp. 124/128.

30 FAORO, Raymundo. Ob. cit., p. 17.

31 “dada a impossibilidade de que um processo seja exclusivamente *adversary* ou exclusivamente *inquisitório*, o deslocamento do ponto de equilíbrio entre os poderes e as prerrogativas das partes, de um lado, e os do juiz, do outro, é suscetível de produzir uma reviravolta no espírito de um sistema jurídico no que concerne ao verdadeiro caráter do processo civil” (JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do *adversarial system*? José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista Forense*, Vol. 328. Rio de Janeiro: Forense, outubro/dezembro de 1994, p. 61). Cf., ainda, PISANI. Pubblico e privato nel processo civile. *Revista de Processo* nº 207. São Paulo: RT, maio de 2007, *passim*.

O segundo dado vincula-se a uma influência doutrinária europeia que moldou toda doutrina daquele tempo, com evidente influência na doutrina posterior.

Sobre esse específico ponto, vale transcrever excerto de importante trabalho de Daniel Mitidiero sobre o tema:

“É com o Código Buzaid que sentimos, em toda a sua extensão, a força da invasão da cultura jurídica europeia sobre o processo civil brasileiro. [...] O processo civil nasce no final do século XIX, na Alemanha, profundamente influenciado pela pandectística. Isto irremediavelmente marca o direito processual civil com uma característica cientificista, que acaba por determinar sua neutralidade em relação à cultura. O programa alemão para ciência do processo é encampado pela doutrina italiana da primeira metade do século XX, daí aportando para o direito brasileiro. O Código Buzaid marca a consagração do Processualismo no Brasil, relevando na sua disciplina as lições da Escola Histórico-Dogmática italiana, de que tributário. Do ponto de vista estrutural, organiza-se de modo a propor como esquema padrão para tutela dos direitos o trinômio processual cognição-execução forçada-cautela. Ao lado desta estrutura, o Código Buzaid acaba tendo em conta a realidade social e os direitos próprios da cultura oitocentista, por força do neutralismo inerente ao Processualismo e por ter levado em consideração como referencial substancial o Código Bevilacqua, o que redundou na construção de um processo civil individualista, patrimonialista, dominado pelos valores da liberdade e da segurança, pensado a partir da ideia de dano e vocacionado tão somente à prestação de uma tutela jurisdicional repressiva”³².

Esse trecho transcrito fornece valiosos subsídios para uma análise inicial. O primeiro ponto está precisamente na demonstração da influência da doutrina europeia do final do século XIX, mas, ao contrário do que sabidamente ocorreu no início do século XX naquele continente, com o início da preocupação com o publicismo e com a visão social do processo a partir de Klein³³, aqui se buscou uma mescla entre o processo liberal com uma postura autoritária.

Note-se que um dos argumentos mais utilizados para se afastar a efetiva participação das partes no processo civil é a ruptura com uma “visão liberal do processo”, mas o processo civil brasileiro é pródigo em estruturas liberais³⁴. Pois a codificação processual brasileira, sem que tenha havido um efetivo Estado liberal no

32 Prossegue o autor: “Utilizamos a expressão Código Buzaid, a uma, para denotar a existência de um verdadeiro sistema processual proposto por Alfredo Buzaid, e, a duas, para separar este sistema do modelo processual hoje vigente, para o qual reservamos a expressão Código Reformado. O Código Buzaid, como sistema, teve vigência entre nós de 1974 a 1994, ano em que se iniciaram as reformas estruturais do Código de Processo Civil. Últimas estas reformas em 2006, pode-se cogitar hoje de um novo sistema processual civil, o Código Reformado, a que a doutrina vem tentando incansavelmente imprimir ordem e unidade” (O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, nº 183 São Paulo: RT, maio de 2010, pp. 185, 190/191 e 176, nota 30, respectivamente).

33 Cf. OLIVEIRA, Carlos Albero Alvaro. *Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, especialmente itens 4.5 e 4.6. Amplamente: NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. Sobre o tema: “o grande êxito de Klein consistiu na compreensão sociológico-econômica da instituição processual [...] Das normas processuais modernas, o processo austríaco foi o primeiro que tomou a sério a efetivação do conhecimento de que o processo seria uma manifestação social das massas e deveria ser organizado como instituição de bem público” (SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual austríaco. *Revista de Processo* nº 17, São Paulo: RT, janeiro/março de 1980, p. 149).

34 Além do referido trabalho de Mitidiero, há o fundamental *Processo e Ideologia*, de Ovídio Baptista da Silva, já citado, e a coletânea de estudos de sua autoria publicada como *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Veja-se, também, o capítulo 2 de NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Luiz Corção (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

país³⁵, afastou a prominência privada própria do liberalismo e instituiu o publicismo para garantia do próprio pensamento liberal³⁶, em uma miscelânea ideológica difícil de catalogar.

Quanto ao reforço da autoridade estatal, nada mais ilustrativo e eloquente do que a transcrição de trecho da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, de autoria de Francisco Campos:

“O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade. Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica. Nem se diga que essa autoridade conferida ao juiz no processo está intimamente ligada ao caráter mais ou menos autoritário dos regimes políticos. É esta a situação dos juizes na Inglaterra: esta, a situação pleiteada para eles, nos Estados Unidos, por todos quantos se têm interessado pela reforma processual”.

Antes de prosseguir na análise dessa postura ideológica, convém estabelecer desde já que inexistente relação entre privatismo e democracia e publicismo e ditadura ou qualquer outra combinação entre esses esquemas políticos³⁷. Isso é importante

35 CLARO, Roberto del. *Direção Material do Processo*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo: 2009, pp. 203/206 (nessa tese encontra-se interessante estudo sobre os poderes do juiz na Alemanha, onde o autor estudou e onde efetivamente o pensamento liberal se fez presente em sua plenitude). Outro ponto a ser questionado é o conceito de liberalismo do qual se faz uso. Na realidade, não houve apenas um único pensamento liberal e a análise do Liberalismo se mostra bastante complexa: MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo Antigo e Moderno*. Henrique de Araújo Mesquita (trad.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Álvaro de Vita (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2011.

36 Acerca dessa “miscelânea ideológica”, convém consultar as observações de Cappelletti em *Processo, Ideologias, Sociedad*. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: EJE, 1974, pp. 99/100.

37 Cf., TARUFFO. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *La Prueba*. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltran (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 160/164. Análise sucinta e precisa em CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, nº 153. São Paulo: RT, novembro de 2007, pp. 37/38. Também BARBOSA MOREIRA: O neoprivatismo no processo civil. *Temas de Direito Processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, item 4. Se nos valermos do sintético conceito de ditadura elaborado por Franz Neumann, veremos que esse sistema é possível tendo como base o privatismo e o publicismo: “governo de uma pessoa ou de um grupo de pessoas que se arrogam o poder e o monopolizam, exercendo-o sem restrições” (*Estado Democrático e Estado Autoritário*. Luiz Corção (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 257). Pense-se, por exemplo, nos processos em países comunistas, em que a

sobretudo para não vincular os pensamentos doutrinários que propugnaram o publicismo processual e foram contemporâneos de governos totalitários, sem que haja uma necessária relação entre as situações³⁸.

Acerca do impacto doutrinário e ideológico decorrente da codificação brasileira antes citada, é bastante eloquente a apreciação de Machado Guimarães:

“Temos para nós, porém, que esse caráter inquisitório do processo resulta do reconhecido bom-senso inglês, sempre tão sensível às necessidades de ordem prática, e que empresta às suas concepções filosóficas e jurídicas uma acentuada coloração pragmática. Reconhecendo que o

publicização atingiu grau máximo (cf. CAPPELLETTI. *Processo, Ideologias, Sociedad*. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: EJE, 1974, pp. 86/87).

38 Insuperáveis, no ponto, as observações de TARUFFO, cujas transcrições, posto longas, mostram-se fundamentais: *“Ciò che il fascismo apporta di proprio sotto questo profilo è essenzialmente il riferimento, frequente e diffuso con varia intensità nella dottrina degli anni trenta, al principio autoritario; nel processo civile, ciò significa da un lato l’adesione alla concezione pubblicistica del processo - che esalta il ruolo dello Stato nella soluzione dei conflitti -, e dall’altro la tendenza ad un consistente rafforzamento dei poteri del giudice rispetto a quelli delle parti. Tuttavia, se si trascurano le formule derivanti dal linguaggio dell’epoca - spesso usate come mere clausole di stile apposte per piaggeria o conformismo anche a trattazioni di contenuto strettamente tecnico -, è facile osservare che su entrambi i punti il fascismo non inventa nulla di nuovo, e si limita a dare una riverniciatura terminologica a principi ormai ampiamente elaborati e diffusi nella dottrina sul processo civile, indipendentemente dall’orientamento ideologico dei suoi esponenti. Già con Chiovenda, come si visto più sopra, l’ultima dottrina liberale aveva posto il problema della riforma del processo nei termini della concezione pubblicistica e dell’aumento dei poteri del giudice, ravvisandovi i principi necessari per la razionalizzazione e l’ammodernamento funzionale del processo civile. Come pure si è visto, l’importanza e il successo dell’impostazione chiovendiana derivano soprattutto dal fatto che nei termini della concezione liberale ‘pura’ i problemi della semplicità e rapidità del processo possono trovare soluzione, sicché l’alternativa diventa quella di risolvere questi problemi superando i limiti della tradizione ottocentesca, o rimanere nel solco di questa tradizione senza però affrontare seriamente la crisi endemica della giustizia civile. Ne deriva che quando il fascismo - soprattutto con i progetti Solmi - recepisce i temi della pubblicizzazione del processo e dell’aumento dei poteri del giudice, lo fa in quanto essi sono compatibili con la concezione che il regime ha dello Stato, ma contemporaneamente si allinea su quelle che ormai sono le uniche soluzioni praticabili sul piano tecnico per uscire dall’impasse in cui si era venuta a trovare la concezione liberale ‘pura’, e dal fallimento delle riforme attuate in epoca prefascista. Ciò non implica che Chiovenda, e gli altri autori che accolgono la concezione pubblicista del processo, siano oggettivi precursori o fiancheggiatori del fascismo; significa invece che il fascismo recepisce idee e soluzioni che appaiono le uniche - sul piano tecnico e indipendentemente da opzioni ideologiche - capaci di ispirare riforme potenzialmente efficaci. Certo, il fascismo esalta queste idee e le traduce in termini più consoni alla sua ideologia (oltre che alla sua retorica e al suo gusto letterario quanto mai mediocre), ma si tratta appunto di una recezione, no di una creazione dell’ideologia fascista, né di concezioni definibili come ‘oggettivamente fasciste’” (La Giustizia Civile in Italia dal’ 700 a Oggi. Bologna: Mulino, 1980, pp. 244/245). Prosegue o autor: “L’obbiettivo della polemica di Chiovenda non è l’autonomia privata, né tanto meno la natura privatistica del diritto sostanziale, ma la degenerazione che essa produce in un sistema che a tale autonomia rimette integralmente l’andamento del processo, congegnando quest’ultimo in modo da farne non uno strumento di giustizia, ma un’arma vessatoria a disposizione di chi si giova del formalismo, dei tempi lunghissimi e dei costi elevati del processo. Per contro, l’ideale di Chiovenda è quello di un processo rapido, semplice e concentrato, e dunque efficiente: l’ormai lunga esperienza compiuta sul codice del 1865 mostra però che per giungere a questo scopo il far perno sull’autonomia delle parti private è il mezzo sbagliato, sicché altro non rimane che affidarsi ad un deciso ampliamento dei poteri del giudice [...] Non si è però ad un’ideologia autoritaria dello Stato e della società civile, ma solo al convincimento che il funzionamento del processo non debba essere valutato solo nell’ottica della parte cui prodest una giustizia lenta e inefficiente, bensì dal più generale punto di vista di un interesse pubblico a che il diritto sostanziale lesa trovi rapida ed efficace attuazione. Al di là delle sovrastrutture dogmatiche e sistematiche che a volte appesantiscono l’elaborazione chiovendiana non si può d’altronde negare che essa sia storicamente giustificata [...] Il programma di Chiovenda è dunque consono allo ‘spirito del tempo’, ma non perché sia pervaso da un’ideologia autoritaria precorritrice del fascismo, bensì perché interpreta coerentemente la crisi della ideologia liberale ‘pura’ applicata al processo civile” (pp. 191/192). Cf., ainda, CIPRIANI, Franco. *Ideologie e Modelli del Processo Civile: saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: il Mulino, 2010 (1976). *Dottrine del Processo Civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, cuja apreciação sobre a obra de Chiovenda, especialmente nas pp. 200/214, difere-se da elaborada por Taruffo. Sobre a influência política na história do direito, além do aspecto cultural: CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, Legisladores e Professores*. Luís Carlos Borges (trad.). São Paulo: Campus, 2010, *passim*, com ênfase da ideia na p. 76.*

processo autoritário é mais apto à consecução do seu escopo, adotam-no convictamente os ingleses, sem abjurar os seus velhos e caros princípios liberais”, afirmando expressamente que a experiência demonstra que a liberdade individual das partes não ensejava a consecução do escopo de pacificação social, razão pela qual deveria “ceder o passo à autoridade do Estado, manifestada através do órgão de jurisdição”³⁹.

Esse trecho é bastante ilustrativo daquilo que foi observado por Mitidiero e também do que foi dito acerca da mescla entre liberalismo e autoritarismo (no sentido processual do termo), aproximando-se do que se pode chamar do “mito do bom juiz”, que habitou boa parte da doutrina, como se pode ver em Friedrich Stein: “*solo mediante la más absoluta libertad pueden ser útiles a la finalidad de la administración de já justicia toda la formación, experiencia y ciência que nuestros jueces poseen*”⁴⁰. A origem de tal pensamento foi muitíssimo bem detectada por Castro Mendes: “*A luta que a doutrina processualista, sobretudo alemã, travou no século passado contra o regime da prova legal e a favor do regime da livre apreciação das provas, levou à aceitação, muitas vezes meramente subconsciente, da ideia de que basta livrar o juiz de todas as cadeias que o prendiam e permitir-lhe procurar a verdade, para esta ser atingida. Era ainda o mito romântico da bondade, da perfeição inata do Homem*”⁴¹.

O processualismo brasileiro prosseguiu nessa assepsia cultural⁴² e, ainda que apostando na preeminência judicial, concedendo, ao menos abstratamente, amplos poderes para juiz, o Código de Processo Civil de 1973 é considerado uma legislação individualista, patrimonialista e, originalmente, com cunho eminentemente repressivo⁴³.

39 Processo autoritário e regime liberal. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, pp. 133 e 136 (o ensaio foi originalmente publicado em 1940). Não deixa de ser curiosa a referência ao processo inglês, que, ao menos na época em que o artigo foi publicado, era clássica a passividade judicial (cf. ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de conflitos na Inglaterra*. 2ª ed. Teresa Arruda Alvim Wambier (orientação e revisão da tradução). São Paulo: RT, 2012, p. 58. BARBOSA MOREIRA. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *Temas de Direito Processual: Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 182/187. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual: Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007). Uma abordagem crítica sobre o CPC de 39 pode ser lida em SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. *Revista de Direito Processual Civil*. Vol. 1º. São Paulo: Saraiva, 1960, pp. 30/44. CHASE, ob. cit., pp. 94/95.

40 STEIN, Friedrich. *El Conocimiento Privado del Juez*. 2ª ed. Andrés de la Oliva Santos (trad.). Bogotá: Temis, 1999, p. 124. E ainda dizia Stein: “La prueba que hay que practica en el proceso no es una prueba dialéctica, lógica, que simplemente pasa de unos supuestos dados a unas conclusiones determinadas, sino una prueba histórica que pretende despertar en su receptor, el juez, mediante percepciones sensoriales, la representación de lo que se trata de probar” (p. 7). “La libre valoración da prueba ha desligado al juez de las ataduras que antiguamente le impedían poner todo el tesoro de su experiencia de la vida al servicio de la averiguación de la verdad” (p. 41). “Solo mediante la más absoluta libertad pueden ser útiles a la finalidad de la administración de já justicia toda la formación, experiencia y ciencia que nuestros jueces poseen” (p. 124). Esses trechos bem ilustram o impacto ideológico-cultural na evolução do estudo do direito probatório e a necessidade de contextualizar um estudo que é extremamente importante, mas, como não poderia ser de outra forma, foi um produto de seu tempo.

41 *Do Conceito de Prova em Processo Civil*. Lisboa: Ática, s/d., p. 389.

42 “É fundamental perceber que o Processualismo impôs à ciência processual uma atitude neutra com relação à cultura. Ao fazê-lo, acabou perenizando determinado contexto cultural. Ao isolar o direito da realidade social, congelou a história no momento de realização de seu intento. O direito processual civil, ao seguir o programa da pandectística alemã, encampado logo em seguida pelo método italiano, veio se reproduzir ao longo de boa parte do século XX a realidade social do século XIX” (MITIDIERO. O processualismo...cit., p. 182).

43 Idem, pp. 182/190. Cf., também, os trabalhos de Ovídio Baptista da Silva já citados.

Diante desse cenário, com evidente descompasso entre a ideologia da codificação processual civil e a realidade cultural, houve uma “rebelião da prática”⁴⁴ e entretanto surgiu uma legislação dedicada aos direitos transindividuais a partir da década de oitenta⁴⁵, culminando com a edição da Constituição, que deve – ou deveria – imprimir um novo modelo de processo civil. Entretanto, o que se viu na década de noventa do século XX, ao lado de importantes afirmações de direitos fundamentais e dos direitos transindividuais, foi uma incessante busca pela celeridade, ainda que em prejuízo precisamente de alguns direitos fundamentais, olvidando-se a célebre advertência de Barbosa Moreira: “se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”⁴⁶⁻⁴⁷.

Após esse ligeiro panorama sobre o processualismo brasileiro, defende-se neste texto que há maturidade cultural suficiente para receber a autonomia das partes do processo, sem que isso signifique qualquer privatização, mas tão-somente o almejado encontro do processo com a Constituição.

O balizamento à autonomia privada deve ser fornecido pela mesma fonte que a fundamenta, isto é, a perspectiva constitucional, de modo que soa como um desvio de perspectiva pensar o processo hoje em dia sem a inclusão das partes.

Como assinala Dierle Nunes, “uma das chaves mestras dessa releitura do sistema processual passa pela percepção da importância da participação, ou melhor, da comparticipação que permita o exercício pelo cidadão (economicamente débil ou não) de sua autonomia pública e privada no processo. Não é o caso de associar-se a novos sacerdotes, mas simplesmente de reconhecer a importância institucional de todos os sujeitos processuais no sistema de aplicação da tutela”⁴⁸.

O verdadeiro cisma existente entre o cidadão e processo estatal deve encontrar alguma alternativa para ser superado, o que não será possível por meio da exclusão continuada da autonomia da parte no contexto processual⁴⁹, permanecendo atual a impressão de Nelson Saldanha: “O que tem faltado ao privatismo brasileiro é uma delimitação histórico-social, que deveria provir do espírito público e que temperaria e reordenaria suas manifestações. Ao estatismo brasileiro o que tem faltado é uma identificação maior com a realidade nacional e com as necessidades populares – raramente consultadas –, de onde lhe proviria uma maior substancialidade histórica e também uma flexibilidade mais eficiente: tem-lhe faltado ser publicismo”⁵⁰.

44 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 81.

45 Sem olvidar a Lei de Ação Popular, mas que teve seu estudo renovado a partir da legislação da década de oitenta.

46 O futuro da justiça: alguns mitos” (*Temas de Direito Processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5. Os “mitos” tratados no referido texto são: 1) “a rapidez acima de tudo (ou: quanto mais depressa, melhor)”; 2) “a fórmula mágica (ou abraçadabra)”; 3) “supervalorização de modelos estrangeiros (ou a galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha”; 4) “onipotência da norma (ou vale o escrito)”, pp. 2/13).

47 Cf., NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional...cit.*, pp. 154/155.

48 Idem, p. 198.

49 Como afirmam DENTI e TARUFFO: “il rapporto tra il cittadino e la giustizia deve ancora trovare un modo di essere che superi la separazione e la condizione alienante che tuttora in larga misura lo caratterizzano [...] Probabilmente, una delle vie per superare questa frattura è quella di recuperare un più ampio spazio alla partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia, sia nella fase organizzativa che nella fase propriamente giurisdizionale” (*La Giustizia Civile: lezioni introduttive*. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 43).

50 *O Jardim e a Praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 29.

Como já mencionado, parece que grassa no estudo do processo uma espécie de trauma que o modelo processual do século XIX causou na doutrina, porque, mesmo se admitindo que o modelo compatível com a atual quadra histórica vincula-se a garantias constitucionais, reserva-se exclusivamente à jurisdição estatal a função de tutela.

Com efeito, persiste a ideia de que a solução para uma atuação jurisdicional estatal eficiente e constitucionalmente adequada se encontra no próprio robustecimento dos poderes judiciais, como se a hipertrofia fosse a terapia para a dismorfia.

Reitero que não se trata de desacreditar o processo jurisdicional estatal como local apropriado para a realização de direitos, tanto assim que este texto tem seu objeto delimitado precisamente por uma espécie de acordo que só se justifica em virtude de um processo estatal. Entretanto, o que motiva o presente artigo é justamente a desvinculação prática e discursiva das partes do processo estatal, radicalizando a aversão ao pensamento de que o processo é coisa das partes e as excluindo definitivamente da disciplina de fases processuais fundamentais.

3. Um exemplo paradigmático: a distribuição “dinâmica” do ônus da prova

Se o processo atual fosse comparado à imagem de uma equação matemática, as partes assumiriam a função do “fator comum em evidência” e permaneceriam externas à relação que se desenvolveria entre parênteses.

Soa-me heterodoxo, por exemplo, a ênfase que, corretamente, voltou a ser dada ao contraditório e à cooperação e, entretanto, não se conferiu também enfaticamente um papel preeminente às partes em tantos outros momentos processuais, especialmente em questões probatórias. Nada mais eloquente nesse sentido do que o debate sobre a “teoria dinâmica” do ônus da prova⁵¹, em que

51 Para fins de ilustração, essa teoria, com essa denominação, é especificamente examinada nos seguintes trabalhos da doutrina brasileira: SOUZA, Wilson Alves de. Considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, vol. VI. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1996. DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *RT*, vol. 788, junho de 2001. KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002, pp. 137/146. CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 31, outubro de 2005. CAMBI, Eduardo. *Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, pp. 340/346. KNIJNJK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Processo Civil*, vol. 1. 6ª ed. Salvador: JusPodivum, 2006, pp. 519/522. SOARES, Fábio Costa. Ob. cit., pp. 176/182. CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do ônus da Prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. CARPES. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre o Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012. LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, nº 204. São Paulo: RT, fevereiro de 2012. GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de Processo*, nº 208. São Paulo: RT, junho de 2012. MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, nº 208. São Paulo: RT, junho de 2012. COUTO. Camilo José D'Ávila. *Dinamização do Ônus da Prova: teoria e prática*. Doutorado (tese). Universidade de São Paulo, 2011. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. COSTA, Guilherme Recena. Formalismo processual e dinamização do ônus da prova. *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). São Paulo: Atlas, 2012. Sérgio Cruz Arenhart menciona essa expressão, mas, após noticiar seu amplo uso na jurisprudência norte-americana, prefere a denominação “modificação necessária” do regime do ônus da prova (ob. cit.,

praticamente não se vê a referência à participação das partes na fixação da disciplina concreta de seus encargos, quando existe uma norma expressa nesse sentido (art. 333, parágrafo único do CPC)⁵². Rigorosamente, em todas as situações em que é possível a inversão dinâmica do ônus da prova igualmente permite-se o estabelecimento de sua fixação convencional, já que não se vislumbra situação em que os requisitos previstos no parágrafo único do artigo 333 do CPC possam ser ignorados pelo juiz, a menos que se entenda que pode o juiz inverter dinamicamente o ônus da prova em casos de indisponibilidade do direito⁵³ ou em casos que se torne impossível o exercício do direito. Sendo assim, é paradigmática a exclusão das partes do regramento da distribuição concreta do ônus probatório.

Ao se buscar uma engenharia normativa para justificar o poder do juiz para distribuir o ônus probatório de acordo com o caso concreto, desprezando-se a norma positivada que autoriza o regramento pelas partes e, *a fortiori*, conjuntamente pelo juiz, revela-se a persistência cultural de um processo sem partes, mesmo em um momento histórico em que a cultura adquirida autoriza, recomenda e até exige o retorno das partes ao processo estatal sem que isso signifique a recusa a toda evolução conquistada com o publicismo. É sintomático o panorama: reconhece-se a insuficiência

pp. 357/362). Ada Pellegrini Grinover noticia que, no anteprojeto de um Código de Processo Coletivo por ela coordenado, “*a questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova*” (Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Edis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 14). NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 75. São Paulo: Dialética, junho de 2009. REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 93. São Paulo: Dialética, dezembro de 2010. LOPES, João Batista. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. O juiz, as regras sobre o ônus da prova e a teoria das cargas dinâmicas. *Panorama Atual das Tutelas Individual e Coletiva*. Alberto Camina Moreira, Anselmo Prieto Alvarez e Gilberto Gomes Bruschi. (Org.). São Paulo: Saraiva, 2011. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, nº 204. São Paulo: RT, fevereiro de 2012. SILVA, Bruno Freire. A inversão e a distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. *A Prova no Direito Processual Civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. Olavo de Oliveira Neto. Elias Marques de Medeiros Neto e Ricardo Augusto de Castro Lopes (coord.). São Paulo: Verbatim, 2013. LAGASTRA NETO, Caetano. Carga dinâmica da prova e direito de família – julgamentos emblemáticos. *A Prova no Direito Processual Civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. Olavo de Oliveira Neto. Elias Marques de Medeiros Neto e Ricardo Augusto de Castro Lopes (coord.). São Paulo: Verbatim, 2013. DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, ob. cit., pp. 101/108. Na Argentina, além de diversas adesões na jurisprudência, produziu-se uma recente e importante obra coletiva que bem releva a aceitação da teoria: *Cargas Probatorias Dinâmicas*. Jorge W. Peyrano (dir.). Inês Lépori White (coord.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. Críticas a essa teoria são bem sintetizadas no citado estudo de Maximiliano García Grande. Mais recentemente, em uma espécie de resposta aos críticos: PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, nº 217. São Paulo: RT, março de 2013.

52 Esse tema, precisamente a partir das convenções das partes sobre o ônus probatório, foi objeto de exame da tese de doutoramento que apresentei na PUC/SP: *Convenções sobre o ônus da prova - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese. PUC/SP, 2013.

53 A indisponibilidade do direito é um tema complexo e que não pode mais ser encarado pelos processualistas como se fosse um conceito pré-concebido e ontologicamente perene. Sobre o tema, vale conferir: OLIVERO, Luciano. *L'Indisponibilità dei Diritti: analisi di una categoria*. Torino: G. Giappichelli, 2008. DESSI, Ombretta. *L'Indisponibilità dei Diritti del Lavoratore Secondo L'Art. 2113 C.C.* Torino: G. Giappichelli, 2011. GUIDARA, Antonio. *Indisponibilità del Tributo e Accordi in Fase di Riscossione*. Milano: Giuffrè, 2010. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Espaço Jurídico*, v. 11, p. 334-373, julho/dezembro de 2010. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: Limites e Padrões do Consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. UERJ: Tese de doutorado, 2010. NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra: Coimbra, 2004. ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

do regramento abstrato sobre ônus da prova, mas não se busca alternativa na solução normativa já existente. Trata-se, sem dúvida, de uma encruzilhada cultural, em que a herança dificulta o encontro com o presente.

Por isso é que se adota a ideia neste texto de que as convenções sobre ônus da prova simbolizam a atual quadra cultural, que, nesse sentido, mostra-se claudicante: valoriza-se o contraditório, mas excluem-se as partes.

Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça contemplou os temas ora tratados e, pela pertinência temática, devem ser transcritos trechos da ementa:

“[...] O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito. 3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado due process, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. [...] No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e ope legis, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e ope judicis (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo). 6. Como corolário do princípio in dubio pro natura, “Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução” (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar “que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva” (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009)⁵⁴.

Trata-se de julgado inegavelmente relevante, simbólico e que está de acordo com a maioria da doutrina brasileira contemporânea que escreve sobre o tema, especialmente por estender a inversão judicial do ônus da prova à matéria ambiental e por sufragar a insuficiência das regras estáticas que atribuem referido encargo.

Entretanto, do trecho transcrito decorrem algumas características que mais me preocupam do que animam: 1) a miscelânea de princípios invocados, que vem se tornando uma prática comum na jurisprudência e na doutrina brasileiras⁵⁵, como se, por meio de palavras mágicas, as portas da tutela jurisdicional se abrissem para o lado que declamasse mais princípios, quase recriando a clássica sentença literária, que agora seria algo como “se os princípios existem, então tudo é permitido”; no caso citado, no erudito e fundamentado voto, cujo mérito não é o importante a se discutir nesta sede, invocam-se os princípios da “solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como

54 REsp 883.656/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012.

55 Cf., a crítica abordagem de Marcelo Neves em sua recente tese: *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda” e ainda o “princípio da precaução” e o “princípio *in dubio pro natura*”. Questiono se é necessária essa profusão principiológica para permitir a inversão concreta do ônus da prova ou se os princípios são utilizados com a finalidade de conferir autoridade retórica ao argumento; 2) atribuir ao legislador o abrandamento genérico da fixação abstrata do ônus da prova, quando, na realidade, trata-se de uma decisão tópica do juiz, sem autorização normativa expressa *de lege lata*, tanto assim que tantos princípios foram invocados para fundamentar a inversão; questiona-se, pois, a necessidade de compartilhar com o legislador o que, corretamente ou não, deve ser assumido pelo julgador; 3) conferiu-se larga amplitude à possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova, afirmando-se na ementa que a providência é possível “no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo”; vê-se, pois, que os poderes judiciais genéricos autorizariam a inversão do ônus da prova, o que me parece um perigoso tratamento da matéria; 4) por fim, nota-se uma vez mais o aspecto ideológico de centrar no juiz uma espécie de heroísmo processual, mas na condição de solista, já que a partes são simplesmente ignoradas na exposição genérica que se faz acerca dos critérios para inversão do ônus da prova (na leitura do inteiro teor verifica-se que o ministro valeu-se em boa medida de uma exposição genérica e teórica sobre a teoria dinâmica, com ampla citação doutrinária).

Além disso, a diversidade de critérios utilizados pelos juízes para a inversão dinâmica do ônus da prova, como hipossuficiência, proximidade com a prova, facilidade para obtê-la, “normalidade” ou “anormalidade” do fato a se provar, entre outras, pode significar uma fragilidade sistêmica e uma insegurança processual indesejáveis, sem contar a possibilidade de a imparcialidade restar arranhada⁵⁶. Essa inversão afeta igualmente a dimensão subjetiva do ônus da prova, porque elimina toda a previsibilidade necessária para a avaliação das chances e riscos no decorrer do processo. O problema se agrava profundamente se o juiz entender que essa inversão do ônus da prova integra a decisão final, surpreendendo as partes, o que faz do processo uma cilada ritualística ante a ausência de qualquer norma preexistente nesse particular. Mas a principal crítica que vislumbro nesse contexto é o completo solipsismo do juiz em que apostam a doutrina e a jurisprudência favoráveis à ampla flexibilização do ônus probatório. Impressiona que não se mencione a possibilidade, ou melhor, a necessidade de o juiz não só comunicar às partes, mas principalmente integrá-las da tomada de decisão sobre a distribuição concreta do ônus probatório.

Defender a possibilidade de o juiz inverter topicamente o ônus da prova, mas não mencionar a participação das partes nesse contexto decisório, é sintomático e revela muito de nossa cultura processual.

Note-se que, mesmo diante de uma norma expressa no Código de Processo Civil brasileiro há décadas que autoriza convenções sobre o ônus da prova e que tais disposições não podem impossibilitar a defesa do direito em litígio, o critério para a inversão do ônus da prova no caso concreto continua a ser considerado como ato exclusivo do juiz.

⁵⁶ Aqui a situação é diversa da que incide na discussão sobre os poderes instrutórios, na medida em que a inversão do ônus da prova sabidamente pode definir o julgamento. Cf. TARUFFO. *La Semplice Verità: Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009, p. 234 (essa obra recebeu tradução para o espanhol e para o português, ambas editadas pela Marcial Pons).

Poder-se-ia argumentar que, se as partes mantiveram-se silentes, não houve interesse na disciplina privada das regras sobre ônus da prova. Esse argumento impressiona, mas não convence. Entre as funções do juiz está o respeito e o estímulo da participação das partes, inclusive quanto à conciliação em relação ao mérito do processo, não soando razoável entender que a distribuição do ônus da prova não possa ser decidida de modo compartilhado. Além disso, vem sendo construída toda uma argumentação principiológica para demonstrar que é necessário um modelo cooperativo do processo, com uma atuação paritária do juiz e das partes, o que é adequado também para a administração das regras sobre ônus probatório. Na realidade, a rigor, a possibilidade de convenções sobre ônus da prova deveria servir como mais um componente para fundamentar um processo cooperativo e não se valer de uma construção teórica para justificar a máxima efetivação de um dispositivo já existente, mas, diante do esquecimento da possibilidade convencional, vislumbra-se aqui mais um argumento para a utilização do instituto. Acrescenta-se, ainda, que o protagonismo judicial que impera em nosso sistema processual, ao menos desde o Código de 1939, e toda a construção da doutrina processual brasileira formada em meado do século passado, que, por sua vez, formou todas as gerações seguintes dedicadas ao apuro conceitual e ao estabelecimento de bases publicistas do processo, a autonomia privada foi praticamente excluída da prática forense – houve uma espécie de extromissão da autonomia – e a possibilidade de convenções processuais caiu em uma espécie de esquecimento normativo, como se não constasse da legislação.

Chega a ser intrigante a dificuldade com que a doutrina trabalha com a noção de participação das partes no processo, como se houvesse uma ruptura ontológica com a concepção “liberal” e o retorno ao protagonismo – sempre parcial – das partes macularia todo o monumento técnico construído no século XX e que, reconhecidamente, redundou em um processo constitucionalmente inadequado, o que configura uma confusão epistêmica com desdobramentos psicanalíticos, razão pela qual se mencionou que há uma espécie de trauma cultural.

Vejam-se, por exemplo, estas passagens de Barbosa Moreira:

“Vale a pena recordar que, em época não muito distante – à qual vai a nossa dando a impressão de querer assemelhar-se por mais de um prisma –, o processo civil costumava ser visto como ‘coisa das partes’. Tal concepção, que prevaleceu na Europa até a primeira metade do presente século, ligava-se naturalmente à filosofia liberal individualista de que se impregnavam os sistemas políticos então dominantes, e encontrava alento numa peculiaridade do processo civil, como o concebiam e disciplinavam os países europeus: a de ter por exclusivo objeto litígios atinentes a relações jurídicas de direito privado – ao contrário, assinala-se, do que sucede entre nós. Daí a difundida convicção de que ele devia sujeitar-se à ‘soberania das partes’ – reflexo do princípio da autonomia da vontade, entendido em termos praticamente absolutos. À luz de certos aspectos da recente evolução histórica, não será de estranhar que a alguns sorria a ideia de ressuscitar essa moda”⁵⁷. “Enquanto se considerava o processo como ‘coisa das partes’, era natural que se entregasse a estas – ou, talvez mais exatamente, aos respectivos advogados – o comando do ritmo processual e a possibilidade de manejar a seu exclusivo critério outras alavancas importantes, como a colheita do material destinado a ministrar base à solução do litígio. Tal concepção

57 Privatização do processo? *Temas de Direito Processual (sétima série)*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12.

foi denunciada e combatida ao longo de muitas décadas, por juristas inconformados com o amesquinamento que ela impunha à função jurisdicional. [...] Outros tempos chegaram, e com eles a inevitável reação a tal modo de pensar. Começou a ser posto em realce o elemento publicístico do processo. [...] Dir-se-ia consolidada a mudança, e desnecessário qualquer esforço suplementar a seu favor. Eis senão quando o pensamento antigo ameaça querer ressuscitar. [...] Tentar de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos direitos e garantias. Deles não se deve valer-se as partes e seus advogados, para defender os interesses privados em jogo. Ao juiz compete, sem dúvida, respeitá-los e fazê-los respeitar; todavia, não é só isso que lhe compete. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina servir. E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade”⁵⁸. “Outra opção, menos áspera, pode basear-se na pecha, que se lança, de exacerbação do elemento publicístico no processo civil. Pois bem: à orientação contrária não cairá mal, nessa perspectiva, a denominação de privatismo. Sejamos, porém, mais exatos: já que semelhante orientação nos remete à mentalidade dominante em tempos idos – e infelizmente, ao que tudo indica, reerguida da sepultura em que parecia jazer –, numa época em que o processo civil era tido e havido como ‘coisa das partes’, tomamos a liberdade de chamar-lhe *neoprivatismo*, na esperança de que isso não desagrade aos seus ardorosos propagandistas”⁵⁹.

Verifica-se, nesses excertos ora transcritos, que a reação ao “privatismo” é bem mais forte do que a preocupação com a participação das partes do processo, que ainda parece figurar como uma ameaça a todas as conquistas, quase universais⁶⁰, acumuladas nessas décadas em que o processo, ao menos formalmente, consolidou-se como instituição de interesse público. Ao querer assegurar benefícios, fecham-se os olhos para a incontrastável realidade de que o processo se tornou um instrumento em que às partes se reserva o papel de incômodo ainda necessário, ao menos para, em regra, iniciá-lo e custeá-lo. A dificuldade em se trabalhar com o retorno da autonomia das partes, em conjunto com a autoridade judicial, resta patente nos trechos antes transcritos.

O déficit democrático que se vê nos processos não será sequer amenizado se o discurso persistir unicamente no protagonismo jurisdicional, assim como será agravado se houver uma exclusividade privatística dos rumos dos processos.

Ou seja: nem uma exclusão das partes que pareça um autoritarismo estatal, nem uma exclusividade da vontade que se confunda com indiferença estatal.

58 O processo, as partes e a sociedade. *Temas de Direito Processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 33/36 e 40.

59 O neoprivatismo no processo civil. *Temas de Direito Processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101.

60 Cf., TARUFFO, quatro ensaios publicados em *Páginas...cit.*: La recolección y presentación de las pruebas en el proceso civil: tradiciones culturales y tendencias teóricas. La justicia civil. Los sistemas judiciales en las tradiciones jurídicas de *civil law* y de *common law*. La cultura de la imparcialidade en los países de *common law* y de derecho continental. Ainda, do mesmo autor, *Poderes probatorios...cit.*

4. Os “modelos” de processo

Ainda que inexista purismo nos modelos organizacionais de processos e até mesmo se discuta a permanência de sensíveis diferenças entre tipos de modelos⁶¹, persiste relevância teórica na presente explanação, sobretudo porque consiste em um desdobramento natural do que foi exposto nos itens antecedentes, mas também porque os critérios distintivos entre eles situam-se fundamentalmente na divisão de funções entre o juiz e as partes.

Costuma-se classificar os modelos de processo, tradicionalmente, em adversarial⁶², acusatório⁶³ ou dispositivo e inquisitivo⁶⁴, sendo que segundo notícia Michele Taruffo, rigorosamente a designação de “inquisitivo” não é precisa, porque tal modelo só teria existido, em sua forma plena - isto é, iniciado de ofício, desenvolvido em segredo, com provas exclusivamente obtidas pelo juiz e sem respeito a garantias processuais -, na Prússia, na segunda metade do século XVIII⁶⁵.

61 Sobre o tema, inclusive com outras tantas indicações bibliográficas: TARUFFO. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e *common law*. José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista de Processo* n° 110. São Paulo: RT, abril/junho de 2003. *El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Temis, 2008. La cultura de la imparcialidad en los países de *common law* y de derecho continental. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009. Icebergs de *common law* e *civil law*? Macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verificação da verdade. Hermes Zaneti Júnior (trad.). *Temas Atuais de Direito: estudos em homenagem aos 80 anos do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Francisco Vieira Lima Neto e outros (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Também em *Revista de Processo* n° 181. São Paulo: RT, março de 2010. DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Andrea Morales Vidal (trad.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. NUNES, Dierle. THEODORO JR, Humberto. BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, n° 189, novembro de 2010. JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do *adversarial system*? José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista Forense*, Vol. 328. Rio de Janeiro: Forense, outubro/dezembro de 1994. CHASE, Oscar. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista de Processo* n° 110. São Paulo: RT, abril/junho de 2003. BARBOSA MOREIRA. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de Direito Processual (Noná Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Temas de Direito Processual (Noná Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual (Noná Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. Veja-se ainda a reflexão sobre uma tradição jurídica brasileira em DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 41/44.

62 Correto panorama em BARREIROS, ob. cit., pp. 65/109, embora sem apresentar o aprofundamento das divergências entre os processos inglês e norte-americano.

63 É o termo proposto por Taruffo também para o processo civil: Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

64 DIDIER JR. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, n° 198. São Paulo: RT, agosto de 2011. Para um panorama sobre o modelo inquisitivo: BARREIROS, ob. cit., pp. 111/166.

65 Cultura...cit., p. 199. Adolfo Shönke Prefere denominar de Princípio da livre investigação a princípio inquisitivo (*Derecho Procesal Civil*. Prieto Castro e Víctor Fairén Guillén (trad.). Barcelona: Bosch, 1950, p. 38). Sobre o processo inquisito na história: FABIANI, Ernesto. *I Poteri Istruttori del Giudice Civile: contributo al chiarimento del dibattito*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. 11/56.

Registrem-se, também, as críticas de Damaska a essa dicotomia (*Las Caras...cit.*, p. 12 e ss.).

Como já mencionado, há aproximações entre os países que adotam, em princípio, modelos distintos e, após a reforma processual inglesa⁶⁶, profundas divergências se aprofundaram entre os modelos que, em princípio, compartilham a ideologia adversarial⁶⁷, ainda que, na legislação formal, haja normas que autorizem uma atuação ativa do juiz⁶⁸.

Em síntese, considera-se que no modelo adversarial prepondera o princípio dispositivo e no modelo inquisitorial, o princípio inquisitivo⁶⁹, sempre tendo em conta a atribuição de poderes ao juiz ou às partes. Precisamente no ponto de equilíbrio dessa divisão de funções é que se situa o moderno debate entre o publicismo e o privatismo ou garantismo⁷⁰, mas, reitere-se uma vez mais, é grave equívoco vincular a adoção de um desses modelos processuais com o regime autoritário ou democrático *tout court*. Com efeito, além de inexistir a mencionada vinculação, o mero desenho normativo não é suficiente para ensejar a aplicação de um daqueles modelos e a previsão abstrata, por exemplo, de amplos poderes instrutórios servir mais de uma carta de compromissos do que de modo efetivo de condução processual.

O modelo acusatório, portanto, confere às partes a preeminência na condução do processo, sendo que, no modelo adversarial “puro”, há uma competição entre as partes perante um juiz passivo e não há preocupação com o conteúdo da decisão ou o resultado das provas, bastando que se observe a gestão do processo de acordo com a vontade das partes⁷¹.

Já no que pode ser denominado de modelo acusatório de garantias, em que se observam os direitos fundamentais, oferecendo uma tutela jurisdicional efetiva e de acordo com a conformação constitucional do processo, deslocando-se assim, de certa forma, a discussão da divisão de funções entre as partes e o juiz, por inexistir incompatibilidade entre a observância de garantias e a gestão oficial do processo⁷².

66 cf. JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do *adversarial system*? José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista Forense*, Vol. 328. Rio de Janeiro: Forense, outubro/dezembro de 1994. ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de conflitos na Inglaterra*. 2ª ed. Teresa Arruda Alvim Wambier (orientação e revisão da tradução). São Paulo: RT, 2012, p. 58. BARBOSA MOREIRA. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *Temas de Direito Processual: Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 182/187. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual: Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

67 Cf. CHASE, Oscar. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista de Processo* nº 110. São Paulo: RT, abril/junho de 2003.

68 “[...] resulta la diferencia substancial que existe entre la imagen del juez que surge de lãs *Federal Rules of Evidence* y la realidad del comportamiento de lós jueces estadounidenses: la amenaza que constituye el parecer parciales por ser activos en la búsqueda de la verdad lês induce a la pasividad” (TARUFFO. La cultura de la imparcialidad...cit., p. 50).

69 Observa corretamente Didier Jr. que “princípio”, nesse contexto, não é utilizado no sentido de “espécie normativa”, mas, sim, de “fundamento”, “orientação preponderante” etc. Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio-dispositivo; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será. A dicotomia princípio inquisitivo-princípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de “inquisitividade”; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a “dispositividade” (Os três modelos...cit., p. 215).

70 Cf. o panorama elaborado por RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 70. Belo Horizonte: Fórum, abril/junho de 2010. Do mesmo autor, que assume radical postura sobre o tema: Repensando a prova de ofício. *Derecho Procesal Contemporáneo: ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo II. Raúl Tavolari Oliveros (coord.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

71 TARUFFO. Consideraciones sobre...cit., p. 368.

72 Idem, pp. 369/371.

Trata-se de um equilíbrio entre a autonomia das partes, o modelo constitucional do processo e uma condução ativa do juiz, a fim de obter decisões justas⁷³.

Um terceiro modelo de organização do processo centra-se no princípio da cooperação⁷⁴, cujos contornos decorrem do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, em que se inclui o juiz no diálogo processual, a condução do processo não se mantém ao livre arbítrio das partes e muito menos se outorga um papel inquisitorial ao juiz⁷⁵. O processo mantém-se simétrico até a prolação da sentença, quando, por se tratar de ato exclusivo da autoridade estatal, incide uma função eminentemente assimétrica, mas que está submetida igualmente a deveres decorrentes do devido processo legal⁷⁶.

A colaboração ou cooperação atribui deveres aos sujeitos do processo, que podem ser divididos em deveres de esclarecimento, lealdade e de proteção⁷⁷.

73 Idem, pp. 372/374.

74 Cf. OLIVEIRA. Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo. Disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 17/09/2012. DIDIER JR. Os três modelos...cit. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra, 2010. MITIDIERO. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo* nº 194. São Paulo: RT, abril de 2011. BARREIROS, ob. cit., pp. 167/228. Por conta da existência de um processo em cooperação, Daniel Mitidiero designa os modelos processuais como isonômico, assimétrico e cooperativo, em que este último confere ao juiz uma dupla posição: paritário na condução do processo, no diálogo processual, e assimétrico na decisão (*Colaboração...cit.*, pp. 101/102).

75 DIDIER JR. Os três modelos...cit., p. 219.

76 Idem, p. 220.

77 Idem, p. 221. Mitidiero fala em deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio (*Colaboração... cit.*, p. 102). Em relação a esses deveres, exemplifica Didier Jr., inicialmente em relação às partes: " a) dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, par. ún., CPC); b) dever de lealdade: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14,II, CPC); c) dever de proteção : a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879-881, CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574,CPC). Mas também em relação ao órgão jurisdicional é possível visualizar a aplicação do princípio da cooperação. O órgão jurisdicional tem o dever de lealdade, de resto também consequência do princípio da cooperação, conforme já examinado. O dever de esclarecimento consiste no dever de o tribunal de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas. Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo). Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante- convém lembrar que há hipóteses em que se confere a não-advogados a capacidade de formular pedidos, o que torna ainda mais necessária a observância desse dever. O dever de esclarecimento não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes. [...]O dever de consulta é variante processual do dever de informar , aspecto do dever de esclarecimento , compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida ex officio, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. [...]Tem o magistrado, ainda, o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas . Trata-se do chamado dever de prevenção, variante do dever de proteção. O dever de prevenção tem um âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. São quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte (idem, pp. 221/224).

O denominado “garantismo processual”⁷⁸, que reavivou de forma radical o debate entre o publicismo e o privatismo⁷⁹, e consequentemente, entre os modelos processuais ora mencionados, insere-se justamente na gestão da prova.

Trata-se de discussão que perpassa tudo o que foi exposto ligeiramente neste artigo e se refere diretamente aos poderes instrutórios do juiz, tema para o qual se dedicará o item seguinte.

Com efeito, a divisão de trabalho entre o juiz e as partes, como já referido, é o cerne da conformação ideológico-cultural do processo, cujo pêndulo sempre tende para os extremos em que se situam os radicalismos, não raras vezes embaçando relevantes debates e conferindo um tom passional próximo ao paroxismo e ao maniqueísmo⁸⁰.

78 Cf., o panorama fornecido por BARREIROS, ob. cit., pp. 154/166.

79 O centro do debate pode ser conferido no já célebre livro *Proceso Civil e Ideologia*, coordenado por Juan Montero Aroca (ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006), com ensaios de Franco Cipriani, Giovanni Verde, Girolamo Monteleone, Joan Pico i Junoy, José Carlos Barbosa Moreira, Adolfo Alvarado Velloso, Federico G. Dominguez, Eugenia Ariano Deho e Luis Correia de Mendonça, e duas cartas trocadas por Augusto Mario Morello e Juan Montero Aroca. Ainda: CIPRIANI, Franco. *Ideologie e Modelli del Processo Civile: saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. CIPRIANI (coord.). *Stato di Diritto e Garanzie Processuali: atti delle II Giornate internazionali di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. MENDONÇA, Luis Correia de. O pensamento de Franco Cipriani sobre a justiça civil. *Revista de Processo*, nº 172. São Paulo: RT, junho de 2009. QUIJANO, Jairo Parra. *Racionalidad e Ideología en las Pruebas de Oficio*. Bogotá: Temis, 2004. VELLOSO, Alvarado. *Debido Proceso versus Pruebas de Oficio*. Bogotá: Temis, 2004. RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *Derecho Procesal Contemporáneo: ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo II. Raúl Tavorari Oliveros (corr.). Santiago: Puntotex, 2010. COLOMER, VILAR, CUADRADO (coord.). *Juan Montero Aroca - El Derecho Procesal Español del Siglo XX a Golpe de Tango: Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012 (não são todos os artigos que tratam do garantismo processual diretamente, mas, nas mais de mil e trezentas páginas do livro, a grande maioria aborda o tema e oferece um interessante panorama do pensamento sobretudo acerca dos poderes do juiz e sua carga autoritária). Excepcional síntese em GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, nº 164. São Paulo: RT, outubro de 2008.

80 Ao analisar o debate antes referido, Leonardo Greco observa que “o processo civil do nosso tempo, nos países de direito escrito, tem um fundamento liberal essencial, que é a sua própria razão de ser, qual seja, a função de realizar em plenitude a eficácia dos direitos dos particulares tutelados pela ordem jurídica”, acrescentando que “a força desse fundamento não se concilia com um juiz ou um processo autoritário. Ao contrário, é preciso explorar com mais argúcia os espaços de liberdade que as partes devem poder exercer na relação processual e que foram tão intensamente sufocados pela prevalência de uma sistemática concepção publicista, da qual ainda temos muita dificuldade de nos emancipar, pois somos herdeiros de uma tradição cultural de paternalismo estatal e as deficientes condições de vida e da educação básica da maioria da população brasileira infelizmente não contribuem para que os indivíduos se tornem capazes de dirigir o seu próprio destino, sem necessidade da proteção da autoridade estatal”. E prossegue para concluir: “Entretanto, o liberalismo pelo qual precisamos lutar não é mais o do Estado absenteísta do século XIX, mas o do Estado Democrático de Direito do 2º Pós-Guerra, ou seja, o que não apenas respeita o livre arbítrio dos cidadãos na tomada de decisões relativas à sua esfera privada, mas que, no momento em que estes recorrem ao Estado para a tutela dos seus direitos, este, através dos juízes, controla diligentemente se aqueles estão em condições de se autotutelarem e, em caso negativo, supre moderada e parcimoniosamente as suas insuficiências para, sem comprometer a sua imparcialidade, assegurar-lhes o acesso efetivo ao gozo dos seus direitos, tendo em vista que as posições de dominação que prevalecem na sociedade precisam ser neutralizadas, sob pena de entregarem os mais fracos ao jugo incontestável dos mais fortes, em total desrespeito às promessas de construção de uma sociedade erígida sob a égide da dignidade humana e do pleno respeito aos direitos fundamentais. [...] Justiça rápida, sim, para todos e com qualidade. Justiça boa não para os juízes ou os advogados, como meio de vida, muito menos para os governantes, como meio de retardar o cumprimento dos seus deveres, mas para os cidadãos” (Publicismo...cit., pp. 55/56).

5. Poderes instrutórios do juiz

Os diversos problemas envolvendo os poderes instrutórios do juiz originaram diversos estudos nas últimas décadas⁸¹⁻⁸²⁻⁸³, não sendo esta a sede própria para a

81 Cf. BARBOSA MOREIRA, o autor brasileiro que mais cuidou do tema: O juiz e a prova. *Revista de Processo*, nº 35. São Paulo: RT, julho/setembro de 1984. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. Breves reflexões sobre a iniciativa oficial em matéria de prova. *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989. O processo, as partes e a sociedade. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. Por um processo socialmente efetivo. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. Duelo e processo. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. O novo Código Civil e o direito processual. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. O neoprivatismo no processo civil. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. Em célebre conferência, afirmou Barbosa Moreira: “estou, e tenho a certeza de que ficarei até a morte, seguramente, inabalavelmente, convencido de que é preciso que o juiz se compenetre da necessidade de que ele assuma realmente, não formalmente apenas, a sua responsabilidade na direção do processo”. [...] Quando o juiz determina a realização de uma prova, ele simplesmente não sabe que resultado vai obter; essa prova tanto poderá beneficiar uma das partes como a outra; e até diria – se considerarmos que essa atitude do juiz implica parcialidade – que a omissão em determinar a prova também implicará parcialidade, porque se a prova não for feita, dessa falta de prova igualmente resultará benefício para alguém, de modo que estaríamos colocando o juiz na desconfortabilíssima posição de ter de ser sempre parcial, quer atue, quer não atue. Eu prefiro ser parcial atuando, a ser parcial omitindo-me” (Os poderes do juiz. *O Processo Civil Contemporâneo*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). Curitiba: Juruá, 1994, pp. 95/96). Confirmam-se, ainda: BEDAQUE. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011. MARGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. *A Produção da Prova no Direito Processual: o alcance e os limites do ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. CABRAL, Trícia Nvarro Xavier. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. CASTRO, Daniel Pentead. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo. Disponível em www.abdpc.org.br. Acesso em 17/09/2012. CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, nº 153. São Paulo: RT, novembro de 2007. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Insuficiência probatória, ônus da prova e poderes instrutórios do juiz. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 96, março de 2011. WAMBIER, Luiz Rodrigues. SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Miguel Garcia Medina e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008. Amplamente, especialmente sobre a compatibilização entre o princípio dispositivo e os poderes instrutórios do juiz, com farta indicação bibliográfica: LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: RT, 2006, pp. 109 e ss. CAMPO, Hélio Márcio. *O Princípio Dispositivo em Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. Para o debate da questão no processo penal: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003. No Superior Tribunal de Justiça, merecem ser consultados o REsp 17591/SP, o REsp 151924/PR, o REsp 471857/ES e o REsp 1072276/RN. Alguma notícia do tema no direito comparado em: LLUCH, Xavier Abel. JUNOY, Joan Pico. (coord.). *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*. Barcelona: J M Bosch, 2003. LLUCH, Xavier Abel. *Iniciativa Probatoria de Oficio en el Proceso Civil*. Barcelona: Bosch, 2005. TARUFFO. Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. *La Prueba (apêndice 1)*. Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008. SOTELO, José Luis Vázquez. Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil. *Revista de Processo* nº 177. São Paulo: RT, novembro de 2009. JUNOY, Joan Picó i. *El Juez y la Prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, nonsecundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona: Bosch, 2007, segunda parte. É sabido que na Espanha o artigo 429.1, II e III da Ley de Enjuiciamiento Civil prevê a faculdade, na fase de audiência prévia, integrado do juiz, alertando às partes sobre uma possível deficiência das provas propostas, buscando conciliar as profundas divergências ideológicas em matéria probatória na doutrina local; já o artigo 752.1 amplia a atuação probatória oficial nos denominados “processos indisponíveis” (processos que versem sobre incapacidade, filiação e matrimônio, na forma do art. 748 daquela lei). Sobre o tema, além dos textos de Sotelo e Junoy antes referidos, há amplo panorama no recente livro de LLUCH, Xavier Abel. *Derecho Probatorio*. Barcelona: Bosch, 2012, capítulo IV. No processo canônico, a regra é o princípio dispositivo, podendo o juiz exercer poderes instrutórios para evitar injustiças e para estabelecer o equilíbrio na distribuição do ônus probatório, com base na equidade (ORDENANA, Juan Goti. *Tratado de Derecho Procesal Canónico*. Madrid: Colex, 2011, pp. 313/315. Em sentido aproximado, TUCCI e AZEVEDO. *Lições de Processo Civil Canônico: história e direito vigente*. São Paulo: RT, 2001, pp. 104/105 e 122).

82 Para o mais profundo exame do tema de que tenho notícia: FABIANI, Ernesto. *I Poteri Istruttori del Giudice Civile: contributo al chiarimento del dibattito*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

83 Registre-se uma referência histórica: Eduardo Espínola, por expressa influência de Chiovenda e Lessona, elaborou a regra que constou no artigo 127 do Código do Processo do Estado da Bahia, de 1915: “O juiz pode ordenar *ex-officio* as diligências que julgar necessárias para apurar a verdade dos factos allegados, depois de

reconstrução de seus contornos fundamentais. Entretanto, é necessário mencionar algumas linhas gerais sobre o tema, não sem antes assinalar que a tendência atual é o reconhecimento legislativo de poderes instrutórios do juiz⁸⁴.

É conhecida a polêmica sobre a relação entre a imparcialidade do juiz⁸⁵ e sua iniciativa probatória⁸⁶, mas parece-me que esta questão pode ser considerada bem equacionada, em princípio, pela constatação de que tanto a ação judicial quanto a omissão em matéria probatória possui potencial para favorecer alguma das partes⁸⁷.

realizadas as que forem requeridas pelas partes” (*Código do Processo do Estado da Bahia Anotado*. Salvador: Typ. Bahiana, 1916, pp. 499/501).

84 Cf. TARUFFO. Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. *La Prueba (apêndice I)*. Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008.

85 Sobre a questão da imparcialidade, ainda que não apenas ligada diretamente aos poderes instrutórios: TARUFFO. La cultura de la imparcialidade en los países de *common law* y de derecho continental. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009. CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Primeira Série. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (org). Salvador: JusPodivm, 2008. SOUZA, Artur César. *A Parcialidade Positiva do Juiz*. São Paulo: RT, 2008. WAMBIER, Luiz Rodrigues. SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Miguel Garcia Medina e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008, pp. 156/158. Ver, também, o debate acerca da pergunta “A atuação dos poderes instrutórios do juiz fere a sua imparcialidade?”, publicado na *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 70. Belo Horizonte: Fórum, abril/junho de 2010, pp. 219/231. “Não constitui uma ameaça à neutralidade do juiz, mas pelo contrário uma ajuda para a resolução racional e objectiva das questões do caso, se o juiz chamar a atenção das partes para aspectos jurídicos pertinentes, para que elas se possam preparar quanto a estes e para que a sentença não atinja as partes ‘inesperadamente como um raio’” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do Direito*. António Franco. António Francisco Sousa (trad.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 345).

86 “em matéria de prova o poder inquisitivo do juiz é maior que em qualquer outra atividade processual” [...] “convém, entretanto, salientar que a prova não se faz exclusivamente para o juiz; não se poderia ressuscitar a máxima ‘*Iudici fit probatio*’, nem afirmar como outrora se fazia que destinatário da prova é o juiz e não o adversário (*Fides seu probatio est facienda iudici non adversario*). Cada uma das partes tem o direito de conhecer e criticar a prova produzida pela outra e pode até convencer o adversário de boa-fé” TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: RT, 1974, p. 402.

87 Como bem observou Barbosa Moreira, “o uso das facultades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui do órgão judicial a vontade de decidir com justiça, e portanto de dar ganho de causa à parte que tenha razão. A realização da prova pode ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse não é resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará do esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro” (Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual* (Quarta série). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48). No mesmo sentido, com enfoque na igualdade e na vulnerabilidade das partes, Teresa Arruda Alvim Wambier equacionou a questão em termos precisos: “O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como um espectador a um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem a função de impedir que uma das partes venha a vencer o processo, não porque tenha o direito, que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma das partes ser hipossuficiente pode levar a que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. E o processo foi concebido para declarar, lato sensu, o direito que uma das partes tenha, e não para retirar direitos de quem os tem ou dá-los a quem não os tem” (Anotações sobre o ônus da prova. Disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 17/09/2012. Ainda: Reflexões sobre o ônus da prova. *Revista de Processo*, nº 76. São Paulo, RT, outubro-dezembro de 1994). Lembre-se, por fim, de Mauro Cappelletti, pra quem é preciso distinguir imparcialidade de passividade: “o juiz deve ser imparcial em relação ao conteúdo da controvérsia, mas não quanto à relação processual propriamente dita”, acrescentando que deve ser respeitado o princípio dispositivo em sentido “substancial ou próprio” (iniciativa de começar o processo e determinar seu conteúdo), não havendo sentido em preservá-lo no sentido “processual ou impróprio” (Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas. *O Processo Civil Contemporâneo*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). Curitiba: Juruá, 1994, p. 13).

Entretanto, há que se verificar com temperamentos essa imunização da imparcialidade judicial na determinação de produção de algum meio de prova, a fim de que, sob um pretexto democrático e louvável, travestir-se uma condução autoritária e tendenciosa do processo, com uma investigação desenfreada ou busca “poppereana”⁸⁸ de provas para preencher lacunas de conhecimento que, em tese, favoreceriam apenas uma das partes, extrapolando preclusões⁸⁹ e violando limitações probatórias⁹⁰. Trata-se, evidentemente, de uma patologia no uso dos poderes instrutórios, mas não se pode ignorar sua ocorrência, assim como também não se deve excluir a utilização da iniciativa instrutória apenas como forma de demonstração de poder⁹¹, com a finalidade de constranger partes e advogados em audiências ou coonestar algum descumprimento de regra processual por uma das partes.

Outro ponto a ser registrado consiste na omissão no exercício dos poderes instrutórios do juiz e, com isso, a influência no resultado do julgamento, o aprofundamento de desigualdades materiais e o descontrole do arbítrio judicial. Com efeito, pode haver abuso na ação e na omissão, com a peculiar nota de que, em matéria

88 DAMASKA. *Las Caras...cit.*, p. 208.

89 Cf. CABRAL, Trícia. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento...cit.*, pp. 151/166. Entende Heitor Sica que inexistente preclusão em matéria de iniciativa instrutória pelo juiz (*Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 241/243). Assim também Daniel Neves (*Preclusões para o Juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*). São Paulo: Método, 2004, pp. 269/270). Preocupa-me, entretanto, a utilização da iniciativa instrutória como mera demonstração do poder e como meio de burla da segurança do processo, mas, efetivamente, no exercício regular dos poderes instrutórios a ideia de preclusão soaria como obstáculo capaz de tornar letra morta a produção probatória de ofício. Registre-se, contudo, que o raciocínio utilizado para se defender a eficácia preclusiva do despacho saneador (sobre o tema, DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 591/597).

90 Sobre as limitações probatórias, a excelente tese de GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão Racional e Limitações Probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013. Ainda: GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 4, 2009, disponível em www.redp.gov.br, acesso em 19 de dezembro de 2012. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra, 1992. Sobre o livre convencimento e limitação probatória, é interessante esta distinção: “[Não] parece que o livre convencimento possa traduzir-se na possibilidade de o juiz produzir qualquer prova, ainda que para além das previsões legais específicas. Antes, uma vez esclarecido que ‘livre convencimento’ e ‘liberdade dos meios de prova’ não se colocam numa relação de reciprocidade e que, pelo contrário, livre convencimento e taxatividade de meios de prova não são incompatíveis entre si, é justamente a presença dos poderes discricionários do juiz na avaliação das provas que impõe restrições rigorosas à atividade de seleção dos instrumentos de convicção utilizáveis para fins decisórios. Ainda que se possa discutir sobre as conotações dessas restrições, ora identificando-as como vedação à admissão de provas inominadas, ora, mais genericamente, qualificando-as na condição de fatores de equilíbrio entre liberdade e legalidade probatória; francamente, não se explica como a proposição argumentativa possa ser revertida ao ponto de inferir-se do princípio da livre convicção a ausência de qualquer formalidade nas atividades de admissão e produção de provas” (DEAN, Giovanni. In tema di ‘libertà’ e ‘tassatività’ delle forme nell’ acquisizione probatoria a propósito delle ‘ricognizione fotografica’. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1989, p. 834. Tradução de Clarissa Diniz Guedes, para a tese de sua autoria antes citada, que gentilmente me cedeu o texto).

91 Lembre-se a nociva ideia, dita com ares de verdade absoluta por quase toda a jurisprudência e grande parte da doutrina de que “o juiz é o destinatário da prova”, o que leva às conhecidas e autoritárias fórmulas pronunciadas em audiências como “não preciso de mais provas” ou “dispensou as testemunhas porque já estou satisfeito”, como se produção de prova fosse uma espécie de refeição processual para alimentar o intelecto pessoal do juiz. Sobre o tema: MATTOS, Sérgio. O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio? *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). São Paulo: Atlas, 2012. De forma mais ampla: STRECK, Lênio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Veja-se ainda a observação crítica e certa de Maria Elizabeth de Castro Lopes: *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: RT, 2006, pp. 115/117, com a sempre importante lembrança de que o processo não é coisa das partes, mas também não pertence ao juiz.

de poderes instrutórios, dificilmente poderá haver controle das partes. A ausência de padrões decisórios, por exemplo, que tanto atormentam a construção de uma teoria dos precedentes judiciais, também se faz presente nesta temática, na medida em que a iniciativa instrutória é entendida ou exercida como atividade discricionária⁹².

A preocupação sobre essa questão está menos no desinteresse genérico do juiz acerca da instrução da causa, ainda que haja ampla autorização normativa para que participe efetivamente da instrução do processo⁹³, do que no não exercício desse poder casuisticamente. Ou seja: a utilização eletiva e arbitrária da instrução oficial pode configurar um grave problema, como se a iniciativa probatória fosse uma roleta processual⁹⁴. Essa questão refere-se diretamente ao problema da fundamentação das

92 "Puede suceder, ciertamente, que el juez quiera favorecer a una parte serviéndose de sus facultades instructivas, pero es dudoso que en este caso se verifique un verdadero abuso de su discrecionalidad: si tal prueba no sirve para nada, la prueba no modifica el resultado de la controversia. Si, por el contrario, la prueba sirve para determinación de los hechos, entonces es relevante y útil para el proceso, y por lo tanto sigue careciendo de importancia la motivación puramente subjetiva con la cual el juez haya decidido ordenar su práctica. De cualquier manera se busca evitar los abusos, pero la posibilidad de que se cometan no puede llevar a eliminación de los poderes del juez" (TARUFFO. La cultura de la imparcialidad...cit., p. 52). Uma abordagem filosófica interessante sobre as atividades judiciais, especialmente sobre a discricionariedade judícia, vê-se em MARÍN, Rafael Hernández. *Las Obligaciones Básicas de los Jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 255/329.

93 Verifica-se efetivamente uma "postura burocrática dos juizes na maioria dos sistemas de *civil law*, em que não se obteve êxito na implantação efetiva da oralidade e imediatidade processuais, já que na prática o juiz permanece como um *sentenciante de gabinete*, que apenas toma conhecimento da controvérsia no momento mesmo de decidir a causa" GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão Racional e Limitações Probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013, p. 45. Ainda: TARUFFO. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Hermes Zaneti Jr. (trad.). *Revista de Processo n° 181*. São Paulo: RT, março de 2010, p. 171. Como diagnosticou Barbosa Moreira, com permanente atualidade, "cumpre reconhecer que não são muito frequentes, na prática judiciária brasileira, as iniciativas instrutórias oficiais. À luz do que acima ficou dito, seria pouco razoável imputar o fato a eventuais imperfeições da lei. Sem esquecer o comodismo e a 'abulia profissional' - defeitos de que os magistrados, seres humanos, não estão necessariamente isentos -, são causas principais: de um lado, a sobrecarga de trabalho e, em termos genéricos, as condições desfavoráveis sob as quais desempenha suas funções a grande maioria dos órgãos judiciais, sobretudo os de primeiro grau; de outro, a mentalidade ainda dominante em certos setores (inclusive da mais autorizada doutrina), que vê com reserva, quando não com aberta desconfiança, a atuação espontânea do juiz na pesquisa da verdade, por suscetível de fazê-lo descambar para a posição 'parcial' - como se não existissem outros meios, bastante eficazes, de conjurar o risco, sem desestímulo ao exercício, pelo órgão judicial, de poderes que o ordenamento decerto não lhe atribui sem a esperança de que sejam *de fato* utilizados" (A função social...cit., pp. 53/54).

94 Veja-se que a seleção normativa realizada para fundamentar uma solução previamente buscada pelo julgador viola esse contraditório e também pode se dar com uma hábil, ou apenas arbitrária, seleção de fatos e de provas que coonestem uma decisão solipsista. Para ilustrar essa situação, vale transcrever o método revelado com extravagante sinceridade e naturalidade pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello: "Costumo dizer que, como magistrado, ao defrontar-me com uma controvérsia, primeiro idealizo a solução que entendo mais justa para a lide. Somente após, vou à dogmática buscar o indispensável apoio. E ao assim proceder, exerço - porque toda interpretação o consubstancia - um ato de vontade. Vou à dogmática, vou à ordem jurídica em vigor movido por uma inspiração. E essa inspiração atende ao terceiro instituto do trinômio 'Lei-Direito-Justiça'. É, justamente, a busca da almejada justiça" (Voto proferido no Recurso Extraordinário n° 236948/MA, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 31/08/2001, p. 65 o trecho transcrito está na fl. 778 dos autos, conforme cópia disponível no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal). O Ministro, além de se mostrar absolutamente convicto, parece se orgulhar do pensamento, já que o repete há anos, inclusive em ementas de julgamento e no discurso proferido no dia 17 de junho de 2010, em solenidade comemorativa às suas duas décadas como integrante daquela Corte). Para algo ainda mais pitoresco e nocivo para o Estado Democrático de Direito, eis que vizinho da superstição: Min. Dias Toffli: "Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido, e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição.

decisões, já que esse tipo de seleção artificial pode muito bem ocorrer na matéria fática e nada mais perigoso para um Estado de Direito⁹⁵ do que juízes que se confundem com a justiça e, em uma espécie de narcisismo epistemológico, supõem carregar a verdade absoluta, categoria que possui relevância e utilidade apenas em questões religiosas e metafísicas, e que no processo gera apenas um indesejado absolutismo judicial⁹⁶. A fundamentação da decisão é a pedra de toque em um processo que

Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens. [...] É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes (STF - HC 103.412/SP - Publicação DJe: 23/08/12 - Relatora Min. Rosa Weber). Em contraponto a essas declarações, lembro conhecida passagem de Barbosa Moreira: "É certo que é até possível conceber que algum juiz se sinta, de repente, por assim dizer, 'iluminado pelo Espírito Santo', mas dificilmente conseguirá formular de modo convincente e suscetível de controle essa sua iluminação no momento de fundamentar a sentença. Subsistira sempre uma dúvida sobre a verdadeira natureza desse fenômeno..." (Provas atípicas. *Revista de Processo*, nº 76. São Paulo, RT, outubro-dezembro de 1994, p. 115). Interessante passagem de Canotilho são pertinentes para o debate: existem espaços de invisibilidade onde se programa informação relevante para a decisão. Nas antecâmaras da decisão "produzem-se critérios não codificados" que acabam por se transformar, ao arrepio dos critérios formais, nos critérios fundamentadores da decisão. Dir-se-ia, em termos de teoria da informação, que existe aqui um verdadeiro *paradoxo da decisão*: só se pode decidir depois de se obter a informação, mas a informação aqui é discriminatória e invisivelmente introduzida, e é mesmo remetida para o "silêncio" na explicitação fundamentadora. Dito por outras palavras: na perspectiva do sistema da informação os critérios invisíveis e os momentos informais são mecanismos de seleção procedimental ou processual conducentes (ou, pelo menos, influenciadores) à decisão sem que em momento formal algum beneficiem de qualquer explicitação. A invisibilidade é total quando se chega à fase da fundamentação. Em grande número de casos de jûris acadêmicos, primeiro decide-se e depois adapta-se a fundamentação à decisão previamente tomada. (13/14) Exige-se, pois, saber, saber e ciência ao decisor para este decidir com saber e ciência. O decidir é um acto de prudência, pois a prudência outra coisa não é senão a decisão justa, sobretudo em situações de incerteza. O paradoxo da decisão é o de se transformar o incerto em certo através de um processo invisível na produção de informações que não aparecem procedimental ou processualmente, de forma transparente, na produção da decisão (Julgar e decidir as invisíveis manhas da decisão nos "tribunais acadêmicos". *Revista Julgar*, nº 1, 2007, disponível em sites.google.com/site/julgaronline, acesso em 09 de agosto de 2012, pp. 13/15). Sentença não é fruto nem objeto de crença; trata-se de ato estatal submetido a controle e que se submete a um arcabouço constitucional que lhe impõe limites e a condiciona. Problemas que se vislumbram nesse contexto: fundamentação fictícia, dissociadas das circunstâncias do caso concreto; motivação implícita, que se satisfaz com a incompatibilidade aparente entre argumentos, sem que se explique até mesmo no que consiste a incompatibilidade; motivação *per relationem*; motivação que se limita a reproduzir jurisprudência, sem demonstrar a pertinência com o caso concreto. Ainda se vê em autorizada doutrina que o bom juiz possui algo de divino e misterioso: "Los buenos jueces se convierten en impermeables. [...] Las voces de fuera no deben ya resonar porque la sala de deliberaciones es lugar de autónoma interpretación y elaboración de datos adquiridos ritualmente, no es caja de resonancia. [...] El Tribunal Constitucional es lo que se desarrolla en este círculo cerrado, en este crisol de personalidades, ideas, cultura y relaciones interpersonales. Sólo en una mínima parte depende de reglas escritas. Éstas, como mucho, sirven de marco. Lo que cuenta es la institución y la percepción que de ella tienen los jueces. Esto precede en gran medida a las normas positivas. La institución, más en concreto la idea de institución, condiciona el derecho positivo. El derecho, aunque está contenido en normas del más alto nivel formal, tiene siempre, respecto de la conciencia institucional, un valor subsidiario. En esto subyace una máxima que en materia institucional debería estar clara para todos: a menos que se piense en esclavos o robots, no se puede hacer o deshacer instituciones y ordenamientos como los judiciales sin, o peor, contra la conciencia de los que están llamados a vivificarlos con sus energías espirituales" (ZAGREBSKY, Gustavo. *Principios y Votos: El Tribunal Constitucional y la política*. Manuel Martínez Neira (trad.). Madrid: Trotta, 2008, pp. 19/22). Anota Richard Posner que se tem a impressão de que os juízes deliberam em segredo, mas seria mais exato afirmar que o verdadeiro segredo é que não deliberam adequadamente (*Cómo Deciden los Jueces*. Victoria Roca Pérez (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 12/13).

95 NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

96 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme mina consciência?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. O Problema do "livre convencimento" e do "protagonismo judicial" nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Flaviane de Magalhães Barros e José Luiz Bolzan de Moraes (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

leve a sério o devido processo legal. Não se pode confundir a decisão com escolhas arbitrárias do que se produziu em determinado processo. Não se pode entender que o dever de motivação – e o direito à motivação – veicule uma autorização para um econômico, melhor seria dizer avaro, compromisso com a fundamentação. Perdoe-se o truísmo: para que se preocupe com o conteúdo da motivação, primeiro é necessário que essa motivação exista materialmente, em substância, já que sua existência formal não apresenta maiores problemas.

Evidentemente a fundamentação não compreende toda a descrição do caminho mental percorrido pelo juiz na valoração dos fatos e das normas, mas, sim, de uma justificação racional e objetiva acerca da conclusão que se anuncia. Não se trata apenas de um discurso retórico/persuasivo, devendo o juiz demonstrar a veracidade dos fatos de acordo com as provas disponíveis, explicitando as razões que sustentam racionalmente a conclusão⁹⁷. Oportuna a transcrição deste trecho de Arthur Kaufmann: “Se examinarmos a prática judicial actual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou. Ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX. Ainda vigora a tese segundo a qual o juiz ‘só está sujeito à lei’, e, provavelmente, ainda existirão juízes que estão, realmente, convencidos que formulam a decisão de um modo puramente objetivo, baseados única e exclusivamente na lei, sem interferência de nenhum juízo de valor pessoal.” E, após considerar inevitável a carga axiológica do juiz, aponta o autor a existência de “fundamentações aparentes”, concluindo que “censurável é o facto de não argumentarem com clareza, antes proferindo um acto de autoridade/poder (para evitar mal-entendidos,: jurisprudência sem autoridade/poder, sem decisão, não é possível; simplesmente, a autoridade/poder deve justificar-se pela argumentação)”⁹⁸⁻⁹⁹.

Argumentar-se que a indiferença instrutória em determinados casos integra a disputa processual é equiparar o processo a uma competição e subverter toda a lógica que fundamenta a efetivação dos poderes instrutórios do juiz.

Um exemplo singelo, mas do qual decorrem algumas reflexões relacionadas ao tema: um acidente automobilístico envolvendo três carros, cada qual com um condutor, no cruzamento sem sinalização de determinada comarca, que conta com juízo único. Todas as partes são capazes e os direitos pleiteados são disponíveis (pleiteiam-se apenas indenizações em virtude de danos materiais e lesões corporais). Ajuíza-se ação contra um condutor, não se arrolam testemunhas e apenas fotografias são anexadas aos autos e as partes prestam os respectivos depoimentos. Consta no boletim de registro de acidente de trânsito a identificação de um comerciante que estava próximo ao local, além da identificação dos policiais que realizaram a ocorrência. O juiz, apenas com os elementos dos autos e com as regras de distribuição do ônus da prova, julga improcedentes os pedidos. Alguns meses depois, o outro envolvido ajuíza ação semelhante contra o mesmo réu daquele primeiro processo,

97 “Cìo porta a sottolineare che, indipendentemente da eventuali movenze retoriche, l’obbligo di motivazione richiede che la giustificazione della decisione in fatto esista, sia completa e sia altresì coerente” (TARUFFO. *La Semplice...*, p. 241). Nesse sentido: ABELLÁN. *Los Hechos em el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, capítulo IV.

98 Filosofia do Direito, teoria do Direito, dogmática jurídica. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira (trad.). A. Kaufmann e W. Hassemer (org.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 184/185. Veja-se, do mesmo autor, *Filosofia do Direito*. 2ª ed. António Ulisse Cortês (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, pp. 84/92.

99 TARUFFO. *La Semplice...cit.*, pp. 241/245.

com as mesmas circunstâncias fáticas e os mesmos elementos de convicção. Dessa vez, o mesmo juiz resolve ouvir como “testemunhas do juízo” os policiais e o comerciante e também determina a realização de inspeção no local do evento, além de determinar expedição de ofício à secretaria municipal competente para que informe sobre detalhes viários daquele trecho. Com as provas produzidas, julga os pedidos procedentes.

Se a iniciativa probatória oficial for considerada uma faculdade, o descontrole do critério judicial é absoluto e o arbítrio será coonestado; se for considerado um dever, ou poder-dever, o processo se tornará cada vez mais inquisitivo e a obrigatoriedade da instrução oficial ensejará problemas outros; se se eliminar a instrução oficial, será padronizada a omissão, mas os valores que fundamentam a participação do juiz serão sacrificados; se se limitar a atividade instrutória judicial em alguns casos, como somente em direitos indisponíveis, haverá a admissão que a disponibilidade enseja a indiferença no resultado do processo, sem contar a dificuldade intrínseca de se definir o que deve ser considerado indisponível, o que poderia ser sanado com a indicação taxativa de determinadas hipóteses. Essas são algumas inquietações que podem ser extraídas desse instigante tema, revelando como o maniqueísmo é prejudicial a uma discussão ampla, e que precisam ser debatidas e refletidas.

O exemplo antes formulado propositalmente veicula direitos disponíveis, exatamente por ser essa uma outra discussão envolvendo a amplitude dos poderes instrutórios do juiz. A disponibilidade do direito foi um critério relevante utilizado pela jurisprudência brasileira¹⁰⁰ e ainda é um critério que conta com diversas adesões doutrinárias e legislativas, como na já mencionada lei espanhola, mas hoje não conta com intensa adesão da doutrina pátria¹⁰¹. Ou seja: da indisponibilidade do direito decorrem efeitos processuais importantes, como a legitimidade do Ministério Público, a impossibilidade de estabelecimento de negócios jurídicos, a necessidade de formalidades em atos processuais, mas, nessa linha de entendimento, não se distinguiria dos direitos disponíveis para fins instrutórios por meio da atividade judicial¹⁰². Entretanto, nota-se ainda na jurisprudência, se não uma vedação à atividade instrutória do juiz em processos envolvendo direitos disponíveis, uma maior tolerância na omissão judicial, que, nesse contexto, não teria relevância jurídica para fins recursais, por exemplo¹⁰³. Trata-se de entendimento defensável

100 I - Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. II - Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, e certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. III - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes” (STJ - REsp 43467/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 18/03/1996, p. 7568). Excelente análise dessa temática em WAMBIER. SANTOS. Ob. cit., item 7.1.

101 Ampla discussão em BEDAQUE, ob. cit., pp. 135/148. CASTRO, ob. cit., pp. 277/298.

102 Cf. ESTEVES, Carolina Bonadiman. *(In)disponibilidade do Direito Processual Civil: uma análise do seu reflexo sobre a atividade do juiz e das partes à luz dos princípios fundamentais*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2002, pp. 143/144 e 177.

103 “Cuidando a ação de direitos disponíveis e não existindo nos autos notícia de significativa desigualdade sócio-econômico-cultural entre os litigantes, não há falar em violação ao art. 130 do Código de Processo Civil pela ausência de produção de provas ex officio” (REsp 242.219/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ 01/07/2002, p. 280). “[...] em atenção também ao princípio do dispositivo, convém restringir o uso tradicionalmente indiscriminado do despacho que

tecnicamente, mas que acaba por quebrar a uniformidade do sistema e incentivar um indesejável casuismo, na medida em que se considera a atividade instrutória uma espécie de benesse oficial.

Note-se que, em simetria com as regras que fixam o ônus probatório, os poderes instrutórios do juiz somente incidem em casos de incompletude da prova e permanência de dúvida¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

chama as partes a dizerem se têm outras provas a produzir, pois, dogmática e legalmente falando, os momentos para tanto já ocorreram (inicial e contestação). E, ainda, também em observância ao princípio do dispositivo, o magistrado deve ser parcimonioso ao determinar a produção de provas no saneador, evitando tornar controversos pontos sobre os quais, na verdade, as partes abriram mão de discutir - e, portanto, de tornar controvertidos. O objetivo do Código de Processo Civil é claro: evitar delongas injustificadas e não queridas pelos litigantes que, muito mais do que o atingimento da sacrossanta "verdade material" ou o prestígio da igualmente paradoxal "verdade formal", acabam prejudicando as partes interessadas, na medida em que inviabilizam uma tutela adequada e eficiente. Por tudo isso, se o autor não demonstra (ou não se interessa em demonstrar), de plano ou durante o processo, os fatos constitutivos de seu direito, mesmo tendo-lhe sido oportunizados momentos para tanto, compete ao magistrado encerrar o processo com resolução de mérito, pela improcedência do pedido, mesmo que, por sua íntima convicção, também o réu não tenha conseguido demonstrar de forma cabal os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito do autor. [...]” (REsp 840.690/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 28/09/2010). “[...] A produção de provas no processo civil, sobretudo quando envolvidos interesses disponíveis, tal qual se dá no caso em concreto, incumbe essencialmente às partes, restando ao juiz campo de atuação residual a ser exercido apenas em caso de grave dúvida sobre o estado das coisas, com repercussão em interesses maiores, de ordem pública. Impossível, assim, exigir-se a anulação da sentença de primeira instância, mediante a pueril alegação de que ao juízo incumbia determinar a realização de provas ex officio. Tal ônus compete exclusivamente à parte interessada na diligência” (AgRg no REsp 1105509/RN, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe 18/12/2012).

104 Valho-me de instigante situação exposta por Eduardo José da Fonseca Costa, juiz federal e ilustre processualista, em grupo de debates iniciado pela Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo: “Se ao cabo da instrução o juiz ordena *ex officio* produção probatória, é porque ainda tem *dúvida*. Isso significa que o autor não se desincumbiu a contento do ônus de provar o fato constitutivo do seu direito. Após a aludida produção, chegar-se-á a um dos seguintes resultados: 1) provar-se-á fato constitutivo do direito do autor; 2) provar-se-á fato impeditivo do direito do autor; 3) provar-se-á fato extintivo do direito do autor; 4) provar-se-á fato modificativo do direito do autor; 5) não se provará nada. Os resultados (2), (3), (4) e (5) mostram que a dilação probatória foi *inútil*, pois antes dela o juiz já poderia ter proferido *sentença de improcedência por falta de prova*. Isso mostra que, na verdade, o juiz sempre mirou - ainda que inconscientemente - o resultado (1). Indago-lhes: há nisso imparcialidade? O juiz não estaria suprimindo indevidamente a incompetência probatória do autor? Agir com “parcialidade *positiva*” em favor do autor não significa agir com “parcialidade *negativa*” em desfavor do réu?”. Ainda que a citação peque pela informalidade da fonte, considero oportuna pela originalidade e pela percuciência, além do respeito à autoria.

105 Nesse sentido, pode-se dizer que, em um quadro de penúria probatória, a iniciativa judicial é um antecedente da aplicação das regras que disciplinam a distribuição do ônus das partes. Em sentido contrário: BEDAQUE. *Poderes...cit.*, item 3.4, em que se expõe que as regras previstas nos artigos 130 e 333 do CPC se aplicam em momentos diversos. São coisas distintas a que se refere Bedaque: uma coisa é a situação de incerteza em que se encontra o juiz que determina a produção de provas; outra situação é aquela em que se refere à influência do exercício dos poderes instrutórios na permanência das regras que fixam o ônus probatório. Correto, no ponto, Joan Picó i Junoy: “Así la carga de la prueba no impide que el juez, de oficio, pueda ordenar la práctica de un medio probatorio pues, como he indicado, esta institución entra en juego y adquiere plena eficacia en el momento de dictar sentencia y no con anterioridad, permitiendo saber al juzgador a que parte perjudicará la inexistencia de la prueba de ta-les hechos. Por ello, correctamente, el art. 217.1 LEC establece que el *onus probandide* tomarse en consideración: ‘Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal consideredudosos unos hechos relevantes para la decisión’. En consecuencia, las reglas de la carga de la prueba siguen teniendo virtualidad en aquellos supuestos en que a pesar de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, bien sea a instancia de parte o bien por iniciativa judicial, determinados hechos continúan siendo inciertos” (La iniciativa probatoria del Juez civil: un debate mal planteado. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, nº 3, 2007, disponível em dialnet.unirioja.es, acesso em 19 de dezembro de 2012). Trícia Cabral enxerga nos poderes instrutórios do juiz a justificativa para a distribuição dinâmica do ônus da prova (ob. cit., pp. 148/149). Heitor Sica entende que o reconhecimento de poderes instrutórios do juiz implica a atenuação do ônus da prova e também a mitigação do ônus de afirmação, podendo o juiz, ao identificar indícios de determinada matéria de defesa, mesmo não alegada pelo réu, tem o poder-dever de instruir a causa, o que, em sua visão, está incluído, por exemplo, no artigo

6. Autonomia privada e processo civil

O silêncio sobre a autonomia das partes não é exclusiva da doutrina brasileira¹⁰⁶: *“Sulla categoria degli accordi processuali, in sé e per sé considerata, è calato sostanzialmente l’oblio. Sul punto la letteratura italiana conserva attualmente, di regola, un silenzio, rotto talvolta da qualche breve voce enciclopedica, da qualche nota a sentenza, nonché da qualche osservazione a piè di pagina negli studi monografici dedicati ad altri argomenti”*¹⁰⁷.

Remo Caponi atribui esse silêncio a dois fatores ideológicos opostos, mas unidos para olvidar o tema dos acordos processuais: o primeiro fato deriva de uma concepção clássica do pensamento liberal, que discrimina de forma absoluta a justiça estatal e a arbitragem, em que a intromissão da autonomia privada revelaria uma nostalgia daquela antiga realidade privatística; em segundo lugar, o publicismo processual acolhido na codificação processual da década de quarenta do século passado, que acabou por alijar a autonomia das partes do processo¹⁰⁸.

A tensão entre autonomia privada e as regras institucionais de resolução das controvérsias não é um dado inscrito na natureza das coisas, mas sim um fenômeno historicamente condicionado por dois fatores: primeiro, a concepção do Estado moderno de apropriar-se dos meios e regras de resolução de controvérsias; em segundo lugar, a publicização do processo civil¹⁰⁹.

Conclui Caponi pela maturidade atual¹¹⁰ da doutrina e da jurisprudência

265.3 do CPC português: “Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”. Esse raciocínio é estendido por Sica ao autor, a partir das alegações veiculadas na réplica, já que “a posição jurídica do réu, ao rebater os fatos alegados na petição inicial, é igual à posição jurídica do autor em impugnar os fatos alegados na resposta” (*O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 154/163

106 Cf., ainda, HOFFMAN, Paulo. *Saneamento Compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, especialmente pp. 185/201.

107 CAPONI, Remo. *Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. Accordi di Parte e Processo. Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 11. Milano: Giuffrè, 2008, p. 105.

108 Idem.

109 Idem, pp. 101/102.

110 *“Fino ai giorni nostri, la teoria e la prassi della protezione giudiziaria dei diritti si sono sentite costrette a muoversi nel campo di tensione provocato da due poli concettuali contrapposti (diritto pubblico, diritto privato). Oggi si deve apertamente riconoscere - per usare una bella immagine di Michael Stolleis- che questa polarità è come la luce di una stella che si irradia ancora, molto tempo dopo che la sua sorgente si è esaurita. È giunto il momento di liberarsi dei riflessi mentali di questa dicotomia per lavorare alla costruzione di un diritto intermedio e interstiziale. Una costruzione di cui si rinvengono tracce nel passato, benché queste siano rimaste sommerse dalla impostazione allora dominante. [...] Piuttosto si deve riconoscere che il sistema normativo processuale, non è chiuso nella propria autoreferenzialità normativa, ma è disposto ad apprendere dall’ambiente circostante. E se si tratta di un ambiente ricco di buone ragioni potenzialmente universalizzabili, come quello che può scaturire da un esercizio equilibrato del potere di autonomia (individuale o collettiva), l’arricchimento del sistema processuale non può essere che notevole. In sintesi, il principio di legalità della disciplina processuale è riaffermato in un contesto culturale profondamente mutato rispetto a quello ottocentesco. Un contesto nel quale l’interprete teorico e l’operatore pratico del diritto si sono definitivamente liberati dai panni striminziti dell’esegeta, per assumere quelli del coproduttore ed intermediatore di senso delle norme processuali, all’interno di un sistema legale che è come un ‘polmone aperto sull’esperienza”* (ob. cit., pp. 116/119).

para admitir uma série de acordos processuais¹¹¹⁻¹¹², com o que este texto concorda e assume como premissa.

Leonardo Greco observa que a definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores: a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito¹¹³.

Acrescenta o citado autor que os titulares de direitos disponíveis podem dispor no processo do próprio direito material e de todas as faculdades processuais cujo não exercício possa resultar, direta ou indiretamente, em prejuízo ao direito material. Entretanto, “isso não significa que os titulares de direitos indisponíveis não possam praticar atos de disposição, tanto no sentido de atos prejudiciais quanto de atos decisórios, mas apenas que não podem praticar os que, direta ou indiretamente, possam prejudicar ou dificultar a tutela desses direitos”¹¹⁴.

E, com inteira razão, assinala que uma investigação sobre o novo alcance que vão assumindo os atos processuais das partes certamente exigirá uma revisão da doutrina dominante, segundo a qual não cabe perquirir o conteúdo da vontade ou da

111 “Proponiamo qualche esempio di accordo processuale, lacui ammissibilità dovrebbe essere prevista una volta per tutte dallaper legge, per sottrarla ad una valutazione in concreto da parte del giudice: a) proposizione di una domanda nuova nel giudizio di primogrado (già ammessa dalla giurisprudenza nel rito ordinario, come «accettazione del contraddittorio»); b) superamento delle preclusioni; c) scelta di un modello di trattazione tra una pluralità di modelli predeterminati dalla legge, all'interno di una sequenza procedimentale unitaria.). La prospettiva è de iure condendo : molti sistemi processual europei tendono ad articolare la disciplina del processo ordinario di cognizione in una molteplicità di modelli di trattazione della causa, calibrati sulla tipologia del valore, della materia o, più in generale, della complessità della controversia dedotta in giudizio [...] La scelta fra un modello di trattazione e l'altro è affidata al giudice, in collaborazione con le parti, e rientra fra i suoi compiti di direzione formale del processo, ma si potrebbe prevedere che l'accordo tra le parti vincoli il giudice.); d) accordo sul processo modello. La prassi e la riflessione scientifica nell'esperienza tedesca riconoscono alle parti, in ipotesi in cui pendono cause seriali, che presuppongono l'esame di identiche o analoghe questioni, la possibilità di stipulare un accordo (Musterprozessabrede, Musterprozessvertrag), sottoposto in via di principio alla normativa del codice civile, in base al quale vengono trattate solo singole cause, viene sospeso il termine di prescrizione dei diritti, oggetto delle cause che viceversa subiscono un provvisorio arresto, e si conviene che il contenuto della decisione resasul processo modello, nella parte in cui esso rileva anche nelle cause sospese, vincoli il giudice nella definizione di queste ultime. Sotto questo profilo l'accordo è equiparato ad una transazione intercorsa tra le parti. La nuova disciplina delle impugnazioni agevola l'accesso alla Corte suprema delle cause modello di modesto valore economico, ma di significato fondamentale; e) rientrano nel contesto della valorizzazione dell'autonomia privata nel processo civile, sebbene atti unilaterali, il riconoscimento della domanda e la rinuncia all'azione, nei processi relativi a diritti disponibili [...]; f) accordo sulla qualificazione giuridica applicabile per risolvere la controversia, sulla falsariga dell'art. 12, comma 3 del codice di procedura civile francese” (ob. cit., pp. 105/111).

112 Na doutrina alemã, há manifestação doutrinária expressa no sentido de que, na dúvida, deve-se privilegiar a liberdade das partes; outra orientação doutrinária separa os acordos processuais em dois tipos: no primeiro, há acordos que implicam a disposição de poderes processuais, como *pactum de non petendo*, *pactum de non exequendo*, renúncia da ação; no segundo, os acordos atingem precisamente as regras processuais, como convenções sobre competência e sobre a distribuição do ônus da prova, que exigem autorização legislativa e razões concretas para, se for o caso, legítimar a autonomia das partes nessas questões (Idem, pp. 102/104). Cf., ainda, PEZZANNI, Titina Maria. *Il Regime Convenzionale delle Prove*. Milano: Giuffrè, 2009.

113 Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Miguel Garcia Medina e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008, p. 292.

114 Idem, ibidem.

causa nesses atos, cujos efeitos são pré-determinados pela lei¹¹⁵⁻¹¹⁶.

115 *Idem*, p. 291. Para ilustrar a relevância dos atos de disposição e a variedade de hipóteses em que se preveem a possibilidade de atuação da autonomia das partes, Greco arrola diversos exemplos, nas páginas 303/304: 1) a possibilidade de substituição do réu na nomeação à autoria (arts. 65 e 66); 2) a substituição do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário (art. 42, § 1º); 3) o reconhecimento do pedido (art. 269, inciso II); 4) a transação judicial (arts. 269, inciso III; 475-N, incisos III e V, e 794, inciso II); 5) a suspensão do processo por convenção das partes (arts. 265, inciso II, e 792); 6) o adiamento da audiência por convenção das partes (art. 453, inciso I); 7) o requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais (art. 565, parágrafo único); 8) as convenções sobre prazos (art. 181); 9) as convenções sobre alegações finais orais de litisconsortes (art. 454, § 1º); 10) a desistência da ação (arts. 267, § 4º, e 158, parágrafo único); 11) a conciliação em audiência (arts. 447/449); 12) a desistência da execução (art. 569), 13) a liquidação por arbitramento por convenção das partes (art. 475-C, inciso I); 14) a administração de estabelecimento penhorado (art. 677, § 2º); 15) a escolha do juízo da execução (art. 475-P, parágrafo único); 16) a escolha da prestação nas obrigações alternativas (art. 571); 17) a escolha do foro pela Fazenda na execução fiscal (art. 578, parágrafo único); 18) a escolha do meio executório pelo exequente (art. 568); 19) a escolha do bem na entrega de coisa incerta (art. 629); 20) a opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigações de fazer (art. 633); 21) a execução da obra pelo próprio exequente nas prestações de fazer (art. 637); 22) o depósito em mãos do executado com a anuência do exequente (art. 666, § 1º); 23) a desistência da penhora pelo exequente (art. 667, inciso III); 24) a sub-rogação ou alienação judicial do crédito penhorado (art. 673); 25) o acordo sobre a forma de administração na penhora de estabelecimento (art. 677, § 2º); 26) a dispensa da avaliação se o exequente aceitar a estimativa do executado (art. 684-I); 27) a opção do exequente pela adjudicação ou pela alienação particular (art. 686); 28) a substituição da arrematação pela alienação via *internet* a requerimento do exequente (art. 689-A); 29) a nomeação do administrador no usufruto (art. 719); 30) a escolha do rito da execução de alimentos (arts. 732/735); 31) a opção do executado pelo pagamento em prestações (art. 745-A); 32) o acordo de pagamento amigável pelo insolvente (art. 783); 33) a escolha de depositário de bens seqüestrados (art. 824-I); 34) o acordo de partilha amigável (art. 1.031); 35) a alienação de bens em depósito judicial (art. 1.113, § 3º). Além dessas hipóteses de atos de disposição, contempla ser possível examinar algumas outras, existentes em outros ordenamentos processuais, mencionadas pela doutrina ou possivelmente compatíveis com o ordenamento brasileiro, como a renúncia bilateral antecipada do recurso futuro, a penhora em lugar inacessível, a não impugnação do valor da causa, a escolha do procedimento, o acordo de alienação antecipada dos bens penhorados e a convenção sobre a escolha do bem a ser penhorado.

116 Registre-se original trabalho de Antonio Cabral, em que, a partir da despolarização da demanda e a incidência de zonas de interesse, vislumbra uma série de situações em que as partes deixam de desempenhar papéis fixos: “Com o desenvolvimento de postulados de cooperação e boa-fé, genericamente aplicáveis aos sujeitos do processo, repercutiu a idéia colaborativa do contraditório que norteia a moderna compreensão do princípio, impondo a co-participação dos sujeitos processuais. Assim, hoje o processo não é mais teorizado em torno do conflito ou da lide, mas a partir da agregação, da boa-fé, da conjugação entre interesses privados e interesses. Paralelamente, começaram a ser fomentadas, no Brasil e no estrangeiro, a adoção de soluções processuais cooperativas, como a arbitragem, as convenções sobre a prova, acordos sobre as suspensões do processo e de prazos, etc. Nesse sentido, a jurisprudência francesa desenvolveu o *contrat de procedure*, um acordo entre os sujeitos processuais em que todos deliberam sobre as regras que disciplinarão aquele processo específico, fixando prazos para alegações e julgamento, dispensa de recursos, meios de prova que serão utilizados, etc. Trata-se de instituto através do qual os sujeitos do processo, a despeito dos interesses materiais que os movem, atuam em conjunto para específicas finalidades processuais que a todos aproveitem. Na mesma senda, os ordenamentos francês e belga, já de algum tempo, e o regime processual experimental português, recentemente implementado, admitem, p.ex., a formulação de requerimentos conjuntos pelas partes. Hipótese similar ocorre com a recente disposição do art.114 §2º da Constituição da República de 1988, na redação da emenda constitucional 45/2004, no que se refere a requerimento conjunto de instalação de dissídios coletivos de natureza econômica na Justiça do Trabalho. Ora, em todas estas hipóteses, estamos diante de casos em que, ainda que possuam interesses materiais contrapostos, para aqueles fins específicos e naquele momento processual, a atuação conjunta pareceu a alternativa estratégica mais adequada para os sujeitos do processo. É visível que uma apreensão estática do interesse-necessidade não é possível aqui. Devemos lembrar, com Brüggemann, que há casos no processo, como estes, em que não se observa uma efetiva contraposição de interesses, mas apenas uma “rivalidade formal”, casos em que os sujeitos do processo não são oponentes (*Gegenspieler*), mas co-jogadores (*Mitspieler*)”. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Fredie Didier. Jr. (org). Salvador: Juspodivm, 2012, pp. 152/153.

Constatada essa nova abertura para o ingresso da autonomia privada no processo¹¹⁷, com os atuais contornos e balizamentos normativos e culturais, passa-se a um exame geral acerca da sua noção conceitual e sua inserção no quadro dos direitos fundamentais.

Lembre-se, para evitar qualquer distorção do debate, a distinção entre autonomia privada e autonomia da vontade: “A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular pelo exercício de sua própria vontade as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”¹¹⁸.

A autonomia privada trabalha não com a vontade subjetiva soberana, numa exacerbação individualista, mas com o consenso legitimado pela ordem normativa¹¹⁹, que autoriza a formação de normas negociais¹²⁰ e determinação de seu próprio comportamento individual¹²¹.

Para a exata dimensão da autonomia privada e sua relação de tensão com direitos fundamentais, considera-se que se trata de um princípio formal, ou seja, uma norma de validade que fornece razões para observância de normas de conduta. Nesse sentido, a autonomia privada é o princípio que fornecerá razões para que um ato de vontade entre particulares, mesmo restringindo direitos fundamentais, seja estabelecido, aceito e considerado válido¹²².

Há que se verificar, ainda, se entre autonomia privada e direitos fundamentais há efetivamente uma colisão entre direitos que exija sopesamento das conexões de realização ou restrição de um ou outro.

Aponta-se em doutrina que a desigualdade fática entre particulares exige a restrição da autonomia privada¹²³, o que revela um fundamental caráter pedagógico

117 Segundo Pedro Nogueira, “pode-se localizar a autonomia privada em quatro zonas de liberdade: a) liberdade de negociação (zona das negociações preliminares, antes da consumação do negócio); b) liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que melhor sirvam aos interesses dos indivíduos); c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio); d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio). Remanescendo um desses níveis de incidência, preserva-se, ainda que em limite mínimo, a “autonomia privada”. Por isso, nas situações em que só resta ao sujeito a faculdade de praticar ou não praticar o ato, sobra somente a liberdade de vinculação, mas o negócio jurídico mantém-se de pé, nada obstante com um mínimo de autorregramento” (ob. cit., p. 123).

118 AMARAL, ob. cit., p. 345. Lembre-se das críticas que as concepções voluntaristas no negócios jurídico recebem há décadas na própria teoria do Direito Privado (cf., AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000).

119 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52.

120 O negócio jurídico é o exercício da autonomia privada, podendo ser entendido como “a declaração de vontade que se destina à produção de certos efeitos jurídicos que o sujeito pretende e o direito reconhece”, com nítida expressão normativa (AMARAL, ob. cit., pp. 369, 377 e 381/382).

121 MORAES, Maria Celina Bodin de. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. *Estudos e Pareceres sobre Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente: o paradigma do tabaco – aspectos civis e processuais*. Teresa Ancona Lopez (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 332.

122 SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 148/150.

123 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 303. Em texto mais recente, o autor reforça sua ideia, cuja pertinência de constatação é relevante: “Ademais, só

e simbólico da constatação, mas se questiona se efetivamente há sopesamento, considerando-se que inexistente referência ao grau de restrição de outro direito fundamental envolvido¹²⁴. Isso não significa, contudo, a desnecessidade de se estabelecerem critérios de aferição da importância da autonomia privada na relação entre particulares, sobretudo em casos de desigualdades fáticas ou, mesmo, que se estabeleça no interior de uma relação jurídica¹²⁵, gerando uma situação assimétrica, em que se revele a vulnerabilidade¹²⁶.

É necessário aferir o “grau de autonomia real” das partes envolvidas, a fim de se perscrutar se há comprometimento da “autenticidade das vontades”, não se podendo elaborar uma equação automática entre desigualdade material e mitigação da autonomia privada¹²⁷.

Aponta-se como fator decisivo para verificar se restrições a direitos fundamentais no estabelecimento de relações particulares devem ser aceitas precisamente de acordo com o grau da autonomia da vontade verificada no caso concreto¹²⁸.

existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade. Isto não acontece em grande parte dos casos de aplicação dos direitos humanos nas relações entre particulares, nas quais a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício da autonomia. Pensar a autonomia privada, num sentido pleno, é considerar também os constrangimentos que lhe são impostos por agentes não-estatais, no contexto de uma sociedade profundamente assimétrica e excludente. Em regra, é contra esses constrangimentos à liberdade humana que se volta a aplicação dos direitos fundamentais no campo das relações entre particulares. Portanto, afirmar a aplicabilidade direta e imediata dos direitos individuais nestas relações não atenta contra a autonomia privada, mas, ao inverso, visa a promovê-la no seu sentido mais pleno” (A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF, disponível em www.danielsarmento.com.br/category/artigos/academicos/).

124 “Não é demais salientar, contudo, que não há um sopesamento entre autonomia da vontade e direito fundamental atingido [...] já que o critério ‘autonomia real ou aparente’ é unilateral e diz respeito somente à própria autonomia” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 158). Para esse autor, a autonomia privada é um princípio formal, ou seja, uma norma de validade que fornece razões para observância de normas de conduta. Nesse sentido, a autonomia privada (ob. cit., p. 148). Registre-se que Virgílio Afonso da Silva tem uma visão peculiar sobre a teoria dos princípios, que é por ela exposta de modo sistemático no livro *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros: 2009. Há grande divergência com as ideias de Humberto Ávila, por exemplo, sobretudo no campo do “conflito normativo” e especificamente quanto à possibilidade de ponderação no conflito entre regras, que é admitido por este último autor (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, *passim*, especialmente item 2.3.3.2) e rechaçada por aquele (*Direitos Fundamentais...cit.*, item 2.3). Sobre a distinção entre princípios e regras constitucionais, há um contraponto teórico importante em NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, *passim*, especialmente capítulo III.

125 SILVA. *A Constitucionalização...cit.*, p. 155.

126 Cf. MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. No campo processual, o excelente trabalho de TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Na certa observação de Marcelo Schenk Duque, “relações marcadas por nítida desigualdade de poder não de ser regulamentadas, preventivamente, de forma a garantir a liberdade de determinação da parte mais fraca. A razão, para tanto, é clara: a liberdade fornece ao seu titular apenas a possibilidade de autodeterminação, mas não direito de usurpar no círculo jurídico dos demais, o que equivaleria a uma determinação alheia, contrária ao próprio conceito de liberdade e, por isso, contrária ao próprio direito”, configurando o que se denomina de “perversão da liberdade contratual” (*Direito Privado...cit.*, pp. 168 e 177).

127 SILVA. *A Constitucionalização...cit.*, pp. 157/158.

128 Idem, p. 158.

Um outro ponto a se reforçar é a dinamicidade intrínseca das relações particulares que, com a denominada constitucionalização do direito privado, pode afetar a regulação entre particulares com base na autonomia privada, já que uma relação inicialmente simétrica pode sofrer mudanças fáticas não previstas anteriormente que desequilibrem o negócio jurídico, restringindo ainda mais os direitos fundamentais¹²⁹.

Deve-se mencionar, ainda, o denominado “núcleo irreduzível da ‘autonomia pessoal’”, em que os direitos fundamentais não podem aspirar a uma força conformadora de relações privadas, sob pena de se confiscar referida autonomia¹³⁰. O balizamento desse “núcleo irreduzível” é difícil de ser atingido¹³¹, mas, embora verificável no caso concreto, é discutível a criação de uma espécie de escudo imunizante contra direitos fundamentais¹³². O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é marcado por dicotomias: enfoque objetivo/subjetivo e conteúdo essencial e relativo¹³³.

A dimensão objetiva do conteúdo essencial de um direito fundamental ultrapassa a esfera subjetiva de um titular e implica não restringi-lo a ponto de afetar seu significado para a sociedade ou parcela dela; já a dimensão subjetiva tem como base uma situação individualizada, tendo em conta que apenas a proteção objetiva pode deixar a descoberto situações individuais que, ainda que sofrendo restrições indevidas no caso concreto, não é suficiente para abalar a dimensão objetiva; o conteúdo absoluto considera a existência intangível de um núcleo, com a evidente dificuldade de se definir o que compreende e o que deve ser excluído desse conteúdo essencial, sendo que há quem entenda que esse núcleo varia com o tempo (absoluto-dinâmico) e outros que trabalham como uma ideia de imutabilidade (absoluto-estático)¹³⁴.

Esse núcleo essencial e comum aos direitos fundamentais seria, segundo autorizada doutrina¹³⁵, a dignidade da pessoa humana, cujo delineamento conceitual é complexo¹³⁶ e ainda se discute seu próprio conteúdo essencial¹³⁷.

Trata-se de um tema necessário para reflexão da noção de indisponibilidade do direito que, entre outras consequências, limita a amplitude das convenções sobre ônus da prova. Não se extrai uma noção exata para a definição do núcleo essencial, mas essa abstração é, ao mesmo tempo, fundamental para uma adequação concreta dos termos dos acordos processuais.

129 Idem, p. 159.

130 CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1250.

131 Tanto assim que Canotilho, na obra e local citados acima, apenas enuncia o problema.

132 Cf., SILVA. *A Constitucionalização...cit.*, p. 165.

133 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros: 2009, pp. 26/27 e todo o capítulo 5.

134 Idem, pp. 185/191.

135 Veja crítica em SILVA, *Direitos Fundamentais...cit.*, p. 191/196. Esse autor adota a teoria do conteúdo essencial relativo, que varia a cada situação, dependendo das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto (ob. cit., p. 196), ressaltando que, em relação à dignidade, a própria Constituição pode estabelecer vedações absolutas por meio de regras, como a vedação da tortura (p. 202).

136 Com a evidente dificuldade de se definir o que se entende por dignidade humana. Sobre esse específico tema: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

137 BARROSO, ob. cit., capítulo 2.

7. Considerações finais

A ideia central do presente artigo está na crença de que a evolução cultural da teoria processual brasileira é permitir a convivência democrática da autonomia das partes com os poderes do juiz, não havendo espaço para sectarismos e maniqueísmos no fundamental debate envolvendo a divisão do trabalho entre os sujeitos do processo.

Conclui-se este trabalho, portanto, reiterando que a aposta na onisciência e na onipotência do julgador, além de discutível ideológica e metodologicamente, pode levar à exclusão do diálogo no processo, alijando as partes da necessária participação para que seja construída a decisão final¹³⁸. Isso demonstra que um discurso de efetividade do processo pode significar, na verdade, uma ditadura mal disfarçada¹³⁹, inaugurando uma nova “fase” da ciência processual, em que o processo deixa de ser *coisa das partes* e praticamente passa a ser uma *coisa sem partes*.

Não se propõe uma omissão judicial, mas, sim, um retorno das partes ao processo. As conquistas que advieram com a publicização do processo tornam a cena madura para a convivência natural com a efetiva participação dos litigantes, que, embora desiguais, não devem ser tratados como inimputáveis e muito menos o juiz deve agir como se estivesse municiado com uma espécie de “poder geral de curatela”.

Entre o privatismo (ou garantismo) e o publicismo do processo, não há mais espaço para o paternalismo judicial.

**Publicado originalmente na Revista nº 50 out./dez. 2013, p. 169.*

138 Cf., com profundidade, NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

139 SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. Coleção “Questões da nossa época nº 134”. São Paulo: 2007, p. 90.

O ESTADO E O JUÍZO ARBITRAL

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

1. O *compromisso* (arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil) é, no dizer de CLÓVIS BEVILÁQUA (*Código Civil*, comentários ao art. 1.037), “o ato jurídico pelo qual as partes, em vez de recorrer ao Poder Judiciário, escolhem juízes árbitros, para decidir as suas questões”.

Tem por objetivo extinguir obrigações (e daí, sua posição, em nosso Código Civil, entre os “efeitos das obrigações”), pondo fim a controvérsias sobre as mesmas. Aproxima-se da *transação* (cf. art. 1.048), embora desta se diferencie em alguns pontos básicos. Com efeito, na *transação*, as partes, diretamente, previnem ou fazem cessar o litígio, *através de concessões recíprocas*, enquanto o *compromisso* resolve, igualmente, as pendências judiciais ou extrajudiciais daquelas, subtraindo ditas pendências ao pronunciamento da *Justiça Comum* e, sujeitando-as à Jurisdição excepcional, que é o *Juízo Arbitral*.

Assim, a *transação* é mais onerosa do que o *compromisso*, pois pressupõe concessões recíprocas: neste, presume-se que os árbitros, que substituem os juízes, vão decidir a favor daquele que tem o direito.

Já dizia F. MENDES PIMENTEL (*Revista Forense*, 26/29):

“A transação última a contenda; se uma das partes tentar renová-la, opôr-lhe-á a outra a *exceptio litis per transactionem finitae*. O compromisso afirma e mantém o litígio, para que o árbitro o dirima.

É da substância da primeira ser um contrato comutativo. É da natureza do segundo nada cederem as partes nas suas pretensões.

Naquela dá-se renúncia de direito, cada parte entende alienar uma porção do objeto da transação, para conservar incontestado o restante. Neste só se pactua a derrogação da ordem legal das jurisdições, para se submeter à decisão arbitral todo o objeto do litígio – *compromittere est simul promittere stare sententiae arbitri*.”

Daí, a razão por que o mandatário, autorizado a *transigir*, não o está a *firmar compromisso*; não que este seja mais oneroso à parte, do que a *transação*, mas sim, porque são institutos próximos, mas diversos. A capacidade para *comprometer* é a de *contratar* (art. 1.037 do C. Civil).

Continua F. MENDES PIMENTEL (loc. cit., fls. 33/34):

“É muito elucidativo o tratamento dado ao instituto do compromisso nos projetos de nossa codificação civil, em confronto com o dispositivo que prevaleceu na Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro deste ano.

O projeto COELHO RODRIGUES adotava o critério da *transigibilidade*:

Art. 692. As pessoas, *que podem transigir*, podem também por compromisso escrito louvar-se num terceiro, como árbitro das suas contestações judiciais ou extrajudiciais.

O projeto CLÓVIS BEVILÁQUA seguia o da *disponibilidade*:

Art. 1.177. É lícito às pessoas *que podem alienar*, louvar-se em um terceiro como árbitro de suas contestações.

O Código Civil acabou com as restrições e dispôs que pode comprometer, quem pode contratar:

Art. 1.037. As pessoas *capazes de contratar* poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais”.

2. Divergem os autores quanto à natureza jurídica do *compromisso*, apresentando-o como *contrato ora de direito material, ora de direito processual, ora como acôrdo de vontades*.

Fundamental é fixar-lhe o caráter de modalidade de *auto-composição de litígios*, com a conseqüente extinção das obrigações.

É, como salienta M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (*Doutrina e Prática das Obrigações*, Ed. Rev. Forense, pág. 668), ponto de contato e transição entre o direito substantivo e o adjetivo: aquele representado pela convenção entre as partes, para, desta forma, resolverem a questão; este, pelo juízo arbitral que se forma, e respectiva sentença, que extingue a obrigação.

Diz PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 2.^a edição, pág. 137), que “quanto à sua eficácia, o compromisso é negócio de direito material com eficácia negativa no direito pré-processual (exclusão dos juízes estatais) e eficácia positiva no direito processual (submissão das partes aos efeitos do laudo arbitral homologado)”.

3. É comum a inclusão, em contratos, de cláusula pela qual as partes contratantes convencionam que questões dos mesmos originadas sejam submetidas a decisão por árbitros.

É a chamada *cláusula compromissória*, “*pactum de compromittendo*”, que consiste na obrigação de celebrar o *compromisso*, nos casos previstos.

É um acessório do contrato principal, com a natureza de *pré-contrato, contrato preliminar, promessa de compromisso*, que gera, no Direito Brasileiro, obrigação de fazer, e cujo objeto é a celebração do *compromisso*.

Este, como ensina CARNELUTTI, refere-se a uma pendência *iam nata*: a *cláusula compromissória*, a uma *mondum nata*.

ELIEZER ROSA, em seu *Dicionário de Processo Civil*, cita a opinião de SATTI, excepcional, é verdade, na doutrina, e que não distingue os dois institutos: o *compromisso*, como autolimitação da vontade nas partes, tanto abrangeria a hipótese de aceitação prévia de um julgamento de outrem sôbre uma lide por nascer, como também a do empenho da palavra de aceitá-la para uma lide eventual, da qual nada se sabe ou se pode imaginar.

4. É claro que, não obstante a celebração do pacto “*de compromittendo*”, as partes podem recorrer, se assim resolverem, de comum acôrdo, à Justiça Comum.

As divergências surgem na hipótese de descumprimento do pacto, por uma das partes, que se negue a celebrar o compromisso, quando do advento de uma divergência concreta.

Alguns juristas negam qualquer eficácia à *cláusula compromissória*, tachando-a de inócua e inútil, sem nenhum valor vinculativo: seria simples promessa, verdadeiro compromisso moral, sem força jurídica.

Entre tais autores, costumam ser citados WALDEMAR FERREIRA (*Sociedades por Quotas*, 5.^a ed., pág. 37) e VIRGÍLIO SÁ PEREIRA (*Revista Forense*, 41/455).

O artigo 9.^o e seu parágrafo único, do Decreto n.^o 3.900, de 26/6/1867, sôbre o Juízo Arbitral do Comércio, estabelecia, a propósito:

“A cláusula de compromisso, sem a nomeação de árbitros, ou relativa a questões eventuais, não vale senão como promessa, e fica dependente para sua perfeição e execução de nôvo e especial acôrdo das partes, não só sôbre os requisitos do art. 8.^o, senão, também, sôbre as declarações do art. 10.

Parágrafo único. Esta disposição é extensiva aos estatutos das companhias ou sociedades anônimas”.

Em posição oposta estão os que reconhecem a eficácia jurídica do pacto, embora divergindo nas respectivas conseqüências. É o caso de ÁLVARO MENDES PIMENTEL (*Da cláusula compromissória no Direito Brasileiro*, 1894, pág. 67), CARVALHO SANTOS, (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, 2.^a ed., vol. XIV, pág. 28), OROSIMBO NONATO (*Revista Forense*, 69/116), CLÓVIS (ib) e PONTES DE MIRANDA (ib, págs. 167/8).

Diz CLÓVIS:

“E como obrigação de fazer, desde que *nemo potest precise cogi ad factum*, não obriga às partes a celebração do compromisso, embora o não celebrá-lo constitua infração do contrato, que dará lugar à responsabilidade civil.

O direito italiano autoriza o juiz a nomear árbitros, se as partes, desprezando a cláusula compromissória, deixam de fazê-lo. É o que determina o art. II do Código de Processo Civil italiano: “Quando em um contrato, ou depois, as partes se obrigam a comprometer as controvérsias, que dêle possam surgir, se os árbitros não são nomeados ou vierem a faltar, por qualquer causa, todos, ou alguns, nomeá-los-á a autoridade judiciária que seria competente para conhecer da controvérsia, sempre que as partes não tiverem estipulado diversamente”. Esta solução tem sido criticada, por desnaturar o compromisso; mas a tendência do direito moderno é dar validade e eficácia à cláusula compromissória”.

Estamos, no particular, com PONTES DE MIRANDA, que, na obra e local citados, dirimiu, com absoluto acêrto, a nossa ver, a questão, doutrinando:

“Quanto à promessa de comprometer-se, tudo se passa semelhantemente. Não se pode, para se obter o compromisso, se o pacto *de compromittendo* não precisou cada ponto do compromisso prometido, invocar o artigo 1.006 do Código de Processo Civil, nem, tampouco, pretender que o Juiz nomeie o árbitro (Câmaras Reunidas da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 26 de julho de 1923, R. de D., 145; 1.^a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 2 de dezembro de 1940, A.J., 58, 53). O pacto de *compromittendo* não gera a exceção de compromisso (3.^a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 31 de março de 1943, Rev. dos Tribs., 145, 633). Daí a conveniência de se inserir a pena. Mas há a ação de indenização por inadimplemento.

O pacto *de compromittendo* dá ensejo a que nasça a pretensão à conclusão do compromisso. Por isso, a ação que se há de propor é a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil. O art. 1.006, § 2.^o, é invocável, de modo que não há qualquer particularidade pré-processual.

Se, acaso, havia dívida de contraprestação, incide o art. 1.006, § 1.^o.

Devemos assinalar que OROSIMBO NONATO (loc. cit.), em voto vencido como desembargador na então Côrte de Apelação de Minas Gerais, sustentou:

“Pode o Juiz, na hipótese de recusa do dever do compromitente, eleger, por êle, os Juizes arbitrais, tratando-se, como se trata, de obrigação de fazer, em que a execução forçada é sempre possível, desde que não haja violência à pessoa do devedor”.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

“Cláusula compromissória (*pactum de compromittendo*) ainda não é constitutivo do juízo arbitral, mas obrigação de o celebrar. Trata-se de uma obrigação de fazer, que se resolve em perdas e danos, e que, como pacto de ordem privada, não torna incompetente o juiz natural das partes, se a êle recorrem” (Rec. extr. 58.696, decisão da 3.^a Turma, do Relator Min. Luiz Gallotti; Rev. Trib. Just., 42/212).

5. No que se refere ao Estado, a questão que surge, é a referente à competência do Poder Executivo, com relação a contratos administrativos, para celebrar cláusulas compromissórias e compromissos: necessita a Administração Pública, em tais hipóteses, de autorização legislativa?

RUI BARBOSA (Rio, 1915), na petição inicial da ação de nulidade de arbitramento movida pelo Estado do Espírito Santo contra o de Minas Gerais (contestada por F.

MENDES PIMENTEL no trabalho do qual citamos trechos), debateu, com profundidade, a matéria, tendo sustentado, na oportunidade, que o direito de *comprometer* supõe o de *transigir*, e este, o de *dispor*, não sendo, pois, possível o arbitramento com relação aos pleitos em que se ache envolvida a ordem pública.

RUI, em outros casos, desenvolveu a mesma tese, como ocorreu na questão de limites entre o Ceará e o Rio Grande do Norte, e no parecer que emitiu sobre “renúncia do direito de recorrer”.

CARLOS MEDEIROS SILVA, na qualidade de Consultor-Geral da República, teve ensejo de proferir dois pareceres sobre o assunto (Revista de Direito Administrativo, 31/489 e 35/450), nos quais sustentou a tese da necessidade de autorização legislativa para que o Estado possa firmar *compromissos*. Diz o eminente mestre:

“Ao par da alienação da competência para decidir na esfera administrativa, o compromisso envolveria, ainda, a subtração da controvérsia ao conhecimento do Poder Judiciário, pela forma usual. Evidentemente, tal subversão somente poderia encontrar *apoio em lei especial de autorização*”. (R. D., 31/495).

Com referência à *cláusula compromissória* pactuada pelo Estado, sem autorização legislativa, afirma (ib.):

“A cláusula compromissória celebrada por agente incapaz (Cód. Civil, art. 82) não pode induzir à responsabilidade do Estado, pelo fato de não se lhe seguir o compromisso. Caso contrário, a autoridade administrativa, sem competência, colocaria o Poder Legislativo em posição de constrangimento, devendo optar, ante o excesso de poderes, entre a homologação de uma renúncia à jurisdição ordinária e o risco de indenizar. Não é lícito aos particulares que contratam com o Estado, por outro lado, ignorar que há leis gerais e especiais a observar (Código Civil, art. 83)”.

Aliás, a leitura dos aludidos pareceres do preclaro publicista brasileiro é fundamental à boa compreensão da controvérsia, pois apresentam, mormente o primeiro citado, minucioso escôrcço histórico da mesma, mostrando como o problema vem sendo tratado, desde o Império, nas esferas administrativa e legislativa, dando, ênfase, naturalmente, às manifestações em abono de seu ponto de vista.

Dentro da mesma orientação de CARLOS MEDEIROS, podemos citar ALCEU OCTACILIO BARBEDO (R.D.A. 60/393).

6. Mas a tese oposta, parece-nos ser, *data venia*, a melhor. Era verdade, como já vimos, a capacidade para firmar *cláusula compromissória* é, simplesmente, a *de contratar* (art. 1.037, do Código Civil).

Outrossim, ao *compromisso* só se aplica, na medida do possível, o disposto acêrca da *transação* (C. C., art. 1.048), mostrando CLÓVIS BEVILÁQUA (ob. cit., coms. ao art. 1.048) que os artigos comuns são os de números 1.026, 1.027, 1.031, 1.033 e 1.035.

Ora, a autoridade administrativa competente para *contratar*, pode, portanto,

firmar compromisso e, em princípio, inclusive, *transigir*. É o que se conclui, por exemplo, do parágrafo único do art. 19 do Regimento da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara, aprovado pelo Decreto Estadual "IV" n.º 1.008, de 29 de janeiro de 1968, em que se lê:

“Os Procuradores não poderão transigir, confessar, desistir, acordar ou deixar de usar dos recursos ordinários cabíveis, salvo quando expressamente autorizados pelo Governador (os grifos são nossos).”

É comum, aliás, a rescisão amigável de contratos administrativos, com a conseqüente composição dos direitos patrimoniais recíprocos.

Aliás, seriam necessárias disposições constitucionais ou legais, expressas que dessem às Assembléias Políticas a competência para outorgar tal autorização, o que não ocorre.

A Lei Federal n.º 1.341, de 30/1/51 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), em seu art. 23 e respectivo parágrafo único, assim dispõe:

“Salvo quando autorizados pelo Procurador-Geral, os órgãos do Ministério Público da União não podem transigir, comprometer-se, confessar, desistir ou fazer composições.

Parágrafo único - Sempre que julgarem conveniente, deverão representar confidencialmente ao Procurador-Geral, para que este, opinando a respeito, obtenha do poder competente a necessária autorização para *transigir, confessar, desistir* ou *fazer composições*”. (os grifos são nossos).

No particular, se dúvida pudesse haver quanto à desnecessidade de autorização legislativa para *transigir, confessar, desistir* ou *fazer composições*, dada a cláusula “para que este (o Procurador-Geral) obtenha do poder competente a necessária autorização” - embora achemos que se trate do Executivo, ou, do Poder que praticou o ato ou a omissão impugnado pela outra parte - o mesmo não ocorre com o *compromisso*, previsto no *caput* do artigo, (que exige, apenas, autorização do Procurador-Geral) e não contemplado no parágrafo único respectivo.

Outrossim, o *fôro privativo da Fazenda Pública*, no Poder Judiciário, é uma garantia para esta, e não obstáculo à celebração de compromisso.

Como bem argumentava F. MENDES PIMENTEL, sob o regime de 1891 (loc. cit., fls. 39), em lição ainda plenamente válida:

“A contextura constitucional torna evidente que a *originariedade* e a *privatividade* de competência do Supremo Tribunal Federal não exclui a decisão arbitral, quando a matéria litigiosa se compadece com semelhante solução judicial.

Basta continuar a leitura dessa mesma cláusula da Constituição:

Art. 59. Ao Supremo Tribunal compete: I - Processar e julgar *originária e privativamente*:

d) os litígios e reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados.

Se esta competência originária e privativa excluísse o arbitramento, nossa Chancelaria não teria o justo orgulho de haver ajustado o maior número de pactos dessa natureza, nem nosso genial embaixador em Haia teria defendido, perante a Assembléia das Nações, a arbitragem como o meio de organizar a justiça internacional” .

O mesmo F. MENDES PIMENTEL já sustentava:

“Pode comprometer, quem pode contratar. Ninguém nega que os Estados podem celebrar contratos.

Ninguém duvida que tais convenções podem ser ajustadas entre essas pessoas jurídicas de direito público interno.

Portanto – pelas regras do *nosso direito privado*, e pelas normas do *nosso processo civil* podem os Estados comprometer” . (loc. cit., pág. 35).

A autoridade administrativa não poderá, sem autorização legislativa, firmar *compromisso*, quando se trate de matéria em que aja *iure imperii*, quando esteja em jogo a ordem pública. Mas nenhum problema há, quando se cuida de aplicação de um contrato, que prevê, éle mesmo, a *cláusula compromissória*.

CASTRO NUNES assim se expressou, em sua celebrada obra *Da Fazenda Pública em Juízo* (pág. 281) :

“Mas, se o Estado, como tóda pessoa *sui juris*, quer prevenir o litígio ou solucioná-lo por aquela via transacional (o compromisso), não há por que lhe recusar êsse Direito, pelo menos nas suas relações de natureza contratual ou privada. São essas relações que podem comportar o juízo arbitral. Aquelas em que o Estado age como Poder Público, estão de seu natural excluídas, pois que, em linha de princípio, não podem ser objeto de transação” .

Aos argumentos de *alienação da competência para decidir administrativamente, e subtração do litígio ao juiz ordinário*, responde THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, com propriedade, em parecer como Consultor-Geral da República:

“Êstes argumentos envolvem, entretanto, a própria essência, a substância mesma do juízo arbitral, e a negação da legitimidade de uma instituição consagrada na maioria dos países, como na Inglaterra, nos Estados Unidos, na Argentina e no Brasil, através de uma velha legislação” . (R.D.A., fls. 515).

Mais adiante (ib., fls. 517), afirma:

“Parece-me que a Administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo”.

7. A lei, muitas vezes, tem impôsto a solução do compromisso entre o Estado e o co-contratante, como foi, no Império, o caso da *Lei sobre Estradas de Ferro (Decreto n.º 7.959, de 29 de dezembro de 1880)*.

Conforme mostra THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, no citado parecer, essa solução tornou-se extensiva a muitas concessões de serviços públicos, bastando mencionar a da *The Rio de Janeiro City Improvements Company Ltd.*, a da *Leopoldina Railway*, a da *Western Telegraph*, a da *Madeira-Mamoré*, etc.

HELY LOPES MEIRELLES, em seu já famoso *Direito Administrativo Brasileiro* (Ed. Rev. dos Trib., 2.ª ed., fls. 323 e 324), inclui entre as cláusulas principais dos contratos de concessão a fixação da solução dos litígios, por intermédio do juízo arbitral.

Atualmente, até mesmo em contratos de financiamento entre Administrações Públicas Brasileiras e entidades estrangeiras e internacionais, tem sido consagrada a cláusula compromissória.

Com referência à citada concessão da City Improvements concessionária do serviço de esgotos, no Rio de Janeiro, concessão esta outorgada pela União, cabe citar Exposição de Motivos do DASP, firmada por LUIZ SIMÕES LOPES (*Revista de Direito Administrativo*, Vol. II, págs. 763 e segs.), em que ficou patente que devia o Governo conformar-se com a decisão do árbitro sobre divergência quanto à interpretação de cláusula contratual, em obediência ao compromisso previamente assumido em termos, e aceitar, como final e irrecorrível, a sentença arbitral.

Além disto, em certos casos, a lei veda, expressamente, o compromisso, como na *cobrança de dívidas fiscais (art. 59 do Decreto-lei n.º 960, de 17/12/1938)*, o que parece indicar, a *contrario sensu*, a sua possibilidade, em outras hipóteses.

8. Cabe citar a seguinte decisão do Tribunal Federal de Recursos (D. da Just. da União, de 1-6-1965, fls. 1250):

“Juízo arbitral. Na tradição do nosso direito, o instituto do juízo arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como toda pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio, pela via de pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público por insuscetíveis de transação.

Natureza consensual do pacto de compromisso. O pacto do compromisso, sendo de natureza puramente consensual, não constitui fóro privilegiado nem tribunal de exceção, ainda que regido por lei específica”.

**Publicado originalmente na Revista nº 5 mai./ago. 1968, p. 47.*

AS EXCEÇÕES NO DIREITO ROMANO

SIMÃO ISAAC BENJÓ*

Em sentido amplo, a exceção é um modo de defesa que não contradiz diretamente a pretensão do autor. Colocada a exceção na fórmula, a pedido do réu, o juiz não pode pronunciar a condenação, mesmo provada a *intentio*, se demonstrada a *adiectio*.

O emérito Prof. MATOS PEIXOTO resume, em seu excelente trabalho didático, *Curso de Direito Romano* (4.^a edição, pág. 91), o seguinte conceito: “No edito do pretor havia uma seção especial em que se encontravam diversas exceções, isto é, defesas indiretas, que, sem negar a obrigação, entretanto a neutralizavam”.

Saliente-se, ainda, que dentre as exceções, algumas o pretor instituiu no edito e outras concedia examinada a causa (GAIO, 4,118).

Ensina o douto JOSÉ FREDERICO MARQUES em suas *Instituições de Direito Processual Civil* (pág. 155), que a *exceptio* surgiu no Direito Romano ao tempo do processo formulário, para o pretor suprir as lacunas e omissões do *ius civile*, pois, então, fazia-se a distinção entre circunstâncias favoráveis, ao réu que atuavam *ipso iure* e outras que só podiam ser apreciadas *ope excetionis*. No primeiro caso, cabia ao juiz examinar a defesa do réu, por força do próprio *ius civile*, sem necessidade de expressa menção na fórmula; enquanto que, na segunda hipótese, tais circunstâncias não podiam ser examinadas pelo *iudex* se a fórmula expressamente não as registrasse. Veremos, a seguir, que essa era a regra geral.

Quando o réu invoca uma exceção, quase sempre opõe um direito subjetivo contra a pretensão do autor. Daí dizer, com muito acerto, o festejado processualista brasileiro, Prof. HÉLIO TORNAGHI, em suas *Instituições de Processo Penal*, vol. I, pág. 338 (ed. 1959): “A circunstância de que alegações que tinham no Direito Romano a natureza de exceções não a têm no Direito moderno, se explica pela variação legislativa: o que no Direito romano era direito subjetivo pode não o ser em ordenações posteriores e vice-versa”.

GAIO, da lei não em suas *Institutas* (4, 108), refere que no tempo das ações não se usavam as exceções.

JUSTINIANO (*Institutas*, 4, 13, 7) diz que as exceções derivam das leis ou de disposições equivalentes a leis, ou da jurisdição do pretor.

Isso, porém, não tira autenticidade à afirmação de GAIO, que também explica a mesma coisa ao dizer que todas as exceções tiram o conteúdo ou das leis, ou das deliberações com força de lei ou se originam, finalmente, da jurisdição pretoriana.

É que as exceções foram, posteriormente, adotadas, com frequência, pelo direito civil, pois, como explica o próprio JUSTINIANO (I. 2, 10, 3), paulatinamente, tanto pelo uso humano como pelas reformas das constituições, começou a unificar-se numa mesma consonância o direito civil com o pretoriano.

Leis ou outros atos legislativos confirmaram as exceções introduzidas pelos pretores ou estabeleceram outras, à semelhança das existentes.

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro.

Muito oportuna é a observação de PIETRO BONFANTE (*Istituzioni di Diritto Romano*, 6.^a ed., págs. 124/125): “Le eccezioni non esistevano durante il periodo delle *legis actiones*. E, a nostro avviso, la ragione è ovvia: l’eccezione si può dire veramente un istituto pretorio, perchè spunto fuori colla più larga ingerenza ne’ giudizi concessa al Pretore nel periodo formulare e valse qual mezzo indiretto per correggere le iniquità della legge. Si hanno, è vero, eccezioni tanto di diritto pretorio (*honorariae*), come la *exceptio doli*, *metus* quanto di diritto civile (*civiles*), come la *exceptio legis Cinciae*, la *exceptio senatus consulti Velleiani* o *Macedoniani*, ma egli è che spesso il Pretore traeva da una legge il fondamento o l’occasione della sua *exceptio* e anche talora con una certa libertà. Per esempio, la *lex Plaetoria* minacciava una *persecutio publica* per la *circumscriptio minorum* senza dichiarar nullo il negozio concluso dal minore; ma il Pretore concesse a questo una *exceptio legis Plaetoriae* per invalidare il negozio stesso e l’applicò pure nel caso di mero pregiudizio dei suoi interessi, senza ricercare il dolo dell’altra parte”.

Convém, todavia, ter presente a explicação de KELLER (pág. 154, *De la Procedure Civile et des Actions chez les Romains*) : “De ce que dit GAIUS, il résulte simplement que sous les actions de la loi les choses n’étaient point ordonnées comme elles le furent, dans la suite, sous le système formulaire c’est-à-dire que la *legis actio* n’était point organisée, comme le fut plus tard la formule, de manière à permettre, par la simple addition à l’*actio* d’une clause, par l’addition d’une *exceptio*, de saisir le *judex* de la connaissance de ces moyens exceptionnels, en même temps que de l’*actio* elle-même; en sorte que, sous les *legis actiones*, le défendeur qui voulait alléguer de semblables moyens, devait les produire et faire valoir par une voie distincte de l’*actio* et, selon toute vraisemblance, préalablement à celle-ci. Si ces moyens, à la suite d’un examen, d’une *cognitio*, faite par le préteur lui-même, ou à la suite d’une procédure *per sponsionem*, étaient trouvés justes et bien établis, ils avaient pour effet d’écarter la demande: ils amenaient le refus de l’action une *denegatio LEGIS ACTIONIS*. Dans le cas contraire, la *legis actio*, qui devait toujours être *pura*, et qui se trouvait, en effet par la marche qui précède, dégagée de toute *exceptio*, suivait son accoutumé”.

Inicialmente, as exceções aparecem com um caráter equitativo, pois, segundo GAIUS (4, 116), muitas vezes sucede que uma pessoa pode ser acionada, segundo o direito civil, constituindo, entretanto, uma iniquidade condená-la. São exemplos dessas exceções as *doli mali*, *metus causa* e *pacti conventi*. As duas primeiras eram concedidas pelo pretor às pessoas que se haviam obrigado em decorrência de dolo ou violência e ainda não haviam executado sua obrigação. Explica EUGENE PETIT, em seu *Tratado Elemental del Derecho Romano* (tradução do Prof. JOSÉ FERRANDEZ GONZALEZ, § 804, pág. 922), que não era preciso inserir essas exceções na fórmula, a menos que a ação fosse de direito, porque como estavam fundadas sobre a equidade, estavam subentendidas nas ações de boa fé, o que encontra apoio em ULPIANO, pois este diz que nas ações de boa fé as exceções se subentendem (D. 2, 14, 7, 6).

GAIUS oferece-nos um exemplo da exceção *pacti conventi*, explicando que, tendo pactuado contigo não pedir o que me deves, posso, entretanto, fazê-lo, por não se extinguir pelo pacto a obrigação, mas se decide que devo eu ser repellido pela exceção *pacti conventi* (4, 116-b).

Posteriormente, foram introduzidas outras exceções, por motivos de ordem pública e outras causas. Delas, EUGENE PETIT oferece-nos os seguintes exemplos: “a) De la jurisprudencia, la excepción *justi dominii*...; b) De la ley, la excepción *legis Cinciae*... c) De los senados-consultos, las exceptiones S. C. *Velleiani Macedoniani, Trebelliani*... d)

De las constituciones, la excepción de *división*, dada por Adriano a los fiadores...” (ob. cit. pág. 920, § 802).

Esclarece PÉTT (ob. cit., pág. 850, n.º 2) que algumas exceções em lugar de levar à absolvição completa do demandado, podiam ter como efeito conduzir, apenas, à diminuição da condenação.

Isso, aliás, é por ele sustentado, quando examina o rescrito de MARCO AURÉLIO sobre compensação, que declara ser possível a compensação quando o credor exercita uma ação de direito estrito, se o demandado tem o cuidado de fazer inserir na fórmula a exceção de dolo, rescrito esse referido nas *Institutas* (4, 6, 30). A exceção de dolo dá ao juiz o poder de pronunciar a absolvição do réu, se o crédito é igual ou superior ao do demandante; e se é de valor inferior, só o condena a pagar a diferença.

A respeito, o ilustre romanista aduz a seguinte controvérsia (pág. 656, § 524, n.º 3): “Esta solución, cierta bajo el procedimiento extraordinario, es rechazada para el sistema formulario por vários autores, que no admiten que una excepción y, en particular, la excepción de dolo, pueda dar al juez el poder de disminuir la condena (N.N. 830). Para ellos, o la excepción está justificada y el demandado debe ser absuelto; o no lo es, y debe ser condenado. En este sistema, la utilidad de la excepción de dolo para la compensación sería que amenazando al demandante con hacerla insertar en la fórmula el demandado le obligaría *in jure* a reducir su demanda. Pero, la excepción de dolo, destinada a hacer prevalecer la equidad, daría en un resultado injusto, si el demandado debía ser absuelto cuando opone, por ejemplo, a un acreedor de ciento, para hacer valer en compensación un crédito de diez. Numerosos textos prueban que la excepción de dolo puede autorizar al juez a moderar la condena. Citemos especialmente: Africano, L. 17, § 2, D., ad S. C. Vel., XVI, I; Hermogeniano, L. 16, D., de *doli mali*, XLIV, 4 – Para descartalos, con otros muchos, hay que suponerlos interpolados, y rechazar también el testimonio, a veces sospechoso, pero aquí muy concordante, de la paráfrasis de Teófilo (§ 30, de *act.*, IV, 6). En fin, si la solución parece encontrar un obstáculo en la concepción della fórmula y la manera de insertar la excepción (n.º 742), ignoramos aún muchas cosas sobre las acciones para que se pueda afirmar con certeza que no había, en este caso, una modificación en la fórmula que permitiera al juez compensar”.

Pondera, ainda, que certas exceções podem chegar somente a moderar a condenação, tal como ocorre com a exceção de divisão e com o benefício de competência. Apoia-se em PAULO (L. 22 pr., D., de except., XLIV, 1).

Quando o fiador era demandado, tendo assumido a fiança *in solidum*, tinha a faculdade de reclamar, perante o magistrado, a divisão da dívida. Se a solvência dos demais fiadores era indiscutível ou podia de logo ser demonstrada, o credor estava obrigado a dividir sua demanda e só obtinha a fórmula por parte. No caso de maiores investigações, o pretor oferecia a fórmula pelo todo, inserindo, então, a exceção *si non et illi solvendo sint*. O juiz devia examinar se havia outros fiadores solventes, e se o exame dava um resultado afirmativo, o demandado só era condenado na sua parte.

Explica, então, PÉTT (ob. cit., pág. 440, § 325, n.º 4) que, a valer o sistema que dá a toda exceção o efeito de excluir a demanda, o credor perderia o pleito e não teria mais ação, o que seria absolutamente contrário à equidade. Entretanto, admitindo-se seus argumentos, se o credor obtém condenação por parte, fica, ainda, exposto a não ter mais ação contra os demais fiadores, porque fez valer todo seu direito na *intentio* da fórmula. Isso, talvez, ficasse remediado por uma *praescriptio*, porém é difícil esclarecer.

De tomo, porém, é a argumentação de PAUL FRÉDÉRIC GIRARD, em seu excelente *Manuel Elementaire de Droit Romanin* (7.^a ed., pág. 1050): “5.^o quant à leur effet sur la condamnation, en exceptions absolutoires qui entraînent l’absolution intégrale du défendeur (*eximunt reum condemnatione*) et en exceptions minutoires qui entraînent seulement une réduction de la condamnation (*minuunt condemnationem*). Mais, quoique cette distinction soit faite en forme dans les compilations de Justinien et qu’elle y soit appliquée au moins dans une solution d’espèce, nous ne croyons pas qu’elle fut admise sous la procédure formulaire: la formule prescrivant au juge de condamner si *l’intentio* était vérifiée et si l’exception ne l’était pas, subordonnant son pouvoir de condamner à une condition positive résultant de *l’intentio*, et à une condition, ordinairement négative, résultant de l’exception, il devait nécessairement absoudre, quand la condition positive de son droit de condamner étaient bien réalisée, mais que la condition négative ne l’était pas, quand il reconnaissait que le demandeur était créancier, sur *l’intentio*, mais qu’il ne reconnaissait pas l’absence de dol, sur l’exception, et malgré le changement de législation, la preuve en est encore dans des textes que les compilateurs ont omis de remanier. Il n’en est autrement qu’au cas de bénéfice de compétence où la formule prescrit au juge de condamner le défendeur *in id quod facere potest, in quantum facere potest*; mais, à vrai dire, en dépit du langage impropre de quelques textes, cette clause mise dans la *condemnatio*, de la formule est, si l’ont veut, une partie accessoire spéciale, ce n’est pas une véritable exception greffée sur *l’intentio* de la formule”.

A exceção, era, geralmente, colocada entre a *intentio* (declaração do direito argüido) e a *condemnatio* (a atribuição ao juiz de poder condenar se fossem verdadeiros os fatos alegados). Para evitar ambigüidade, em alguns casos, vinha em seguida à *condemnatio*. SAVIGNY (*Sistema Del Derecho Romano Actual*, trad. espanhola de Jacinto Mesia y Manuel Poley, 2.^a ed., 4.^o vol. pág. 113, § 226) diz, entretanto, que as exceções, em sua maior parte, se incluíam depois da *condemnatio* e tinham redação *negativa*.

Demonstra SAVIGNY (ob. cit., § 226, pág. 113) que, no direito justiniânico, *praescriptio* é sinônimo de *exceptio*, podendo tomar-se indiferentemente uma palavra pela outra, e que o nome *praescriptio* teria derivado do fato de ser posta no antigo processo antes da *intentio*. Havia *praescriptio* que se inseria no interesse e a requerimento do demandante e a que se colocava no interesse e a requerimento do demandado. A última era uma verdadeira exceção. Posteriormente, as restrições opostas pelos demandantes foram as únicas a ser colocadas no princípio da fórmula, pondo-se no fim as propostas pelo demandado, as quais, entretanto, conservaram a denominação imprópria de *praescriptiones*: daí o hábito de conservar-se a palavra *praescriptio* como sinônimo de *exceptio*. Tal modificação de linguagem teria decorrido da abolição do *ordo judiciorum*, porque com o desaparecimento da fórmula não havia mais que se cogitar do lugar em que se colocavam as restrições, sendo certo que as que se fixavam em favor do demandante desapareceram por completo.

Exemplificando, diz o grande romanista: “He aqui la explicación de este fenómeno: la *doli* y la *rei judicatae* *exceptio*, por ejemplo, se colocaban siempre al fin de la fórmula, mientras que antiguamente la *temporis* y la *fori praescriptio* se colocaban al principio” (§ cit., pág. 144).

As exceções subsistiram com sua própria natureza, mesmo sob o regime do processo extraordinário, isto é, como meios de defesa alegados pelo demandado e fundados em direitos independentes do invocado na demanda, porém, não eram inseridas na fórmula.

Observa SCIALOJA (*Procedimento Civil Romano*, pág. 383) que, no direito justiniânico, a regra segue sendo que as exceções devem apresentar-se com a *litis contestatio*, isto é, que, na *contradictio*, o demandado deve opor as exceções de que pretenda fazer uso; essa regra, entretanto, mantém rigor com respeito a certas exceções, somente, pois se abranda com respeito a outras.

Na verdade: se é exato que as exceções peremptórias devem, pelo comum, opor-se antes da *litis contestatio* não menos certo é que, se se omitem, nem por isso se afasta a possibilidade de opô-las também depois. Tanto assim que cabe até propô-las pela primeira vez na apelação (L. 6, § Cod. de *appellat.* 7, 62; L. 2 Cod. *sent. rescindi non posse*, 7, 50; L. 4, Cod. *de temp. appell.* 7, 63).

As defesas podem opor-se sempre.

No processo justiniânico se debilitou de forma extraordinária a diferença entre a exceção e a mera defesa do demandado. No processo formulário a diferença é enorme mesmo do ponto de vista processual, pois, devendo inscrever-se a exceção na fórmula, qualquer defesa que se opusesse diretamente ao conteúdo da pretensão do autor, explicada na *intentio*, podia opor-se *in iudicio* sem necessidade da menção especial na fórmula; porém, se se tratava de uma verdadeira *exceptio*, para que o demandado pudesse defender-se, era necessária a inserção na fórmula. No processo justiniânico, mesmo essa diferença se reduz a muito pouco, se se pensa que, na *contradictio*, o demandado tinha que expor suas razões, de modo que, no fundo, também quanto às defesas havia regras de certo modo análogas às vigentes a respeito das exceções (SCIALOJA, *ob. cit.*, pág. 389).

As exceções criadas pelo pretor para novos casos chamavam-se *in factum*, do mesmo modo que se chamavam *in factum* as ações criadas, especialmente para determinados casos. Assim como as ações, havia exceções derivadas do direito civil e do direito pretoriano, havendo, também, as que já eram conhecidas e designadas com um nome especial, que se estendiam a casos novos: a relação dessa extensão se expressa pelo nome de *utilis exceptio*, do mesmo modo que ocorre com as ações.

O demandado, geralmente, podia solicitar uma exceção ordinária ou alguma exceção *in factum*. Havia, porém, casos em que tinha de contentar-se com a exceção *in factum*. Assim, quando opunha a seu patrono ou a seu ascendente uma exceção fundada sobre o dolo ou a violência: contra essas pessoas o pretor não concedia a exceção *doli* ou *metus causa*, mas uma exceção *in factum*, que se limitava a denunciar os fatos, sem afetar a honorabilidade do demandante (L. 4, 16, D. de *doli mali*, XLIV, 4).

Explica SAVIGNY que o princípio de direito que determina o conteúdo da exceção, descansa algumas vezes sobre as regras do processo; porém, mais freqüentemente, e em virtude de uma influência mais decisiva, sobre uma regra de direito material.

O mesmo direito material pode, segundo as circunstâncias, motivar uma ação ou uma exceção sobre cujo ponto exista uma regra importante. O que tem um direito de ação pode, sempre que tenha necessidade, fazer valer esse direito como exceção; porém, não pode dizer-se que, reciprocamente, uma exceção dê direito, desde o momento que existe, a exercitar uma ação que tenha o mesmo conteúdo e o mesmo resultado (Ob. cit. § 227, págs. 117/118).

De grande interesse é a exposição feita por SAVIGNY no que diz respeito à relação entre as diferentes espécies de exceções e as diversas classes de ações.

A uma ação civil se opõe uma exceção civil ou pretoriana; a uma ação pretoriana, uma exceção pretoriana ou civil, como se vê dos seguintes exemplos:

I. Ação civil e exceção civil.

Condictio, resultante de um empréstimo ou de uma estipulação. *Exc. Sc. Macedoniani et Velleiani exc. Legis plaetoriae*.

Rei vindicatio, como também a *condictio* resultante de uma estipulação. – *Exc. Legis Cinciae*.

II. Ação civil e exceção pretoriana.

Condictio ou rei vindicatio. – *Exc. Doli, pacti, jurisjurandi, rei judicatae*.

III. Ação pretoriana e exceção civil.

Actio constitutoria e actio hypothecaria. – *Exc. Velleiani Publiciana actio – Exc. domini*.

Actio de peculio – Exc. S.C. Trebelliani.

Toda ação pretoriana resultante de um crédito. – *Exc. Legis Juliae*, como consequência de uma *cessio bonorum*.

IV. Ação pretoriana e exceção pretoriana.

Actio publiciana. – *Exc. Hypothecaria, jurisjurandi, rei judicatae*.

Actio doli ou quod metus causa. – *Exc. in factum*.

Não há procedência na afirmação de que somente da relação da ação civil com a exceção pretoriana surge a verdadeira exceção, sendo impróprias as demais exceções, que teriam sido criadas por analogia uma vez que se verifica de GAIO e das *Institutas* de JUSTINIANO que os antigos juristas consideravam o desenvolvimento das exceções como paralelo ao das ações. O equívoco resulta de que o caso de aplicação mais comum, e por outro lado o mais importante na prática (o decorrente da relação supra referida) foi arbitrariamente considerado como único existente, vendo-se os outros casos como extensões feitas por analogia (Ob. cit., § 227, págs. 119/120).

GIRARD entende que todas as exceções são honorárias, de criação pretoriana: “Les prétendues exceptions civiles elles-mêmes n’ont pas été directement établies par le législateur, mais introduites par le préteur, soit à la place d’actions civiles, soit sur les instructions du sénat ou de l’empereur.

À la place d’actions civiles: loi Cincia, p. 953, n. 2; loi Plaetoria, p. 234, n. 1. Sur l’ordre du Sénat, en vertu des sénats-consultes: Velléin: p. 802, n. 2, Trébellien: p. 928, n. 7; Macédonien: p. 581, n. 1; sur l’ordre de l’empereur en matière de bénéfice de division: p. 772, n. 5” (ob. cit., pág. 1049).

Tratemos, em particular, da divisão das exceções.

Além da classificação, já examinada, de exceções civis e pretorianas, PETIT (ob. cit., § 803 bis, pág. 920) distingue os seguintes grupos: exceções fundadas na equidade e em considerações de utilidade geral, mesmo que nem sempre tenham um sentido equitativo; Exceções *rei cohaerentes* e *personae cohaerentes*; e exceções *perpetuae* ou *preemptoriae* e exceções *temporales* ou *dilatoriae*.

Entre as exceções fundadas na equidade, cabe apontar as *doli* e *metus causa*. Entre as que se fundam em outras considerações temos: *rei judicatae*, *S. C. Macedoniani* e *Velleiani*.

Como já dissemos, as primeiras estão subentendidas nas ações de boa fé, não tendo o demandado necessidade de fazê-las inserir na fórmula. Quanto às segundas, não pode delas prevalecer-se, se não houver pedido e obtido a sua inserção¹.

As exceções *rei cohaerentes* se davam em razão da persecução e podiam ser invocadas por toda pessoa interessada, tanto pelos fiadores como pelo devedor principal e contra qualquer pessoa que invocasse determinado direito. Assim, pela exceção *S. C. Velleiani* qualquer pessoa obrigada pela *intercessio* (quando alguém toma sobre si, desde o princípio, uma dívida de outrem, sem ter nisso interesse pessoal, quer se obrigando por outro, quer constituindo penhor ou hipoteca em garantia da dívida de outrem, quer ainda em se substituindo ao devedor primitivo), seja a própria mulher, um fiador ou outra pessoa, pode obter escusa da obrigação (PAULO, L. 7, § 1, D., de *except.* LXIV, 1).

As exceções *personae cohaerentes* não podiam ser invocadas senão por uma pessoa determinada, que se achasse numa situação jurídica particular em face do autor. Não aproveitavam nem ao fiador nem a qualquer outro obrigado. É o que ocorria com o benefício de competência (concedido a certos devedores, para que não fossem condenados além dos limites de seus haveres, com o que evitavam ser tratados como insolventes e a *bonorum venditio*, com o encarceramento e a nota de infâmia consequentes – L. 7, pr., D. eod) e com a exceção *pacti in personam*.

As exceções peremptórias podiam ser opostas sempre, como a exceção *quod metus causa, doli mali*, de contravenção de lei ou senatusconsulto, de coisa julgada ou deduzida em juízo, ou ainda a de pacto convencionado dispondo não seria o dinheiro de modo algum reclamado (GAIO, I., 4,121).

As exceções dilatórias eram oponíveis dentro de certo prazo, como a do pacto segundo o qual o dinheiro não deve ser reclamado durante cinco anos; pois, expirado tal prazo, extingue-se o direito à exceção. Semelhantes a esta exceção são as exceções *litis dividuae* e *rei residuae*: quem reclamasse parte duma coisa e, durante a mesma pretura, exigisse o restante, seria repellido pela exceção *litis dividuae*; do mesmo modo, o autor de várias lides contra o mesmo réu e que, movendo uma e diferindo outras, para que fossem julgadas por outros juízes, propusesse, durante a mesma pretura as ações diferidas seria repellido pela *exceptio rei residuae*.

Diz SAVIGNY (ob. cit., § 227, pág. 121) que, no antigo processo, a eficácia das exceções dilatórias era muito distinta, segundo se referiam ou não ao conteúdo da *intentio* mesma. Se, por exemplo, se invocasse a *exceptio pacti in diem* e o juiz a

1 O Cód. de Proc. Civil, em seu art. 4.º, adverte que o juiz não pode considerar exceções não propostas, para as quais seja por lei reclamada a iniciativa da parte.

Como o Direito Romano, admitimos, pois, exceções subentendidas: e como tais consideramos todas aquelas para cujo exame e decisão a lei não reclama a iniciativa da parte.

A seu turno, o art. 1.092, do C. Civil, consagra a *exceptio non adimpleti contractus*. Entendemos que essa exceção pode ser conhecida e decidida pelo juiz, mesmo não tendo havido proposição por parte do réu, por isso que não só a lei não reclama a iniciativa da parte – é ela mesma que adverte que “nenhum dos contraentes, antes de cumprir a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”, como ainda porque:

1 – Todo contrato bilateral deve, em verdade, ser cumprido por ambas as partes, para se atender, quando mais não seja, à boa fé nos negócios;

2 – a exigência do respeito recíproco às obrigações estabelecidas obedece, antes de tudo, a um princípio de equidade;

3 – e, nas ações de boa fé, como ocorria no Direito Romano, a exceção fundada na equidade se presume, não havendo necessidade de iniciativa da parte para que dela conheça o juiz.

reconhecesse fundada, devia pronunciar a absolvição completa da ação e o crédito ficava perdido para sempre. Assim, pois, quando o demandante era prudente, retirava provisoriamente sua ação e não a deixava chegar até o *judex*. Outra coisa sucedia com as exceções dilatórias que não se referiam ao conteúdo da *intentio*, por exemplo, e *exceptio fori* ou *praejudicialis*. Ainda que o juiz as reconhecesse fundadas, não devia rechaçar para a demanda, mas abster-se de pronunciar a condenação, de modo que a ação não ficava irremediavelmente perdida. Essa distinção não existia no direito justiniânico e todas as exceções dilatórias não tinham mais que a segunda consequência, a menos perigosa.

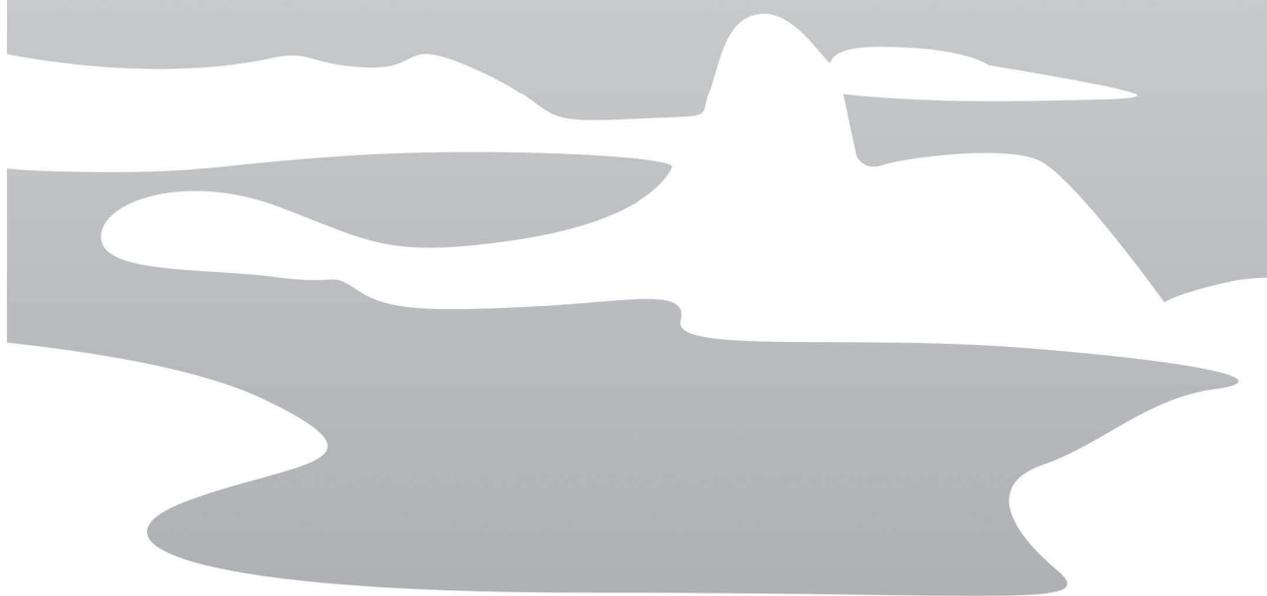
GAIO informa (4, 124) que as exceções se entendem não só em razão do tempo mas também das pessoas, como as *cognitoriae*, oponíveis a quem, embora não o podendo, em virtude do edito, age por intermédio de *cognitor*; ou a quem, embora podendo nomear *cognitor*, nomeie o que não pode aceitar a cognitura. Oposta a exceção cognitória, o autor pode agir pessoalmente, se não lhe for lícito nomear *cognitor*; se, porém, ao *cognitor* (nomeado) não for lícito desempenhar a cognitura, o autor tem o livre poder de agir por intermédio de outro *cognitor*, ou pessoalmente, evitando desta ou daquela forma a exceção; mas, se fingindo desconhecer a exceção, agir mediante esse mesmo *cognitor*, perde a causa.

Se o réu, por erro, não tiver oposto a exceção peremptória, haverá restituição por inteiro, a fim de poder acrescentar a exceção; mas se duvida se será restituído na íntegra o réu que não tiver recorrido à exceção dilatória (GAIO, 4, 125).

**Publicado originalmente na Revista nº 15 set./1971 - mai./1972, p. 43.*

Direito

Processual Coletivo



AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE PRESTAÇÕES ESTATAIS POSITIVAS**

EDUARDO SANTOS DE CARVALHO*

1. INTRODUÇÃO

Dentre as várias novidades introduzidas na ordem constitucional pela Carta de 1988, ocupam lugar de destaque as disposições tutelando bens jurídicos e atribuindo direitos de natureza “coletiva”, como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), à defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), à acessibilidade dos portadores de deficiências (art. 227, §1º, II), etc. Algumas prestações, como aquelas relativas à saúde (art. 196), educação (art. 205), segurança pública (art. 144), tutela do meio ambiente (art. 225) e até incentivo ao desporto (art. 217) passam a ser referidos como “*deveres do Estado*”, de modo a reforçar a natureza *compulsória* de sua observância pelo Poder Público.

Como recorda FÁBIO KONDER COMPARATO, esta orientação atende ao perfil do Estado Contemporâneo, cujo sistema jurídico se organiza em função de *políticas públicas* voltadas para a transformação social. O reconhecimento de uma *nova função para a norma jurídica* (que passa a regular mecanismos econômicos e sociais) implica no reconhecimento de uma *nova categoria de direitos* (de natureza transindividual), que por sua vez demanda um *novo tipo de função jurisdicional*. Como afirma RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, o Estado Contemporâneo, “ao editar uma lei, nem de longe pode considerar cumprida sua tarefa básica, senão que, ao contrário, a partir daí vincula-se ao dever de realização *eficiente* do programa estabelecido na norma-objetivo”.

Na medida em que surgem pretensões transindividuais, no sentido de garantir a aplicabilidade desses direitos sociais, fazem-se necessários novos mecanismos processuais, para promover a solução desta nova modalidade de conflito de interesse.

Para assegurar a efetividade desses direitos transindividuais, a CF/88 criou alguns *instrumentos jurídicos novos* (como o mandado de injunção – art. 5º, LXXI, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão – art. 103, § 2º, e o mandado de segurança coletivo – art. 5º, LXX) e *ampliou o objeto de outros remédios* já existentes (como a ação popular, que passou a ser expressamente admitida para a anulação de atos lesivos à moralidade pública, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural – art. 5º, LXXIII, e a ação civil pública, cujo objeto foi ampliado para alcançar quaisquer “interesses difusos ou coletivos” – art. 129, III).

Antes de 1985, o único meio processual para a impugnação de atos administrativos lesivos ao interesse público seria a ação popular, cuja iniciativa cabia ao cidadão individual (tradicionalmente considerada apenas como instrumento para

** EDUARDO SANTOS DE CARVALHO é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

* O presente trabalho obteve o 1º lugar no “Prêmio Jurídico Luiz Carlos Cáfaro” (2003), promovido pela FEMPERJ, com apoio da CAMPERJ e do CEPROJUS.

a anulação de atos lesivos ao patrimônio de entes públicos). Afora essas hipóteses, a intervenção do Judiciário na Administração Pública estaria virtualmente restrita aos mandados de segurança individuais e à promoção da responsabilidade civil do Estado por danos pessoais.

Com o advento da Lei nº 7.347/85, que introduziu a ação civil pública no ordenamento pátrio, outorgando ao Ministério Público e a outras entidades legitimidade concorrente para sua iniciativa, surgiu a primeira forma de tutela efetiva de interesses difusos e coletivos, originalmente previstos em relação *numerus clausus* nos incisos I a III do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública. A CF/88 alçou a ação civil pública ao plano constitucional, consagrando-a como função institucional do Ministério Público, ampliando a sua incidência para a tutela de quaisquer interesses difusos ou coletivos, antes mesmo de a Lei nº 8.078/90 acrescentar o inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347/85.

O tratamento constitucional da tutela coletiva se insere em um contexto mais amplo: o movimento pelo “*acesso à justiça*”, que se disseminou no pensamento jurídico nacional devido à marcante influência da doutrina italiana.

O movimento pelo “*acesso à justiça*” inaugurou uma nova fase metodológica do Direito Processual: a fase *instrumentalista*¹. Após a 2ª Guerra Mundial, concluiu-se que não era suficiente aspirar à correção técnica do provimento jurisdicional: o processo não poderia ser um fim em si mesmo, sob pena de se converter em um exercício formal e estéril. Redescobriu-se, então, a noção da *finalidade* como algo externo ao processo: o processo há de estar voltado à implantação do direito no mundo real. Numa palavra, o processo há de ter *efetividade*; nos dizeres de GIUSEPPE CHIOVENDA, “na medida do praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter”.

O princípio do “*acesso à justiça*”, portanto, concebe a ação como algo muito além de um mero “*direito abstrato*”; a ação há de ser um “*instrumento*” voltado para a efetividade da tutela pleiteada. A exigência constitucional não se esgota na possibilidade de *acesso formal ao órgão judiciário*, mas exige o *acesso a um resultado justo* (a uma “*ordem jurídica justa*”).

Tal é o que se depreende do texto constitucional, quando dispõe no inciso XXXV do art. 5º: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Extrai-se deste dispositivo, como inevitável decorrência lógica, que a CF/88 assegura ao Poder Judiciário os *meios* para afastar as ameaças e reparar as lesões a quaisquer direitos. Afinal, seria inútil assegurar que o Judiciário possa “*apreciar*” as lesões ou ameaças a direito, se a autoridade jurisdicional nada pudesse fazer a respeito. O Judiciário haverá de ter meios para obter resultados práticos na implementação da “*ordem jurídica justa*”², sob pena de esvaziar a garantia constitucional, o que reduziria o Poder Judiciário a um papel insignificante, e inviabilizaria a promoção da “*defesa da ordem jurídica*”, para a qual o Ministério Público é constitucionalmente vocacionado (art. 127, *caput* da Constituição).

1 Segundo a classificação exposta por CÂNDIDO DINAMARCO em *A Instrumentalidade do Processo*, a primeira fase do direito processual seria a *sincrética*, na qual o processo era encarado apenas como um modo de exercício do direito material; seguiu-se a esta a fase *autonomista*, na qual a doutrina passou a afirmar a independência do processo em face da relação de direito material.

2 Como afirma KAZUO WATANABE, o art. 5º, XXXV assegura “o acesso à justiça que propicia a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação de justiça e também o acesso à ordem jurídica justa”.

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E SEPARAÇÃO DE PODERES

Da conjugação dessas inovações constitucionais (efetividade da tutela e possibilidade de tutela jurisdicional de interesses transindividuais) decorreu um *redimensionamento* do sistema de “freios e contrapesos”, inerente à separação de poderes.

A separação de poderes não é um conceito unívoco, ou estanque: varia conforme o tempo e o lugar (*cf.*, por exemplo, as diferenças entre o modelo americano e o modelo francês de separação de poderes). Certamente, a Constituição de 1988, inspirada por um ideário democrático de cidadania, instituiu um sistema de freios e contrapesos bem diferente daquele do regime autoritário da Emenda Constitucional nº 1/69.

Especificamente, a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, ao consagrar *direitos* dos cidadãos e *deveres* do Estado, na implementação de políticas públicas, gera um novo campo de superposição entre o âmbito das atividades administrativa e judicial. Por isso, afirmam alguns doutrinadores, a noção de que os poderes atuem “em esferas incondicionalmente autônomas e perfeitamente delimitadas (...) não encontra amparo no texto constitucional”³.

Portanto, não se pode pensar a separação de poderes (e, conseqüentemente, os limites ao controle judicial dos atos administrativos discricionários) sem levar em consideração o novo papel reservado pela CF/88 ao Judiciário: a implementação efetiva dos interesses difusos e coletivos, cuja promoção foi constitucionalmente outorgada ao Ministério Público.

Durante milênios, prevaleceu uma concepção individualista do processo, na qual os interesses difusos ou coletivos estariam fora do alcance do Judiciário: eram considerados meras reivindicações políticas, cuja implementação dependeria da boa vontade do legislador e do administrador (especialmente deste último, na medida em que, embora a lei pudesse impor obrigações ao Estado – por exemplo, em matéria ambiental – não havia previsão de meios eficazes para coagi-lo a seu cumprimento). Todavia, o perfil do Estado Contemporâneo, comprometido com a implementação de programas sociais, demandou o alargamento da garantia do acesso à justiça, para acolher tutela dessa nova categoria de interesses, de modo que o Judiciário passou a ter de assumir novas funções e a enfrentar situações que, anteriormente, lhe seriam consideradas alheias.

O Poder Constituinte percebeu que os interesses difusos e coletivos na CF/88 eram relevantes demais para que sua implantação ficasse condicionada à conveniência do administrador. Se a Constituição contém normas impositivas (por exemplo, exigindo a atuação do Executivo na realização de alguns programas), paralelamente conferiu à sociedade meios processuais idôneos para assegurar sua implementação, e constituiu representantes legítimos para exigí-lo judicialmente. Por isso, diz-se que as demandas coletivas são uma modalidade de participação direta da sociedade no exercício do poder (atendendo ao princípio da *democracia participativa*, consagrada no art. 1º, §1º da CF/88), agindo o Ministério Público (assim como os demais co-legitimados à ação civil pública) como “porta-voz” de interesses dispersos na sociedade. Trata-se daquilo que CÂNDIDO DINAMARCO havia identificado como uma “função política” do processo: ser um canal para a participação do indivíduo (e de grupos sociais) nos destinos da sociedade⁴.

3 LÍDIA HELENA COSTA PASSOS, “Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas”, in *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*, p. 462.

4 *A Instrumentalidade do Processo*, p. 379 e ss.

Era inevitável, portanto, que o advento da CF/88 abrisse um novo campo de “interferência” do Judiciário na atuação do administrador público⁵: o que CARLOS ALBERTO DE SALLES denomina “ações judiciais de interesse público” (*public interest litigation*), voltadas para “vindicar a efetivação de políticas públicas expressas em lei ou decorrentes de valores consagrados constitucionalmente” (efetivação que, conseqüente e inevitavelmente, terá repercussão na alocação de recursos públicos)⁶.

Em síntese, a Constituição reconhece o Poder Judiciário como uma instância legítima para dar resposta às exigências sociais de efetivação dos interesses difusos e coletivos assegurados pela própria CF/88 e pela legislação infraconstitucional, de cuja defesa o Ministério Público foi incumbido.

3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CONTROLE DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

O tema do controle dos *atos* administrativos através da ação civil pública não apresenta maiores dificuldades, pois se insere no mesmo contexto dos instrumentos tradicionais do Direito Administrativo (como a ação popular e o mandado de segurança). Provavelmente por isso, as ações civis públicas voltadas para *impedir* a Administração Pública de praticar um ato lesivo a interesse difuso ou coletivo, não tem suscitado maiores controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

O tema do controle judicial das *omissões* administrativas (ou seja, das ações voltadas para **exigir** do Estado a implementação de uma prestação positiva), todavia, está a exigir maior reflexão.

Há alguns limites ao controle jurisdicional que se apresentam, ao menos à primeira vista, como incontroversos, no que tange, por exemplo, a atos que dependam do Poder Legislativo, como instituição de tributos, criação de cargos e atividade legiferante em geral; ou quanto ao mérito de opções políticas, como declaração de guerra, ratificação de tratados, decretação de estado de sítio, sanção ou veto de projeto de lei *etc.* Estes atos constituem manifestações da vontade política do Estado e, como tal, estão imunes à interferência do Poder Judiciário.

Todavia, alerta RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO: “Não há fundamento técnico-jurídico ou argumentação logicamente sustentável que dê respaldo a uma pretensa assimilação entre as políticas públicas e os atos exclusivamente políticos ou puramente discricionários”.

Afinal, como já vimos, o regime da CF/88 não mais reserva a implementação de políticas públicas ao exclusivo arbítrio do Administrador: impõe deveres ao ente público e sujeita a eventual inobservância desses deveres à atuação do Judiciário. Como afirma ÁLVARO MIRRA, o Judiciário não pode criar políticas públicas, mas pode impor a execução daquelas estabelecidas na lei ou na Constituição.

⁵ “Sempre se disse que a Administração Pública é que aprecia o interesse público e que o Judiciário não podia examiná-lo, porque o direito de ação tradicional só podia ser exercido para proteger o direito individual; daí o Judiciário dizer que a apreciação do interesse público não lhe compete. Se hoje existe o direito de ação para proteger o interesse público, o interesse coletivo, o interesse difuso, o Judiciário não mais pode se omitir. Se houver conflito entre interesses públicos diversos, o Judiciário tem que pôr fim ao litígio. Quem decide conflitos de interesse em última instância? É, evidentemente, o Judiciário” (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Discricionabilidade administrativa e controle judicial da Administração”, in *Processo Civil e Interesse Público – O processo como instrumento de defesa social*, p. 189).

⁶ CARLOS ALBERTO DE SALLES expõe que a introdução da tutela coletiva ampliou o papel do Poder Judiciário, ao lhe conferir a função de adjudicar o interesse público, “decidindo no caso concreto o interesse que deve ser predominante entre aqueles consagrados pela ordem jurídica”, e realizando “opções relacionadas com a alocação e apropriação de recursos comuns” (*Execução Judicial em Matéria Ambiental*, p. 58).

O foco deste texto será a efetivação de políticas públicas previstas em lei, ou seja, a implementação de comandos diretos da lei ao Administrador, aplicáveis mediante simples subsunção (ou seja, normas dirigidas ao Poder Público que descrevam suficientemente a prestação exigida e sua hipótese de incidência, contendo portanto elementos para sua aplicabilidade imediata).⁷ Tal como o art. 88 da Lei de Execuções Penais, que dispõe acerca das condições mínimas da cela de penitenciárias; o art. 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que assegura a todas as crianças o direito público subjetivo de acesso ao ensino fundamental; o art. 54, IV do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõe ao Poder Público o dever de oferecer atendimento em creches e pré-escola para as crianças de zero a seis anos; ou uma lei ambiental que exija do Poder Municipal o tratamento dos efluentes lançados.

Poderia a ação civil pública veicular pretensões voltadas para a implementação desta categoria de preceitos?

Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência têm se inclinado no sentido de considerar juridicamente impossível o acolhimento de pedidos deduzidos no sentido de obrigar o Estado a realizar despesas ou executar obras de qualquer natureza. Segundo os partidários deste entendimento, a destinação de recursos públicos seria sempre uma decisão política; somente o Administrador teria condições para definir as prioridades públicas, levando em consideração a realidade administrativa e financeira do ente estatal⁸.

Na doutrina, esta tese é esposada por PEDRO DA SILVA DINAMARCO, que reputa como juridicamente impossível qualquer demanda, em face de um agente estatal, que “signifique, na prática, a imposição de uma destinação específica dos recursos públicos”. A mesma posição é defendida por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁹.

Tal afirmação encontra apoio na doutrina tradicional de SEABRA FAGUNDES, que entende que as omissões estatais não implicariam violação à lei: “A Administração Pública pode, assim, sem contrariar o ‘regime de legalidade’, sem ir positivamente de encontro a determinações legislativas, abster-se de executar a lei. Quando não exista uma peremptória fixação de prazo para a aplicação da regra, fica-lhe a faculdade de conciliar a execução com as conveniências de tempo e utilidade indicadas por

7 Não se pretende abordar, portanto, a matéria ainda mais controvertida da implementação de interesses difusos assegurados genericamente pela Constituição, cuja implementação enseja outras categorias de problemas: como a indefinição da natureza ou alcance das prestações concretas exigíveis, em função da abertura dos comandos constitucionais (p.ex., assegurar a segurança pública); ou o confronto entre interesses contrapostos, demandando ponderação para sua conciliação (que os processualistas descrevem como a “conflituosidade interna” dos interesses difusos: p. ex., o interesse na preservação da qualidade ambiental pode conflitar com o interesse no desenvolvimento econômico e social). Parece intuitivo que nessas matérias haverá um espaço mais amplo de liberdade para o administrador buscar uma solução razoável: mas poder-se-ia cogitar que esses preceitos genéricos, embora não exigíveis em grau máximo, contivessem um núcleo mínimo de efetividade (um conteúdo **mínimo** exigível), sem o qual se esvaziaria a proteção ao interesse. Mas trata-se de tema que desborda os limites do presente trabalho.

8 Neste sentido, VICENTE GRECO FILHO afirma que, mesmo na tutela de direitos individuais, a efetividade da execução de obrigações de fazer, em face do Poder Público, “fica sacrificada pela impossibilidade jurídica da execução específica da obrigação de fazer, porque o Judiciário, perante o sistema constitucional vigente, não pode praticar atos administrativos da esfera do Executivo, pois estaria invadindo área privativa de outro Poder” (*Da Execução contra a Fazenda Pública*, pp. 36/37).

9 “Completamente injurídico é, pois, o manejo da ação civil pública para remanejamento de verbas orçamentárias ou para alterar as prioridades administrativas quanto às aplicações das disponibilidades do tesouro, dando preferência a um investimento em lugar de outro, ou simplesmente impondo à Administração o dever de realizar uma obra pelo só fato de ser de interesse coletivo” (“Ação civil pública e outras ações coletivas: algumas observações”, in *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, n° 9, p. 151/152).

circunstâncias que só ela pode aferir. Em certos casos, o próprio interesse público pode aconselhar a não pôr em movimento o texto legal”¹⁰.

Dentre vários precedentes jurisprudenciais nesta linha, invoca-se um particularmente eloqüente: “O art. 3º da Lei 7.347/85, a ser aplicado contra a administração pública, há de ser interpretado como vinculado aos princípios constitucionais que regem a administração pública, especialmente o que outorga ao Poder Executivo o gozo de total liberdade e discricionariedade para eleger as obras prioritárias a serem realizadas, ditando a oportunidade e conveniência desta ou daquela obra, não sendo dado ao Poder Judiciário obrigá-lo a dar prioridade a determinada tarefa do poder público”¹¹.

Data maxima venia, entende-se que esta tese é manifestamente incompatível com o atual regime constitucional.

A partir do momento em que a CF/88 institui a tutela da saúde, da educação, do meio-ambiente e de tantos outros direitos sociais e interesses difusos e coletivos, expressa ou implicitamente, como *deveres do Estado*, neste mesmo instante cessou de haver autonomia para o Executivo decidir unilateralmente sobre a “oportunidade e conveniência” da implementação desses direitos. Tratam-se de regras *cogentes*, incompatíveis, portanto, com um suposto regime de “total liberdade e discricionariedade” vislumbrado no precedente jurisprudencial acima invocado.

Afirmar que somente a Administração poderia aferir se há “interesse público” em cumprir a lei equivale a atribuir ao Poder Executivo o *monopólio* da definição do interesse público: seria negar a relevância da vontade popular manifestada através do Poder Legislativo (ou da própria Constituição), adotando-se como exclusivo critério a conveniência do administrador. No fundo, esta tese nega a imperatividade da lei: para o Estado, ela seria uma mera “recomendação”, uma diretiva para ser cumprida, quem sabe um dia, “quando der”, se não for muito inconveniente. Mas no Estado Democrático de Direito, o Estado também tem de se submeter à lei e não há qualquer motivo pelo qual essa submissão haja de se restringir às determinações de abstenções, e não às determinações positivas.

Ademais, esta doutrina obviamente conflita com o princípio do acesso à justiça (que garante o acesso a uma “ordem jurídica justa”), pois importaria em subtrair do Judiciário os meios para assegurar a implementação de direitos outorgados pela Lei ou pela Constituição. Incorre-se, assim, em afronta ao art. 5º, XXXV da CF/88: não se pode inviabilizar a tutela de direitos que demandem prestações estatais positivas. Recusar tutela a estes direitos equivale, na prática, a negar a sua existência: *se o direito existe, sua reivindicação judicial não pode ser juridicamente impossível*.

Alguns autores buscaram conciliar a concepção tradicional da separação de poderes (e a sua inerente aversão à intromissão do Judiciário em assuntos da Administração Pública) com as novidades introduzidas pela tutela coletiva. Nesta linha, poder-se-ia citar o entendimento de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, que sustenta ser juridicamente possível o pedido “preordenado para determinada situação concreta, causada pelo Estado” (ex.: reparos em abrigo em situação precária), mas não para condenações “genéricas, abstratas, inespecíficas e indiscriminadas” (incluindo nessa categoria: demanda para obrigar o Município a matricular todas as crianças e adolescentes na rede de ensino; obrigação de instalar estação de tratamento de esgoto; obrigação de reformar zoológico)¹².

10 O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, pp. 82/84.

11 STJ-1ª Turma, AgIn 138901-GO.

12 Ação Civil Pública – Comentários por Artigo, p. 81.

Em que pese o brilhantismo do eminente administrativista, pede-se vênia para discordar. A objeção é procedente quanto a pedidos efetivamente genéricos (p.ex., caso o pedido da ação civil pública versasse, abstratamente, sobre a “garantia da segurança pública”), embora não se tratasse propriamente de hipótese de impossibilidade jurídica do pedido, mas sim de *inépcia* da inicial, diante do art. 286 do CPC, que exige a formulação de pedido “certo e determinado”. Não se verifica, todavia, o mesmo impedimento diante das hipóteses acima invocadas, que dizem respeito a prestações de fazer “certas e determinadas”, distinguindo-se apenas por uma diferença de graus de custo, complexidade ou prioridade da obrigação. A circunstância de uma prestação ser mais complexa ou custosa não a torna menos obrigatória ou impassível de sindicacão judicial.

A tese da impossibilidade jurídica do pedido desconsidera, em última análise, as novidades introduzidas pela Constituiçã de 1988 (em particular, a garantia do efetivo acesso à justiça, e a consagraçã da tutela jurisdicional de interesses difusos e coletivos), que redesenharam o papel do Judiciário e, por extensã, a configuraçã da separaçã dos Poderes do Estado. Ao decidir acerca da implementaçã de interesses transindividuais, o Poder Judiciário estã realizando atividade jurisdicional típica (soluçã dos conflitos de interesse que lhe sã submetidos, mediante interpretaçã e aplicaçã da lei), mas em nova seara, que foi acolhida e ampliada pela CF/88.

Invoca-se, nesta linha, a sempre pertinente liçã de LUÍS ROBERTO BARROSO: “É puramente ideolãgica, e não científica, a resistênciã que ainda hoje se opõe à efetivaçã, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais”.

No mesmo diapasã, ensina LUIZ GUILHERME MARINONI: “Sempre que a lei regula de forma vinculada a atuaçã administrativa, obrigando a administraçã a um determinado comportamento, não se pode falar em insindincabilidade dessa atuaçã, justamente porque, existindo o dever de atuar, não há margem para qualquer consideraçã de ordem técnica e política. (...) sendo assim, e se há uma norma no sistema que estabelece para a administraçã o dever de agir em determinada situaçã, o descumprimento do dever é pura e simplesmente violaçã de lei, como tal passível de corrigenda pelo Poder Judiciário”¹³.

Em síntese: onde há dever legal, não pode haver opção discricionária pela omissã. O administrador que descumpra a lei não age no exercíciã da legítima liberdade discricionária, mas sim no campo da ilegalidade e da arbitrariedade: não existe discricionariã *contra legem*. Se há determinaçã legal, não existe opção de não fazer (ou de somente fazer no “dia de São Nunca”); embora se possa admitir a ocorrênciã de outros impedimentos fáticos ou jurídicos à efetivaçã imediata da prestaçã (que serão abordados mais adiante), estes serão sempre fatores externos à vontade do administrador.

Esposada a tese da possibilidade jurídica do suprimento judicial de omissões administrativas, as eventuais controvérsias acerca da obrigatoriedade (ou não) da prestaçã positiva exigida, e acerca das circunstâncias fáticas, técnicas, orçamentárias e financeiras que eventualmente justifiquem a não-implementaçã da prestaçã *integram o mérito da lide* e, portanto, haverão de ser consideradas quando do julgamento da causa diante das peculiaridades de cada caso concreto.

Ainda que de modo incipiente, diversos julgados admitem a sindicacão de prestações positivas para a implementaçã de interesses difusos ou coletivos,

¹³ Tutela Inibitória (individual e coletiva), p. 103.

especialmente no campo da proteção à infância e à juventude¹⁴ e da proteção ao meio-ambiente¹⁵.

Repita-se, mais uma vez, a advertência de ÁLVARO MIRRA: o Judiciário não pode criar políticas públicas, mas pode impor a execução daquelas estabelecidas na lei ou na Constituição. Reafirma-se, aqui, o postulado da efetividade da tutela coletiva: se a Constituição e a lei impõem obrigações ao Administrador, decorre de imperativo constitucional que se reconheça à sociedade (e, por extensão, ao Ministério Público, instituição destinada para a defesa dos interesses sociais) o recurso aos meios jurisdicionais para assegurar o cumprimento desses deveres.

4. OBJEÇÕES AO SUPRIMENTO JUDICIAL DE OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

É indiscutível que o tema da possibilidade jurídica de se exigir do Judiciário prestações estatais positivas, em matéria de políticas públicas, suscita ampla controvérsia. Buscar-se-á, a seguir, enfrentar algumas das objeções freqüentemente argüidas contra a tese ora sustentada.

4.1 LEGITIMIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO

Uma primeira categoria de objeções pretende negar legitimidade ao Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de prestações positivas.

Nesta linha, afirma-se que tal atividade jurisdicional violaria a separação de poderes e que o Judiciário estaria “substituindo” o Administrador. Critica-se a “politização” do Judiciário, que estaria agindo de forma “anti-democrática”, de modo a implementar uma “ditadura do Judiciário”.

Os argumentos, todavia, não procedem.

Quanto à separação de poderes, já se demonstrou que a mesma tem que ser entendida sob o prisma da nova ordem constitucional, que consagra a tutela efetiva dos interesses difusos e coletivos e o acesso a uma “ordem jurídica justa”.

Partindo-se do pressuposto de que o Judiciário vai estar implementando uma *obrigação legal do Estado*, o que se estará objetivando é o restabelecimento da submissão do Administrador à lei, o que é perfeitamente admissível (mais até: é uma *necessidade*) em um regime constitucional de “freios e contrapesos”. Se o Administrador pretende submeter o cumprimento da lei ao seu juízo discricionário de conveniência e oportunidade, é o Poder Executivo que estará violando a separação dos poderes, ao

14 Veja-se o seguinte voto, da lavra do eminente Des. Sérgio Cavalieri: “(...) quando (o Judiciário) atua no sentido de assegurar o cumprimento dos preceitos constitucionais, não interfere na autonomia municipal; apenas exerce o seu poder de controle da legalidade da atividade administrativa, eis que a ilegalidade pode decorrer não só da conduta comissiva como também da omissiva” (TJRJ – Conselho da Magistratura, Proc. 799/96, julg. 03.08.98).

15 “*Ação civil pública - Demanda proposta pelo Ministério Público visando obrigar a Municipalidade a efetuar prévio tratamento antes de lançar o esgoto em cursos d’água, com restauração do ambiente degradado - Carência da ação decretada em primeira instância, sob o fundamento de interferência no Poder Executivo - Possibilidade da demanda e da atuação ministerial na forma do artigo 129, III da Constituição Federal e Lei n. 7.347/85 - Pretensão buscando coibir degradação de meio ambiente e de danos à saúde pública, não podendo ser obstada sob o manto da discricionariedade administrativa - Sentença de carência afastada, com determinação para prosseguimento da ação - Recurso ministerial provido.* Possível o ajuizamento de ação civil pública, pelo Ministério Público, visando obstar ato de Municipalidade de despejar esgoto, sem tratamento, em curso d’água, evitando-se a degradação do meio ambiente e danos à saúde pública. (TJSP- 1ª Câm. Dir. Público, Ap. Civ. n. 47.991-5, julg. 16.11.99).

reduzir à insignificância a vontade popular conforme emanada do Poder Legislativo e consagrada no texto legal. Diante desta anomalia, o Ministério Público terá o dever de requerer ao Judiciário o suprimento da omissão estatal, não para impor novas diretrizes políticas, mas para restabelecimento do regime de legalidade afrontado pela ilegítima omissão estatal.

Admitidas as premissas acima expostas, também se demonstra infundada a pecha de “politização” do Judiciário: com tal expressão, pretende-se reduzir a aplicação da lei a uma reivindicação política, desprovida de juridicidade. Uma vez convertida em lei, o que era “reivindicação política” integra-se ao ordenamento jurídico e torna-se “direito”: é uma manifestação *imperativa* da vontade popular. Outorgar ao Executivo o monopólio sobre a implementação dessa vontade equivaleria a negar sua submissão à lei que lhe comanda determinada ação.

Quanto ao suposto viés “anti-democrático” da intervenção jurisdicional na atuação do representante eleito do povo, há que se recordar que a democracia não se resume apenas à escolha do Chefe do Poder Executivo: o restabelecimento do império da lei e da sujeição do administrador à vontade popular emanada de um Poder Legislativo democraticamente eleito, é uma afirmação da democracia. Como afirma HERBERT HART, a sujeição do Poder Executivo ao controle jurisdicional “é o preço que se tem de pagar pela consagração de limites jurídicos ao poder político”¹⁶.

4.2 PRESTAÇÕES POSITIVAS E PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA

Outra objeção freqüentemente aduzida é a de que as prestações positivas demandadas não poderiam ser implementadas, por ausência de previsão orçamentária¹⁷.

Este mesmo obstáculo já foi reiteradamente levantado - e hoje se encontra inteiramente superado - nas ações dirigidas contra entes públicos para o fornecimento de medicamentos à população: pacificou-se, atualmente, o entendimento de que a fruição de direitos fundamentais (como o direito à saúde) não pode estar condicionado ao planejamento orçamentário.

Aliás, MARCOS MASELLI chega a identificar em alguns acórdãos do STF na matéria “um certo menosprezo” pelo princípio da legalidade orçamentária, que parece ser encarado como um problema interno à Administração, uma preocupação de ordem secundária¹⁸.

16 O conceito de direito, p. 339, *apud* LÍDIA HELENA COSTA PASSOS, “Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas”, in *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*, p. 483.

17 O argumento beneficia-se do preconceito, amplamente difundido, que privilegia as “normas de organização” em detrimento das “normas definidoras de direito”, como se aquelas fossem mais “vinculantes” (e, portanto, mais “jurídicas”) do que aquelas. A implementação das normas definidoras de direitos estariam sempre dependendo de algum evento futuro (seja uma lei para regulamentar a Constituição, ou um decreto para regulamentar a lei, ou uma portaria para regulamentar o decreto, ou ainda, depois de percorrido todo este *iter*, a inclusão de previsão no orçamento do exercício seguinte). Recorde-se, novamente, a advertência de LUÍS ROBERTO BARROSO, que desmascarou a natureza ideológica, e não jurídica, dessa postura.

18 Confira-se o voto do Min. Celso de Mello, no RE 273.834/RS: “A falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas, ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e doentes. (...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde (...) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, (...) razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção”.

Atualmente, questiona-se que o orçamento, que haveria de ser um instrumento para o controle do Executivo¹⁹, possa ser invocado como álibi para desobrigar o administrador do cumprimento da lei²⁰.

CARLOS ALBERTO DE SALLES afirma que o objetivo do art. 100 da Constituição da República é “preservar a *clausura orçamentária*, para impedir a desorganização das contas do Estado, não significando uma limitação do poder jurisdicional na imposição de medidas tendentes a fazer valer as obrigações legalmente estabelecidas às entidades públicas”. Segundo o mesmo autor, a aplicação da regra do art. 100 “é pertinente apenas à execução por quantia”²¹, não alcançando a regulação das execuções de obrigação de fazer.

De qualquer modo, seria contraditório entender que a despesa pública se encontra submetida à ordem constitucional apenas sob os seus aspectos formais (no que tange à previsão orçamentária), mas não sob os seus aspectos teleológicos. Uma lei orçamentária que não destinasse recursos aos fins essenciais do Estado estaria esvaziando a autoridade da Constituição Federal. Como afirma ANA PAULA DE BARCELLOS: “Imaginar que a influência da Constituição no que diz respeito aos gastos públicos se limitaria à formalidade de sua previsão orçamentária seria ignorar por completo a natureza normativa da Carta e dos fins materiais por ela estabelecidos. Tal concepção provocaria, ainda, uma partição inteiramente sem sentido na atividade financeira do Estado: a apuração das receitas, especialmente no que diz respeito ao direito tributário, estaria submetida aos comandos constitucionais, mas as despesas, não (!). Se é assim, e os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes deverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento”²².

Quando confrontado com uma demanda na qual se pleiteia a implementação de uma prestação estatal positiva, o Poder Público costuma recorrer ao discurso das restrições orçamentárias, como impedimento ao adimplemento da prestação; todavia, tal alegação deve ser analisada com reservas e sempre diante das peculiaridades do caso concreto. *A uma*, porque freqüentemente se constatará que a lei orçamentária aloca recursos para um programa de trabalho no qual se enquadraria a prestação específica demandada em juízo, e que este programa dispõe de recursos não-comprometidos suficientes para a implementação da prestação demandada. *A duas*, porque as leis orçamentárias costumam conceder ao Executivo uma margem relativamente ampla para o remanejamento de verbas orçamentárias: não é raro constatar freqüentes aberturas de crédito suplementares em favor de projetos de interesse da Administração, seja por receitas adicionais ou por cancelamento de outras alocações orçamentárias.

19 Historicamente, a exigência da legalidade orçamentária surgiu como exigência para o controle social da arrecadação e das despesas da Administração Pública (cfr. RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, Volume V, p. 10 e ss.).

20 “... no cabe menoscabar derechos constitucionales bajo el subterfugio de no contar con medios financieros suficientes para ello. De ser así, estaríamos en una situación en la cual estaría totalmente desnaturalizada la razón misma de ser de la actividad financiera. De ser un médio para la institucionalización de um estado de derecho se convertiría em el medio idóneo para socavarlo” (HORACIO GUILLERMO CORTI, *apud* ANA PAULA DE BARCELLOS, “Educação, Constituição, democracia e recursos públicos”, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, p. 50, nota 45).

21 Ob. cit., p. 294.

22 “Educação, Constituição, democracia e recursos públicos”, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, pp. 48/49.

Por isso, freqüentemente a alegação de “ausência de previsão orçamentária” apresenta-se desprovida de credibilidade, seja pela existência de autorização para despesas em projeto de trabalho contido no orçamento, seja porque a lei orçamentária permite ao Poder Executivo promover significativos remanejamentos na destinação dos recursos²³. Se, diante de um caso concreto, o único meio eficaz de atender ao comando da lei for a redistribuição de verbas orçamentárias, parece claro que o administrador estará obrigado a proceder a tal remanejamento, nos limites autorizados pela lei orçamentária²⁴. Naturalmente, esta assertiva conduz a cogitar-se da possibilidade de intervenção judicial na alocação de recursos orçamentários, questão que será abordada no item 5.4 deste trabalho.

4.3 A “RESERVA DO POSSÍVEL”

Outra categoria de objeções à implementação de prestações estatais positivas invoca a denominada “reserva do possível”: dado que os recursos públicos são escassos, seria impossível exigir a satisfação plena e imediata de todas as pretensões que são dirigidas contra o Estado. Assim, aplicar-se-ia o antigo brocardo: *ad impossibilia nemo tenetur*.

Argumenta-se que o princípio da efetividade é uma mera utopia, que teria restado superada com a derrocada do modelo do Estado Social. Como todos os direitos têm um custo para o Estado, a implementação maximizada desses direitos conduziria à falência do ente público.

Este é um argumento particularmente problemático, na medida em que questiona uma das premissas sobre as quais se assenta a presente tese: o princípio da *efetividade*, que pressupõe que o Estado-Juiz possa, através de implementação judicial, assegurar a todos a fruição dos direitos sociais. A objeção levantada é, ao menos em parte, procedente.

Atente-se, desde logo, que o Judiciário tende a aplicar “dois pesos e duas medidas”, ao avaliar o impacto de suas decisões sobre as finanças públicas. Nas lides que versem sobre direitos individuais (sejam, por exemplo, desapropriações milionárias, ou restituições de anos de tributos pagos por grandes empresas), o Judiciário habitualmente despreza as possíveis repercussões de suas decisões sobre os recursos públicos; mas ao se pleitear a implementação de políticas públicas em sede de ação civil pública, o Judiciário parece reagir como se o pedido formulado representasse grave risco de desequilíbrio de todo o orçamento estatal, sem se

²³ Estas questões foram enfrentadas em interessantíssimo precedente jurisprudencial, narrado por MARCOS MASELLI em sua magistral obra *Controle Judicial das Omissões Administrativas*, p. 384. Tratou-se da execução de Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o Ministério Público e o Município de Macaé, para a implantação de abrigos e de outros programas previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Na ocasião, o Ministério Público, através do Promotor EMERSON GARCIA, além de apresentar estimativa dos custos da execução das obras, para demonstrar sua viabilidade, apresentou em juízo a lei orçamentária do Município, que autorizava o Poder Executivo a promover amplo remanejamento de recursos. A decisão do Juízo da Vara de Família, Infância e Juventude reconheceu, na ocasião, que “não há óbice à efetivação (do TAC) em termos de dotação orçamentária, quer porque firmado no exercício próximo passado, quer porque (a lei orçamentária) autoriza o Executivo a transpor, remanejar ou transferir recursos orçamentários no valor de até 70% de suas despesas, quer porque os valores necessários ao cumprimento da obrigação revelam-se irrisórios frente às finanças municipais”.

²⁴ Invoque-se, neste particular, a doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que ressalta que o administrador tem o “dever de adotar a solução mais adequada” à satisfação do interesse público (*Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 48).

importar com a avaliação do real impacto financeiro da medida pleiteada²⁵. Todavia, não se vislumbra qualquer justificativa plausível para se adotar a “reserva do possível” em uma hipótese e recusar-lhe aplicação na outra²⁶, mormente quando se considera que a tutela dos direitos individuais implicam, igualmente, em ônus sobre os cofres públicos²⁷.

A doutrina mais moderna tem reconhecido os limites do princípio da efetividade, seja sob o aspecto metodológico²⁸, seja sob o aspecto prático (destacando-se, neste último, a questão da finitude e da escassez de recursos do Estado). Portanto, diante de casos em que a efetividade dos direitos assegurados pela lei ou pela Constituição possa efetivamente comprometer as finanças do Estado, de modo a causar risco para o desempenho de outras funções estatais essenciais, pode ser que o princípio da efetividade haja de ceder diante da ponderação dos interesses em confronto.

Embora pareça incontestável que pretensões deduzidas em face do Estado se submetam à reserva da possível, o que não se pode admitir é a “presunção de impossibilidade” de qualquer lei que imponha condutas à Administração. Toda regra jurídica se reveste, ao menos, de uma obrigatoriedade *prima facie* (à primeira vista), ainda que esta possa ceder em casos excepcionais, devidamente demonstrados.

Para LUIS ROBERTO BARROSO, se a lei atribui um direito, o mesmo só não será sindicável se for “evidente e demonstrável” a impossibilidade de sua realização no mundo dos fatos. Mas, como ressalta MARCOS MASELLI, a impossibilidade fática não é o único óbice legítimo à implementação de um direito: a efetivação desta prestação poderá colidir com outras posições jurídicas relevantes ou demandar recursos necessários para “outros objetivos políticos essenciais”, de modo a comprometer a satisfação de outros direitos assegurados pela ordem jurídica.

25 “Na ausência de um estudo mais aprofundado, a *reserva do possível* funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas” (ANA PAULA DE BARCELLOS, “Educação, Constituição, democracia e recursos públicos”, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, p. 45).

26 Questiona MARCOS MASELLI: “Com base em que o Judiciário, por exemplo, deixa de acolher ações visando ao desmembramento de centros de internação que abrigam mais de 40 adolescentes, se a Constituição e a Lei nº 8069/90 deixam subentendida a existência de algum limite (para conforto mínimo e segurança dos jovens) e a normatização do CONANDA fixa expressamente este número? Se é apenas em virtude da possível limitação de recursos, então nenhuma outra condenação deveria recair sobre o Estado, nem mesmo – por exemplo – condenações ao pagamento de indenizações ou à restituição de tributos pagos indevidamente. Porque estas duas situações são tratadas de forma distinta, uma vez que se afiguram equivalentes no que tange à sua onerosidade?” (ob. cit., pp. 265/266).

27 “(...) os direitos sociais não são os únicos a custar dinheiro, e esse é um ponto fundamental. Também os direitos individuais e os políticos demandam gastos por parte do Poder Público. São necessários recursos públicos, *e.g.*, para a manutenção da polícia e dos bombeiros, cuja função principal é proteger não apenas a vida, mas também a propriedade, direito tipicamente individual. Boa parte da atuação do Poder Judiciário – que custa dinheiro, lembre-se – destina-se à proteção dos direitos individuais, como a propriedade, diversas formas de expressão da liberdade, a honra, a imagem *etc.* O cadastramento eleitoral e a realização de eleições, para não alongar os exemplos, também dependem de recursos públicos. Assim, a diferença entre os direitos sociais e os individuais, no que toca ao custo, é uma questão de grau, e não de natureza. Ou seja: é mesmo possível que os direitos sociais demandem mais recursos do que os individuais, mas isso não significa que estes apresentem custo zero. Desse modo, o argumento que afastava, *tout court*, o atendimento dos direitos sociais pelo simples fato de que eles demandam ações estatais e custam dinheiro não se sustenta. Também a proteção dos direitos individuais tem seus custos, apenas se está muito acostumado a eles” (ANA PAULA DE BARCELLOS, ob. cit., p. 46).

28 A afirmação da efetividade dos direitos pouco ou nada esclarece acerca do conteúdo do direito, nem oferece critérios para identificar o ponto de equilíbrio entre interesses conflitantes, hipótese em que a afirmação da “efetividade” de um direito implicará em negar “efetividade” ao direito que lhe é contraposto.

O princípio do acesso à justiça e da efetividade dos direitos estão sujeitos, portanto, à ponderação diante de outros valores. O aplicador do direito há de ampliar sua compreensão da “ordem jurídica justa” a ser implementada, de modo a visualizar não somente a perspectiva microscópica dos interesses imediatamente deduzidos em juízo, mas a perspectiva macroscópica de todas as possíveis repercussões sociais de sua efetivação: quando a implementação de uma pretensão difusa ou coletiva possa reverter em prejuízo para outros interesses sociais, há de se proceder ao princípio da ponderação, para buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em conflito. Imagine-se, por exemplo, que o valor do salário mínimo fosse imediata e integralmente reajustado de modo a atender a todas as exigências do art. 7º, IV da CF/88 (valor que, segundo estimativas do DIEESE, corresponderia a mais de R\$ 1.400,00): parece indiscutível que tal medida inviabilizaria as finanças do Poder Público (particularmente no campo da previdência social), além de ter gravíssimas consequências no campo econômico.

Todavia, a verificação de uma colidência (ou possibilidade de colidência) entre a pretensão deduzida em juízo e outras atividades desempenhadas pelo ente público não é suficiente para afastar-se ou restringir-se a obrigatoriedade da lei. Como já se afirmou anteriormente, não existe “opção discricionária” pelo descumprimento da lei: pode haver, porém, casos extremos em que o cumprimento (ao menos, o cumprimento integral e imediato) da lei possa causar ao interesse público (na perspectiva macroscópica) prejuízos maiores do que o seu descumprimento²⁹.

Ao se admitir essa exceção, todavia, não se estará reconhecendo ao Executivo uma “opção” pelo cumprimento (ou descumprimento) da lei, conforme lhe parecer conveniente ou oportuno: o administrador haverá de *demonstrar* que o custo da implementação da prestação exigida em lei não poderá ser suportado sem prejuízo a outras atividades essenciais do Estado, ou comprometimento à economia pública. “Para que o não-reconhecimento do direito prestacional seja legítimo, deve o juiz basear-se não em uma dificuldade presumida, mas sim na comprovação cabal da absoluta insuficiência do Erário”³⁰.

Do confronto entre a obrigatoriedade *prima facie* das prestações exigidas pela Constituição e pela lei (em particular no campo dos direitos fundamentais, como a vida, a saúde e a educação) e as limitações do Erário (“reserva do possível”), decorre o princípio da *prioridade*. Como afirma MARCOS MASELLI: “O que resta da auto-aplicabilidade, quando cotejada com o condicionamento representado pela reserva do possível, é o predicado de prioridade. Assim, quando a Administração deixa de realizar determinado direito, mas efetua outras prestações, torna-se possível cotejar essas alocações de recursos, de modo a aferir se há título de prioridade em favor da prestação que deixou de realizar”³¹.

A alocação de recursos públicos em projetos sujeitos a juízos de “conveniência e oportunidade” da Administração, em detrimento da implementação de prestações positivas exigidas pela ordem constitucional, serve de evidência da disponibilidade de recursos públicos que poderiam ser destinados para implementação dos “deveres do Estado”, o que afasta a invocação da “reserva do possível”. Nessa hipótese, o

29 Cogite-se da patologia da “insinceridade normativa”, nos dizeres de LUÍS ROBERTO BARROSO, verificada quando o texto legal outorga “direitos” cuja implementação seja incompatível com as reais disponibilidades do Erário (p.ex., uma norma que assegurasse a todos o direito a uma habitação custeada pelo ente público).

30 MARCOS MASELLI, ob. cit., pp. 88.

31 Ob. cit., p. 249/250.

Poder Público terá o dever de remanejar os recursos, indevidamente destinados a finalidades não essenciais, para atender à tutela dos direitos fundamentais, aos quais a Constituição outorgou inquestionável prioridade.

Por idêntico raciocínio, parece claro que o Judiciário poderá determinar a realização de prestações positivas estatais no campo dos direitos da infância e juventude, qualificados pelo art. 227 da Constituição da República como tendo “prioridade absoluta”, inclusive mediante o remanejamento de recursos públicos destinados a projetos que não gozem de prioridade legal e constitucional.

Afinal, a Administração Pública tem liberdade para escolher suas prioridades políticas, mas é obrigada a respeitar as prioridades que a Constituição e a lei já elegeram de antemão³².

5. MEIOS DE IMPLEMENTAÇÃO DE PRESTAÇÕES ESTATAIS POSITIVAS

Superada a controvérsia acerca da possibilidade (e traçados alguns limites) da tutela jurisdicional de interesses voltados para a realização de prestações estatais positivas (em particular no campo das “obrigações de fazer”), passa-se a traçar um breve painel dos instrumentos processuais que poderão ser utilizados para a implementação dessas prestações.

Estes meios podem ser classificados em duas categorias: *meios de coerção* (através dos quais são aplicadas sanções ao devedor, como a multa e a prisão civil, a fim de estimulá-lo a praticar o ato que lhe incumbe) e *meios de subrogação* (através dos quais o Juízo promove a substituição do devedor, de modo que a prestação é realizada através de terceiro ou do próprio Judiciário).

5.1 – MULTA

A aplicação de multas diárias, devidas pelo descumprimento da obrigação (fixada liminar ou definitivamente), é um dos meios coativos tradicionais do Direito brasileiro, que colheu inspiração das *astreintes* do Direito francês.

O art. 11 da Lei nº 7.347/85 expressamente dispôs acerca da possibilidade de cominação de “multa diária” pelo descumprimento das prestações demandadas através de ação civil pública; todavia, o mesmo diploma legal prevê que a multa liminar somente se tornaria exigível após o trânsito em julgado da sentença (art. 12, § 2º da Lei nº 7.347/85).

Essa limitação virtualmente esvazia o poder de coerção da multa liminar, mormente em face do poder público: diante da morosidade do Judiciário e das amplas possibilidades recursais no sistema processual pátrio, é provável que o trânsito em julgado da sentença (e portanto, a cobrança da multa) somente venha a ocorrer anos depois de uma decisão liminar que tenha fixado multa, possivelmente em gestão posterior à do atual administrador. Além disso, quando a multa acumula valores

³² *Cfr.*, neste sentido, o seguinte precedente da 7ª Câmara do TJRS: “A CF, em seu art. 227, define como prioridade absoluta as questões de interesse da criança e do adolescente; assim, não pode o Estado-membro, alegando insuficiência orçamentária, desobrigar-se da implantação de programa de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, podendo o Ministério Público ajuizar ação civil pública para que a Administração Estadual cumpra tal previsão legal, não se tratando, na hipótese, de afronta ao poder discricionário do administrador público, mas de exigir-lhe a observância de mandamento constitucional” (Ap. 596.017, in RT 743/132).

extremados diante da contumaz inadimplência da Administração, esta freqüentemente se vale da complacência do Judiciário, que, gozando da prerrogativa de reduzir as multas excessivas (art. 644, parágrafo único do CPC), dificilmente destinará ao Fundo previsto no art. 13 da LACP um grande volume de recursos públicos, que poderão ser necessários para o desempenho das demais funções públicas estatais.

Ainda no campo da multa, outra relevante novidade introduzida na reforma do CPC foi o recente acréscimo do inciso V e do parágrafo único ao art. 14 do CPC, introduzidos pela Lei nº 10.358/2001, prevendo a aplicação de multa ao agente que descumprir ou embarçar a efetivação de provimentos judiciais.

Em função deste dispositivo, passou a ser possível promover a cobrança de *multa pessoal* em face do administrador público que se recusa a implementar a prestação positiva determinada pelo Judiciário. A experiência prática vem demonstrando que o risco de perda de patrimônio pessoal do administrador vem exercendo função intimidatória muito mais eficazmente do que a possibilidade de cobrança de multa a ser suportada pelo erário público.

A referida multa pessoal, todavia, provavelmente será menos eficaz quando incida sobre autoridades que ocupam cargos de alto escalão no Estado ou na União, uma vez que a lei outorga a “cobrança” da multa aos referidos entes políticos (embora fosse mais adequado, *de lege ferenda*, que o Ministério Público ou outro co-legitimado pudesse executar referida multa em favor do Fundo a que se refere o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública).

5.2. – SANÇÕES CRIMINAIS

A rigor, a aplicação de sanções criminais contra o administrador que descumpra determinação judicial não tem função coercitiva, mas sim punitiva; porém, insere-se no contexto dos meios coercitivos, na medida em que a cominação de sanções criminais certamente destina-se a estimular o agente público a atender à determinação judicial.

Controverte-se qual seria a tipificação do delito praticado pelo servidor público que descumprir determinação judicial: crime de desobediência (art. 330 do Código Penal, no qual se comina pena de 15 dias a 6 meses de detenção) ou de prevaricação (art. 319 do CP, com pena de 3 meses a um ano de detenção).

Parcela expressiva da jurisprudência adota o entendimento (consagrado, inclusive, no Enunciado Criminal nº 6 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro³³) de que o crime de *desobediência*, por ser inserido no capítulo dos crimes dos “particulares” contra a Administração Pública, não poderia ser praticado por agente público. A este caberia, tão somente, a imputação pelo crime de prevaricação.

Tal entendimento, todavia, poderia conduzir à impunidade do agente público que descumprir ordem judicial: com fundamento na descrição do elemento subjetivo do tipo (dolo específico) do crime de prevaricação (retardar ou deixar de praticar ato de ofício, “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”), alguns julgados têm entendido que o agente público que descumpra a ordem judicial, atendendo a determinação de seus superiores, não estaria agindo por “interesse pessoal”, afastando-se deste modo a incidência da norma penal. Este entendimento, acolhido pelo STJ no HC 1351-6, é criticado por EDUARDO TALAMINI, que recorda que a ordem

33 “O descumprimento de ordem judicial por agente público caracteriza crime de prevaricação”.

superior que determina o descumprimento de decisão judicial é “manifestamente ilegal”, não incidindo, portanto, a excludente da obediência hierárquica, prevista no art. 22 do Código Penal.

De toda sorte, a possibilidade de aplicação de sanções criminais ao agente público que se recusa a cumprir uma determinação judicial tem sido de reduzida efetividade, seja em função da raridade com que estes casos são levados à Justiça (mormente nas hipóteses de autoridades que gozam de prerrogativa de foro), seja pela aplicação pouco efetiva da transação penal a que se refere a Lei nº 9.099/95, uma vez que se trata de delito de menor potencial ofensivo³⁴; ou seja pela reação pouco enérgica do Judiciário face a este tipo de conduta.

5.3 - PRISÃO CIVIL

Diversamente da sanção criminal anteriormente descrita, a prisão civil não está voltada para a punição da desobediência, mas sim como verdadeira medida coercitiva. Neste caso, a prisão visa a coagir o devedor ao cumprimento da obrigação; uma vez prestado o fato, cessaria o fundamento da privação de liberdade.

No direito brasileiro, tal modalidade extrema de coação é tradicionalmente admitida somente contra o devedor de alimentos ou o depositário infiel, nos termos do art. 5º, LXVII da CF/88.

Todavia, têm surgido reclamos doutrinários³⁵ por um instrumento de coação assemelhado ao *civil contempt of court* do sistema da “*common law*”, que concede ao Judiciário amplos poderes para determinar a privação de liberdade daqueles que descumprem as determinações judiciais. Espera-se, com isso, lograr resgatar a efetividade das já desacreditadas decisões do Judiciário³⁶.

Sustentam estes autores que, nestes casos, não se estaria diante de uma “prisão por dívidas”, vedada pela Constituição, mas sim de uma prisão pela prática de ato atentatório à dignidade e autoridade da Justiça.

Grassa controvérsia acerca da extensão da expressão “prisão por dívida”, em particular quanto à eventual incidência da vedação constitucional quando o Judiciário determinar a realização de prestações de natureza não-pecuniária³⁷.

34 Embora EDUARDO TALAMINI vislumbre na aplicabilidade da transação penal um forte estímulo ao cumprimento da ordem judicial (ob. cit., pp. 313/318), a prática forense massificada dos Juizados Especiais Criminais freqüentemente se contenta com prestações meramente assistenciais (p. ex., fornecimento de cestas básicas), afastando-se do que haveria de ser o enfoque principal do instituto, ou seja, a cessação e reparação das ilegalidades cometidas.

35 Destaque-se, neste sentido, a proposta de acréscimo de parágrafo ao art. 14 do CPC, defendida por ADA PELLEGRINI GRINOVER no artigo “Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*”, in *RePro* 102/219.

36 “Não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que o ordenamento jurídico apenas proclama, de forma retórica, os direitos que não podem ser efetivamente tutelados sem que a jurisdição a tenha em suas mãos para prestar tutela jurisdicional efetiva. Soará absolutamente falsa e demagógica a afirmação da Constituição Federal, no sentido de que ‘todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as futuras gerações’ (art. 225, *caput*), se não for viável a utilização da prisão como meio de coerção indireta. Seria o mesmo que interpretar esta norma constitucional como se ela dissesse que o meio ambiente, embora fundamental para a sadia qualidade de vida e para as futuras gerações, infelizmente não pode ser efetivamente tutelado em face de um réu que não se importa com os efeitos da multa” (LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*, p. 233).

37 Segundo OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, das duas hipóteses excepcionais previstas no art. 5º, LXVII da CF/88,

Um outro aspecto da prisão civil, pouco explorado na doutrina e na jurisprudência, diz respeito ao alcance do conceito de “dívida alimentar”.

Alguns autores vislumbram a possibilidade de invocar o cabimento da prisão civil, não somente para assegurar o pagamento de alimentos em sede do direito de família (ou da dívida alimentar decorrente da prática de ilícito, conforme as normas de responsabilidade civil), mas para *toda prestação de natureza alimentar*, cujo adimplemento seja necessário para a subsistência do credor.

Com efeito, o atributo fundamental de uma dívida alimentar é a *essencialidade* do direito tutelado: o inadimplemento da prestação justifica a prisão do devedor precisamente na medida em que importa em risco à dignidade humana (e à própria sobrevivência) do credor. O direito à liberdade do devedor somente pode ceder perante um direito ainda mais valioso: o direito do credor à sua própria subsistência³⁸.

Por isso, sugere MARCOS MASELLI, deve-se adotar um “conceito mais elástico de dívida alimentar”, para abranger toda prestação relativa a direitos fundamentais. Na mesma linha, EDUARDO TALAMINI afirma que a dívida de alimentos “abrange todo e qualquer crédito cuja função precípua seja a de possibilitar a subsistência digna do credor”³⁹.

Logo se vê, portanto, que a Fazenda Pública também poderá ser considerada “devedora de alimentos”; nesta linha, por exemplo, caso um agente público se recusasse a fornecer medicamentos essenciais para a sobrevivência de um doente, ou a promover reparos em equipamento médico essencial para a sobrevivência de pacientes internados, poderia ser decretada a sua prisão civil até o adimplemento da prestação.

5.4 - MEIOS DE SUBROGAÇÃO

A modalidade tradicional de subrogação da conduta do devedor encontra-se regulamentada nos arts. 634 e ss. do CPC, e consiste na possibilidade de execução da obrigação fungível pelo credor ou por terceiro, às custas do devedor. O CPC estabelece um minucioso procedimento de “concorrência” para escolha do terceiro que irá prestar o fato, o que torna esta modalidade de execução extremamente burocrática, pouco atraente e notoriamente ineficiente.

Por outro lado, a execução por conta própria pode ser eficaz para o implemento de obrigações de menor complexidade (por exemplo, no que diga respeito a remoção de coisas, que poderia ser obtida através de força policial); todavia, a maior parte das prestações positivas demandadas em ação civil pública exigem recursos financeiros e técnicos que excedem as capacidades do Ministério Público ou das demais entidades legitimadas para a tutela coletiva.

somente uma trata de prestação pecuniária (dívida alimentar); se a outra hipótese excepcional se refere a uma dívida não-pecuniária (restituição do bem depositado). *A contrario sensu*, sustenta o autor que os demais casos de dívidas de natureza não-pecuniária não admitiriam prisão civil (*Do processo cautelar*, comentário aos arts. 855 e 856, p. 535). Diverge deste entendimento LUIZ GUILHERME MARINONI, segundo o qual a norma constitucional não visa proibir toda e qualquer prisão civil, mas apenas a “prisão por dívidas”; estender a vedação a qualquer espécie de prisão civil, segundo o autor, seria esvaziar o significado da expressão “dívida” (*Tutela Inibitória (individual e coletiva)*, p. 231).

38 “A despeito da imensa importância da liberdade individual, é razoável ameaçar-se o devedor com sua momentânea restrição quando não restar alternativa hábil à garantia de prestação essencial à existência condigna de outrem” (grifos no original – MARCOS MASELLI, ob. cit., pp. 299/300).

39 “Prisão civil e penal e ‘execução indireta’ (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal)”, in *RePro* 92/46.

Logo, normalmente se faz necessário o recurso a outros expedientes, que possam oferecer um resultado mais efetivo do que o instrumental tradicional da legislação processual.

Nos casos em que a pretensão dirigida contra o Estado verse sobre prestações juridicamente infungíveis, poder-se-á cogitar de seu suprimento por decisão do próprio Judiciário.

Imagine-se, por exemplo, um pedido dirigido contra uma escola que se recusasse a fornecer diplomas de segundo grau ou contra uma autoridade que, injustificadamente, se recusasse a conceder licença para o funcionamento de uma estação de tratamento de esgoto, que houvesse comprovadamente atendido a todos os requisitos legais e técnicos para tanto. Nestas hipóteses, o resultado que seria obtido através do ato da autoridade poderá ser obtido por intermédio de decisão judicial, que se substituirá ao ato administrativo para constituir o direito pretendido (concedendo-se aos interessados um título judicial com eficácia equivalente ao diploma escolar ou à licença ambiental)⁴⁰.

Retorne-se, agora, ao tema da exigência de prestação estatais positivas, diante de uma previsão orçamentária insuficiente (*cf.* item 4.2 deste trabalho), para discutir os possíveis meios de intervenção judicial em matéria orçamentária.

Naturalmente, a intervenção direta do Judiciário em matéria orçamentária deve ser evitada ao máximo possível: será sempre mais eficiente, e menos traumático, incentivar o Poder Público ao adimplemento da prestação, que poderá ser planejada, orçada e programada pela Administração Pública e, posteriormente, discutida entre o Ministério Público e o órgão administrativo competente, com vistas à realização de termo de ajustamento de conduta (*cf.* art. 5º, § 6º da LACP, introduzido pelo CDC).

Para o fim de assegurar a implementação da prestação, o Ministério Público poderá conceder prazos mais delongados para o cumprimento da obrigação (mormente nas hipóteses em que se pleiteiam prestações de alta complexidade, como ocorre, por exemplo, em matéria ambiental - *p. ex.*, a remediação de uma área contaminada), de modo a possibilitar a inclusão de verbas suficientes para a realização da prestação no próximo exercício orçamentário, superando, deste modo, eventuais questionamentos acerca da compatibilidade da atual previsão orçamentária com a pretensão requerida.

Por outro lado, caso não haja consenso entre as partes e os recursos orçados (e não previamente empenhados) sejam insuficientes para assegurar a efetivação da prestação, o MP poderá requerer ao Judiciário que determine à Administração que seja incluída, no projeto de lei orçamentária do exercício vindouro, previsão de recursos orçamentários suficientes para cumprimento da obrigação.

MARCOS MASELLI afirma que tal procedimento seria análogo a um precatório em favor do próprio Estado: se o Poder Judiciário pode estipular a destinação de recursos públicos para o particular, parece admissível, *a fortiori*, que determine o direcionamento destas verbas para o aparelhamento do próprio Estado⁴¹.

40 Neste sentido, desenvolveu-se experiência pioneira em ação civil pública proposta pelas Promotorias de Defesa da Cidadania, na Capital do Estado do Rio de Janeiro, em ação na qual se pleiteava ao Judiciário a posse de policiais civis aprovados em concurso e nomeados pelo anterior Chefe do Poder Executivo. Diante da reiterada recusa da autoridade em atender à determinação judicial, solicitou-se ao Judiciário a "posse judicial" dos policiais civis, requerimento que, todavia, não chegou a ser acolhido pelo Judiciário.

41 Ob. cit., p. 314. O mesmo autor sustenta a possibilidade de o Judiciário se utilizar dos recursos do Fundo

LUIZ GUILHERME MARINONI também defende a possibilidade de o Judiciário impor à Administração a disponibilização orçamentária dos recursos necessários para o cumprimento de sua obrigação legal: "(...) Justamente porque não se pode isentar a Administração dos seus deveres em virtude da falta de disponibilidade orçamentária, nada impede que a tutela inibitória ordene a realização da incumbência devida pela Administração e, alternativamente, a disponibilização, em orçamento, do valor necessário para a consecução de sua obrigação legal. Se a Administração demonstrar incapacidade orçamentária para cumprir, prontamente, o determinado pela tutela inibitória, a multa incidirá apenas para obrigá-la a disponibilizar o valor suficiente e necessário para o cumprimento do seu dever, reafirmado pela tutela inibitória que não pôde ser observada."⁴²

No mesmo sentido, CARLOS ALBERTO DE SALLES entende que, nas hipóteses em que inexistir dotação orçamentária suficiente para a implementação da obrigação de fazer estatal, poderá haver "interferência judicial" no campo do "planejamento orçamentário".

Todavia, poder-se-ia cogitar de hipóteses em que a prestação se faça necessária com tal urgência, que não se possa aguardar a inclusão de previsão orçamentária no exercício seguinte. Pense-se, por exemplo, em uma situação de risco iminente de um desastre ambiental de grandes proporções: um depósito de rejeitos tóxicos estaria prestes a se romper e contaminar uma área densamente habitada; uma obra emergencial de contenção precisa ser realizada com urgência, mas o custo desta obra excede os limites da previsão orçamentária disponível para aquele exercício. Diante de uma situação de risco grave e iminente, o Poder Executivo não poderá "optar" pela omissão, mesmo sob o argumento da ausência de previsão orçamentária, mormente quando a lei lhe autorizar a proceder ao remanejamento de recursos orçamentários. Recorde-se que o administrador está obrigado, no exercício da discricionariedade administrativa, a realizar a escolha mais adequada para a satisfação do interesse público; e se não o fizer, sujeita-se ao controle do Judiciário para correção da ilegítima ação ou omissão.

Por esses motivos, há que se admitir, em tese, a possibilidade de o Judiciário determinar ao administrador que promova o remanejamento de verba orçamentária em favor do programa de trabalho no qual se insere a prestação exigível, nos termos e limites autorizados pela lei de orçamento, facultando-se-lhe a liberdade de escolher o montante e a origem dos recursos a serem direcionados ao referido programa. Todavia, caso a Administração se recuse a realizar tal remanejamento, o Judiciário estará legitimado a suprir este ato administrativo⁴³, substituindo-se à Administração

previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85 para financiar a implementação da prestação determinada pelo Juízo, relativa a direitos transindividuais, mediante posterior ressarcimento do Erário no exercício financeiro subsequente (ob. cit., pp. 304/305). Na mesma linha, poder-se-ia cogitar da condenação do Estado à destinação de recursos para um fundo judicial *ad hoc*, constituído e administrado pelo juízo da causa ou por um auxiliar do juízo, que se destinaria à implementação da prestação positiva demandada do Poder Público naquele caso específico.

42 *Tutela Específica*, pp. 119/120.

43 Em sentido contrário, CARLOS ALBERTO DE SALLES parece entender que somente seria cabível a adoção de meios coativos, e não de meios subrogatórios, em matéria orçamentária: "Em qualquer hipótese, a atividade jurisdicional não poderá substituir diretamente a atividade do administrador na gestão orçamentária, devendo ser imposta mediante medida constitutiva ao agente público responsável" ("*Ação civil pública contra omissões do Poder Público: limites e possibilidades*", in *Processo Civil e Interesse Público: O processo como instrumento de defesa social*, p. 216). No sentido do texto, ANA PAULA DE BARCELLOS entende cabível o "empenho imediato pelo juiz" dos recursos necessários para a implementação do direito à educação (ob.

para determinar o valor a ser transferido e escolher um programa menos prioritário cujas verbas orçamentárias serão realocadas, quando este for o único meio hábil a assegurar ao Judiciário o desempenho de sua função de garantir a implementação de uma “ordem jurídica justa”.

Trata-se, por fim, da intervenção judicial em órgãos públicos, cuja viabilidade é sustentada por CARLOS ALBERTO DE SALLES, em sua magnífica obra *Execução Judicial em Matéria Ambiental*, nas hipóteses em que o único modo de assegurar a implementação de uma obrigação de fazer seja “transferir para o comando à supervisão do juízo o desempenho de certas atividades”⁴⁴.

A solução proposta é inspirada nas *structural injunctions* do direito norte-americano: lá, admite-se a intervenção do Judiciário para promover a reforma de instituições (públicas ou privadas) que adotem práticas ilegais de forma generalizada e contumaz. Na experiência norte-americana, o emprego das *structural injunctions* foi instrumental para a afirmação do movimento pelos direitos civis, quando se fazia necessária a implementação de mudanças organizacionais, por exemplo, nas escolas que funcionavam sob o regime da segregação racial ou na reforma do sistema penitenciário (*prison reform cases*). Normalmente, esta intervenção se dá através de auxiliares do Juízo: *receivers*, aos quais se transfere o poder de gestão sobre a instituição, ou *masters*, aos quais incumbe apenas a supervisão da instituição, para acompanhamento do atendimento às determinações judiciais.

Marcos Maselli se opõe à solução da intervenção judicial, não por entender juridicamente impossível sua implementação, mas por reputá-la inconveniente sob o aspecto prático, uma vez que o Judiciário brasileiro não dispõe de estrutura ou capacidade técnica, nem goza de condições políticas que lhe possibilitem assumir a responsabilidade pela administração de órgãos públicos. O autor admite, porém, que o Juízo possa montar uma equipe de supervisores judiciais para acompanhamento da execução das obrigações impostas ao ente público.

Até mesmo por sua tradicional aversão ao ativismo judicial, o Judiciário brasileiro dificilmente assumiria responsabilidades de gestão administrativa⁴⁵. A despeito disto, pode-se cogitar da intervenção judicial em órgãos públicos como uma afirmação *in extremis* da efetividade do processo: quando restassem frustrados todos os meios para suprimento da omissão do administrador, admitir-se-ia que o Judiciário, ainda que através de um auxiliar, passasse a praticar diretamente os atos administrativos da esfera do Poder Executivo, necessários para a implementação de uma prestação positiva. Evidentemente, trata-se de uma medida extrema; porém, não se pode descartar, *a priori*, a possibilidade de existirem casos igualmente extremos a justificar sua adoção.

cit., p. 56). Anote-se, ainda, que já há previsão legislativa admitindo que o Judiciário promova o “seqüestro de numerário” de entes públicos federais, para efetivação dos julgados dos Juizados Especiais Federais, independentemente de precatório (art. 17 da Lei Federal nº 10.259/01).

44 Ob. cit., p. 294.

45 A possibilidade de “intervenção” judicial em órgãos públicos goza de autorização legal expressa, todavia, no que tange a entidades públicas de atendimento à criança e ao adolescente, nos termos do art. 97, I, b e c da Lei nº 8.069/90; parece pacífico admitir-se, portanto, o afastamento dos dirigentes de entidades desta natureza, em incidente no contexto da implementação de uma determinação judicial por parte da referida entidade de atendimento. CARLOS ALBERTO DE SALLES menciona também as hipóteses do art. 63 da Lei nº 8.864/92 e dos arts. 677/679 do CPC, como casos de intervenção judicial, embora dirigidas contra empresas privadas (Ob. cit., p. 219).

6. CONCLUSÃO

De tudo quanto se expôs, podem ser extraídas, em síntese, as seguintes conclusões:

- a) a Constituição de 1988 consagrou uma nova categoria de direitos, de natureza transindividual, ao mesmo tempo em que ampliou a possibilidade de acesso à justiça para a efetivação de interesses dessa natureza, conferindo ao Ministério Público a função de promover a sua tutela processual;
- b) ao acolher a tutela jurisdicional de interesses transindividuais, a CF/88 redimensionou o regime de separação de poderes, reconhecendo no Judiciário uma instância legítima para vindicar a efetivação dos deveres do Estado para com a sociedade, ao mesmo tempo em que reconhecia no Ministério Público um “porta-voz” dos interesses da sociedade civil;
- c) o tradicional entendimento segundo o qual seriam juridicamente impossíveis os pedidos de prestações positivas que impliquem em despesas do Estado não mais se justifica no atual regime constitucional;
- d) diante de um comando legal dirigido contra o Estado, este não tem margem de liberdade para optar pelo descumprimento da norma, uma vez que inexistente discricionariedade *contra legem*;
- e) ao exigir do Estado a implementação de prestações positivas, o Ministério Público não estará solicitando ao Judiciário que invada seara que lhe seja alheia, mas sim que exerça sua função típica de solução de conflitos de interesses (ainda que de natureza transindividual), mediante aplicação da lei;
- f) o princípio da legalidade orçamentária não exige a Administração Pública do cumprimento dos deveres que lhe são impostos pela Constituição ou que dela decorram;
- g) a efetivação dos direitos transindividuais pode ceder diante da escassez de recursos públicos (reserva do possível), mas somente diante da demonstração, no caso concreto, da inviabilidade de realização imediata da prestação;
- h) diante da insuficiência de recursos públicos, a Administração deverá priorizar as atividades estatais consideradas como essenciais pela Constituição, estando a alocação dessas verbas sujeita ao controle jurisdicional;
- i) a implementação de prestações estatais positivas pode se dar através de meios coativos, como a aplicação de multa contra o ente público ou de multa pessoal contra o agente da Administração, através de sanções criminais ou, ainda, através de meios subrogatórios;
- j) nas hipóteses em que o agente público negar prestação essencial para o sustento de terceiro (ou de uma coletividade de pessoas), será cabível a decretação de sua prisão civil;
- l) inexistindo recursos orçamentários suficientes para a implementação de uma prestação estatal positiva, o Judiciário pode impor à Administração a inclusão desses recursos no orçamento subsequente, ou, em casos urgentes, determinar o remanejamento de recursos públicos destinados a atividades não-prioritárias, dentro dos limites autorizados pela lei orçamentária;

m) para assegurar a efetivação da prestação estatal, o Judiciário poderá nomear auxiliares para supervisão da atividade do órgão público, podendo até mesmo, caso inviabilizados os demais meios coativos e subrogatórios, determinar intervenção judicial no órgão público.

**Publicado originalmente na Revista nº 20 jul./dez. 2004, p. 67.*

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DOS CONTRIBUINTE

EMERSON GARCIA*

“Ação civil pública. Direitos individuais disponíveis. IPTU. Legitimidade do Ministério Público.

A legitimidade do Ministério Público é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais privados e disponíveis.

O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuintes do IPTU, que não são considerados consumidores.

Recurso provido.”

(STJ, 1ª Turma, REsp. nº 219.673/SP, rel. Min. **Garcia Vieira**, j. em 14.09.99, unânime, DJ de 11.10.99)

ASPECTOS GERAIS

1. Conforme se constata pela ementa supra transcrita, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 219.673, interposto pelo Município de Itatiba-SP, ratificando precedentes das Turmas¹ que compõem a 1ª Seção do Tribunal², reformou o acórdão recorrido e reconheceu a ilegitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública, visando a defesa de direitos individuais disponíveis relativos à matéria tributária³. O eminente relator, Min. **Garcia Vieira**, além de relacionar alguns precedentes, assim fundamentou seu voto, *verbis*:

* Emerson Garcia é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

1 STJ, REsp. nº 168.415/SP, 1ª Turma, rel. Min. **Garcia Vieira**, j. em 08.06.98, DJ de 10.08.98, p. 037; REsp. nº 177.804/SP, 1ª Turma, rel. Min. **José Delgado**, DJ de 26.10.98; REsp. nº 175.888/PR, 1ª Turma, rel. Min. **Demócrito Reinaldo**, DJ de 03.05.99; REsp. nº 86.381/RS, 2ª Turma, rel. Min. **Fernando Peçanha Martins**, j. em 14.09.99, DJ de 03.11.99, p. 0103; REsp. nº 113.326/MS, 2ª Turma, rel. p/acórdão Min. **Ari Pargendler**, DJ de 15.12.97; REsp. nº 115.500/PR, 2ª Turma, rel. Min. **Hélio Mosimann**, DJ de 03.08.98; REsp. nº 200.234/SP, 2ª Turma, rel. Min. **Hélio Mosimann**, DJ de 21.06.99.

2 RISTJ, Art. 9º: A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa. § 1º À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: ... IX- tributos de modo geral, impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios.

3 Esta posição foi recentemente sufragada pelo STF no RE nº 195.056-PR, rel. Min. **Carlos Velloso**, e no RE nº 213.631-MG, rel. Min. **Ilmar Galvão**, ambos julgados em 9.12.99 e referidos no INF. STF nº 174, restando assentado que “o Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública que verse sobre tributos”.

“Estabelece o artigo 127, *caput* da Constituição Federal que o Ministério Público ‘é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Assim, cabe ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A Lei Complementar nº 75/93 atribui a ele competência para proteção de interesses individuais homogêneos (artigo 6º), indisponíveis (artigo 6º, inciso VII, letra “d”). Sua legitimidade é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais, privados e disponíveis. A defesa a título coletivo só será por ele exercida quando tratar-se de direitos difusos ou interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, de acordo com o Código do Consumidor (artigo 81, *caput*) os transindividuais de natureza indivisível (parágrafo único, item II). Para estas finalidades está ele legitimado (artigo 81, inciso I).

Só tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública versando proteger o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, qualquer outro interesse difuso, ou coletivo e a ordem econômica (Lei nº 7.347/85, artigo 1º). No caso concreto, a ação civil pública não foi proposta por nenhuma destas hipóteses. Nela, não se pretende proteger o consumidor ou qualquer interesse difuso ou coletivo e sim o interesse privado de algum proprietário de imóveis, disponíveis. O interesse ou direito difuso, para efeito do Código do Consumidor, são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (Lei nº 8.078/90, artigo 81, inciso I). Ora, no caso, não se trata de nenhum direito transindividual, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas. Interesses ou direitos coletivos são os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (Lei nº 8.078/90, artigo 81, inciso II). Na hipótese, não se trata de direitos transindividuais de natureza indivisível. Os contribuintes do IPTU não são considerados consumidores e não estamos diante de direitos individuais homogêneos indisponíveis.”

Nos precedentes⁴ que integram o acórdão, restou decidido que: **a)** os interesses individuais homogêneos somente são tutelados através de ação coletiva de iniciativa do Ministério Público quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores, sendo certo que a estes não se equiparam os contribuintes, tendo em vista a inexistência de relação de consumo com o Fisco; **b)** a ilegalidade no aumento do IPTU, que alcança considerável número de pessoas, não apresenta manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, o que

4 STJ, REsp. nº 57.465-0/PR, j. em 1º.06.95 e REsp. nº 97.455/SP, j. em 10.12.96, ambos da 1ª Turma, rel. Min. Demócrito Reinaldo, respectivamente, DJ de 19.06.95 e 10.03.97.

afasta a legitimação do Ministério Público; **c)** quando a Lei 7.347/85 faz remissão ao Código de Defesa do Consumidor pretende explicitar que os interesses individuais homogêneos só são protegidos através da ação civil quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo, não sendo qualquer interesse ou direito individual que repousa sob a égide da ação coletiva.

2. Ao reconhecer a ilegitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa dos contribuintes, alicerçou-se o acórdão nos seguintes fundamentos: **a)** ao Ministério Público somente cabe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput* da CR/88 e art. 6º da LC nº 75/93); **b)** o Ministério Público somente tem legitimidade para propor a ação civil pública visando proteger o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, qualquer outro interesse difuso, ou coletivo e a ordem econômica (Lei nº 7.347/85, art. 1º), não estando ali compreendida a defesa do contribuinte; **c)** os contribuintes do IPTU não são titulares de direitos difusos ou coletivos, assim considerados os transindividuais de natureza indisponível (art. 81, incisos I e II da Lei 8.078/90); **d)** a remissão do art. 21 da Lei 7.347/85 ao Código de Defesa do Consumidor indica que os interesses individuais homogêneos somente se inserem na esfera de proteção da ação coletiva quanto aos prejuízos decorrentes de relação de consumo, não sendo o caso da relação tributária; **e)** a ilegalidade no aumento do IPTU não apresenta manifesto interesse social.

Para melhor visualização da questão, afora a fundamentação embasadora do acórdão, serão analisados outros argumentos comumente utilizados para afastar a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública em defesa do contribuinte.

COMENTÁRIOS

3. Na perene concepção de ROUSSEAU, a ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os demais, mas esse direito não provém da natureza, encontrando seu fundamento em convenções⁵. O constante aperfeiçoamento das sociedades politicamente organizadas é correlato às diversas mutações verificadas nas relações existentes entre os componentes do grupamento social e o ente responsável pela concepção do ideal de bem-estar geral⁶. A lenta evolução da ideologia participativa, a concepção de que o Poder Social deveria reverter em benefício da própria coletividade e a paulatina sedimentação de tais aspirações ensejaram o surgimento do Estado Social e Democrático de Direito. Neste, o evoluir das obrigações do ente estatal ocorre em proporção semelhante ao estabelecimento de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, aos quais aquele deve estrita obediência. Os delineamentos da República Federativa do Brasil encontram-se elencados na Constituição da República, erigindo-se como objetivo da mesma a promoção do bem de todos⁷. Na lição de Luís Roberto

⁵ *O Contrato Social*, Livro I, Cap. I. No Brasil, em vários aspectos, a relação entre o Estado e os cidadãos assume contornos que em muito identificam-se com esta passagem de ROUSSEAU: estabeleço contigo uma convenção; toda a teu cargo, tudo em meu favor; que observarei durante o tempo em que me convier, enquanto tu a cumprirás durante o tempo que me aprouver.

⁶ “Mas não é apenas para viver juntos, mas sim para bem viver juntos que se fez o Estado...” ARISTÓTELES. *A Política*, tradução de Roberto Leal Ferreira, Martins Fontes, 1998, p. 53.

⁷ Título I. Dos Princípios Fundamentais. Art. 3º, IV.

Barroso⁸, afora os princípios⁹ fundamentais, podem ser divisados na Constituição da República os princípios gerais (v.g.: princípio da legalidade – art. 5º, II – e princípio do acesso ao Judiciário – art. 5º, XXXV) e os princípios setoriais (v.g.: princípios da legalidade e da moralidade administrativa – art. 37, *caput* – princípio da legalidade tributária – art. 150, I).

O pedido deduzido na ação civil pública ajuizada pelo combativo *Parquet* paulista, a qual culminou em ser extinta sem julgamento do mérito pelo acórdão ora analisado, almejava a anulação dos lançamentos do Imposto Predial e Territorial Urbano, alusivos ao exercício de 1994, e da Taxa de Remoção de Lixo, irregularmente majorados através de decreto. Considerando que o aumento de qualquer tributo pressupõe a existência de Lei que o autorize (art. 150, I da CR/88); acrescendo que o obrar da Administração Pública encontra-se adstrito aos contornos da lei, somente podendo atuar nos limites em que esta lhe autorize (art. 37, *caput* da CR/88)¹⁰; bem como que a Administração Pública deve atuar em consonância com o princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput* da CR/88), ali compreendidos os princípios da lealdade e da boa-fé, “sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte de cidadãos”¹¹; inequívoca é a conclusão de que a majoração do IPTU e da Taxa de Remoção de Lixo através de decreto importou em flagrante violação a toda ordem de princípios estabelecidos na Constituição da República, os quais erigem-se como consectários lógicos e razão de ser do próprio Estado Social e Democrático de Direito.

A Constituição da República, ao disciplinar as funções essenciais à Justiça, fixou os seguintes comandos normativos concernentes ao Ministério Público, *verbis*:

“**Art. 127.** O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

“**Art. 129.** São funções institucionais do Ministério Público:

.....
II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;

8 *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Saraiva, 1999, pp. 153/156.

9 “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico...”. “Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...”. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, 1986, p. 230, **apud** LUÍS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, p. 149

10 “A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contrastes com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos limites de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação.” CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 1994, p. 25.

11 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, pp. 59/60.

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

Maculados os princípios basilares do Estado Social e Democrático de Direito, encontra-se o Ministério Público, por determinação constitucional, incumbido de defender o primado da ordem jurídica – a qual abrange os princípios constitucionais a que se encontra adstrita a Administração Pública – e os demais interesses sociais, aqui compreendido o direito subjetivo público de que sejam respeitados os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Magna Carta, entendendo-se o princípio da legalidade tributária¹² como um dos mais expressivos postulados que embasam o estatuto jurídico do contribuinte, cujas linhas gerais encontram-se delineadas na própria Constituição, atuando como eficaz forma de limitação ao poder impositivo do Estado¹³. Ainda sob a ótica do primado da ordem jurídica, estabelece o art. 129, II da CR/88, com clareza solar, ser atribuição do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Constituídos aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, o que é consectário do próprio direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV da CR/88). A norma é dotada de total eficácia jurídica, devendo ser interpretada em busca de uma efetividade máxima. Desrespeitando a Administração Pública os princípios que norteiam seu obrar, está o Ministério Público legitimado a ajuizar todas as medidas cabíveis para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, independentemente do *nomen iuris* atribuído às mesmas (*v.g.*: ação civil pública, ação ordinária, ação cominatória *etc.*). Neste diapasão, dispõe o art. 80 da Lei 8.625/93 serem subsidiariamente aplicáveis ao Ministério Público dos Estados as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União, hodiernamente a Lei Complementar 75/93; o art. 5º, II, “a” deste diploma legal, por sua vez, reza ser função institucional do Ministério Público zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário e às limitações ao poder de tributar, sendo complementado pelo art. 6º, VII, “a”, segundo o qual compete ao Ministério Público promover a ação civil pública para proteção dos direitos constitucionais – assim considerado o direito do contribuinte à observância do princípio da legalidade tributária. Como se vê, a celeuma é bipolar, não devendo ser analisada unicamente sob a ótica do contribuinte, mas principalmente sob o prisma da legalidade e da moralidade dos atos da Administração Pública, linha de raciocínio esta infelizmente não adotada pelo acórdão ora analisado.

4. No direito positivo pátrio, a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos é considerada mista, operando-se de forma concentrada ou difusa. Esta é exercida por todos os órgãos do Poder Judiciário, por via incidental, nos processos que sejam submetidos à sua apreciação (art. 97 da CR/88), enquanto que aquela o é de forma abstrata e direta, desvinculada de qualquer lide, sendo competentes para o controle de constitucionalidade por via principal o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a” da CR/88 - atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal) e os Tribunais de Justiça dos Estados (art. 125, § 2º da CR/88 - atos normativos estaduais ou

12 Arts. 5º, § 2º e 150, I da CR/88.

13 As limitações constitucionais ao poder de tributar erigem-se como cláusulas pétreas, não sendo passíveis de alteração ou supressão (arts. 5º, § 2º e 60, § 4º da CR/88). STF, Pleno, ADIn nº 939-7/ DF, rel. Min. **Sydney Sanches**, RDA 198/123.

municipais em face da Constituição Estadual). Feitas estas breves considerações, cumpre dizer que não corroboramos o argumento, tantas vezes difundido¹⁴ e acatado¹⁵, de que seria inviável a formulação, em sede de ação civil pública, de pretensão cujo acolhimento estivesse vinculado à imprescindível declaração incidental de inconstitucionalidade de ato normativo, já que tal obrar importaria em verdadeira usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais de Justiça dos Estados, órgãos competentes para o controle concentrado, possibilitando a prolação de decisões contraditórias com efeitos *erga omnes*¹⁶.

Inicialmente, cumpre dizer que a análise do tema pressupõe a abstração da clássica visão privatista da relação processual, adstrita à esfera de direitos eminentemente individuais. Assim, deve ser sedimentado o ideal de efetividade do processo, possibilitando a transcendência do individual ao coletivo, com o conseqüente desprendimento da doutrina liberal-individualista. Nas ações coletivas, o objeto mediato, diferentemente das ações de caráter privado, não concerne especificamente ao *dominus litis*, o qual ocupa a condição de *ideological plainiff*, a exemplo do que ocorre nas *class actions* do direito norte-americano. Os efeitos da decisão proferida, em última *ratio*, refletirão em cada um dos membros do organismo social cuja situação fática e jurídica se subsuma àquela deduzida na causa de pedir da ação civil pública. A legitimidade conferida ao Ministério Público e aos demais substitutos processuais¹⁷ possibilita a condensação do pólo ativo da relação processual, evitando-se que todos os titulares individuais da *facultas agendi* compareçam em juízo para auferir os mesmos efeitos que advirão da ação civil pública.

No caso específico do aumento da base de cálculo do IPTU através de decreto do Executivo, freqüentemente encoberto sob o rótulo de mera atualização monetária¹⁸, o desrespeito à Constituição da República é flagrante¹⁹, e nada impediria que os contribuintes se unissem e se insurgissem contra o ato ilegal e inconstitucional em litisconsórcio ativo facultativo, o qual seria necessariamente unitário, já que a legalidade ou ilegalidade do ato seria reconhecida com relação a todos, variando unicamente o benefício monetário que seria auferido por cada qual. Nesta hipótese, por certo, ante a garantia de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CR/88), dificilmente seria sustentada a impossibilidade de controle incidental de constitucionalidade de ato normativo (*lato sensu*), não obstante a decisão a todos os interessados atingir e persistir o risco de colidência com eventual decisão a ser proferida em sede de controle concentrado. Inexistindo limitação constitucional ao controle difuso de constitucionalidade (art. 97 da CR/88), o qual pode ser levado a efeito por todos os órgãos jurisdicionais, a questão deve ser solucionada sob o prisma

14 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Ação Civil Pública*, Lumen Juris, 1999, pp. 74/76. ARNOLDO WALD, "Usos e Abusos da Ação Civil Pública", *Seleções Jurídicas, ADV-COAD*, janeiro de 1995, p. 8.

15 STJ, REsp. nº 134.979/GO, 1ª Turma, rel. Min. **Garcia Vieira**, j. em 09.09.97, DJ de 06.10.97, p. 49.903; REsp. nº 113.326/MS, rel. Min. **Adhemar Maciel**, DJ de 15.12.97, p. 66.357 e AGA nº 197.150/GO, 2ª Turma, rel. Min. **Aldir Passarinho Júnior**, DJ de 24.05.99. TJRJ, Ap. Cív. nº 1.648/98, 7ª CC, Rel. Des. **Luiz Roldão**, j. em 19.05.98, *Revista de Direito*, vol. 36, pp. 233/236.

16 Art. 16 da Lei 7.347/85, com a redação determinada pela Lei 9.494/97.

17 Art. 5º da Lei 7.347/85 e art. 82 da Lei 8.078/90.

18 Art. 97, § 2º, do CTN.

19 Art. 150, I, da CR/88. "Inconstitucional e ilegal a majoração (não a simples atualização) do valor venal dos imóveis tributados por decreto do Poder Executivo – não há confundir 'atualização do valor monetário da base de cálculo' com a 'majoração da própria base de cálculo do imposto'. Recurso improvido" (STJ, REsp. nº 11.266/CE, rel. Min. **Américo Luz**, j. em 05.02.92, RJSTJ 34/ 342). No mesmo sentido: REsp. nº 35.117-4/RS, rel. Min. **Peçanha Martins**, j. em 27.10.93, RJSTJ 86/250.

da coisa julgada material²⁰ (art. 467 do CPC e art. 5º, XXXVI, da CR/88), prevalecendo esta em havendo ulterior dissonância com a decisão proferida em sede de controle concentrado²¹.

Deve-se lembrar que as questões prejudiciais e os motivos da sentença não fazem coisa julgada (art. 469, I e III, do CPC), o que afasta a tese de usurpação de competência do tribunal competente para realização do controle concentrado, não havendo que se falar, assim, em vinculação deste à decisão preteritamente proferida em sede de ação civil pública. Ademais, este sempre deterá a última palavra no processo, sendo-lhe possível, ante a versatilidade do sistema recursal pátrio, reexaminar, em sede de controle incidental, as mesmas questões que apreciaria por ocasião do controle concentrado, o qual caracteriza-se como um procedimento abstrato e objetivo, enquanto que, na declaração incidental de inconstitucionalidade de ato normativo (*lato sensu*), almeja-se a defesa de interesses concretos e subjetivos. A declaração incidental de inconstitucionalidade, por representar mera questão prejudicial ao deslinde da controvérsia deduzida na ação civil pública, produzirá efeitos *erga omnes* no plano meramente fático; já a inconstitucionalidade declarada na via principal, em que pese a todos atingir²², o fará no plano jurídico, reconhecendo que o ato normativo é inválido, não sendo passível de ser observado. Assim, não importa em identidade a similitude existente entre a pretensão que almeja a declaração direta de inconstitucionalidade de ato normativo com a que vise provimento jurisdicional que tenha por fim prevenir, alterar ou suprimir situação fática ou jurídica que tenha sido constituída sob a égide de permissivo considerado inconstitucional. Em sede de ação civil pública, esta é admissível²³, aquela não.

20 "Sócrates, no cárcere, explica serenamente aos discípulos, com uma eloquência que jamais jurista algum foi capaz de igualar, qual a suprema razão social que impõe, até ao extremo sacrifício, que se respeite a sentença, mesmo que seja injusta: o trânsito em julgado da sentença implica que ela se destaque de seus motivos, como a borboleta sai do casulo, e não possa mais, a partir daquele momento, ser qualificada de justa ou injusta, uma vez que está destinada a constituir, daí em diante, o único e imutável termo de comparação, a que os homens deverão referir-se para saber qual era, naquele caso, a palavra oficial da justiça." PIERO CALAMANDREI, *Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado*, trad. de Eduardo Brandão, Martins Fontes, 1998, pp. 10/11.

21 Restará ao prejudicado utilizar-se da ação rescisória (art. 485 do CPC), tratando-se de Direito potestativo que nasce com termo prefixado (art. 495 do CPC), tendo natureza decadencial. Em questões pertinentes à contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas (Lei 7.689/88), cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF em sede de controle concentrado, o STJ, confirmando decisões dos TRFs, entendeu ser plenamente admissível o ajuizamento de ação rescisória pela União, com fulcro no art. 485, V do CPC ("violar literal disposição de lei"), visando desconstituir acórdãos que haviam incidentalmente reconhecido a inconstitucionalidade do referido diploma legal. Na ocasião, afastou-se a incidência da Súmula 343 do STF, pois a aplicação da lei foi afastada, não ficando a celeuma adstrita à interpretação controvertida. 1ª Turma, REsp. nº 99.425/DF e 109.474/DF, rel. Min. **Humberto Gomes de Barros**, j. em 06.03.97 e 09.09.97, respectivamente na *RJSTJ* 96/150 e 103/66.

22 "A decisão do Supremo Tribunal Federal produz coisa julgada oponível *erga omnes*, estendendo seus efeitos para além das partes (no sentido formal) residentes na relação processual objetiva; por isso é desnecessária a comunicação ao Senado Federal para os fins do art. 52, X da Lei Fundamental da República. Em face da coisa julgada formal e material que a ela adere, a decisão de rejeição ou de pronúncia da inconstitucionalidade deve ser respeitada pelo próprio Supremo Tribunal Federal e pelos demais órgãos integrantes do Judiciário." CLEMERSON MERLIN CLÉVE. *A fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Revista dos Tribunais, 1995, p. 161.

23 "**Processual. Ação civil pública. Cancelamento de taxa ilegal. Legitimidade do Ministério Público. Declaração incidente de inconstitucionalidade.** I. O Ministério Público está legitimado para o exercício de ação civil pública no objetivo de proibir a cobrança de taxa ilegal. II. É viável, em processo de ação civil pública, a declaração incidente de inconstitucionalidade." STJ, REsp. nº 109013/MG, 1ª Turma, rel. Min. **Humberto Gomes de Barros**, j. em 17.06.97, *DJ* de 25.08.97, p. 39.299.

É a própria Constituição da República, no auge de sua unidade hierárquico-normativa, que prevê a competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça dos Estados para o controle concentrado de constitucionalidade²⁴; que confere ao Ministério Público atribuição para defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, podendo promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos²⁵; que dispõe sobre a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade²⁶ e que não limitou à defesa dos direitos individuais a garantia de acesso à Justiça²⁷. Sendo voz corrente que os mandamentos constitucionais devem ser potencializados, culminando em afastar qualquer interpretação que restrinja ou impossibilite sua aplicação, torna-se inequívoca a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade na ação civil pública.

O risco de contradições, por sua vez, é da essência do ordenamento jurídico pátrio, não podendo ser erigido como óbice ao controle incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública. O próprio controle difuso, qualquer que seja a natureza da ação, freqüentemente apresentar-se-á em dissonância com o que restar consolidado por ocasião do controle concentrado, sendo que, no caso específico da ação civil pública, os efeitos *erga omnes* da decisão representam mero consectário da individualização do pólo ativo, o qual é ocupado pelo Ministério Público como substituto processual de todos os interessados. Ante a ausência de previsão constitucional, a admissibilidade do controle difuso jamais poderia estar vinculada à amplitude de seus efeitos ou à maior ou menor gama de interessados. À guisa de ilustração, ainda sob o prisma das contradições, pode-se dizer que a inexistência de efeito vinculante dos precedentes possibilita a implementação de decisões divergentes sobre a mesma matéria nas diferentes instâncias, as quais tornar-se-ão imutáveis com o advento da coisa julgada. A sentença absolutória, por ausência de provas, proferida em processo criminal não impedirá que o réu seja condenado em ação de reparação de danos na esfera cível (art. 1.525 do CC e art. 66 do CPP). A procedência da pretensão deduzida em ações autônomas de impugnação (arts. 485 do CPC; 621 do CPP e 102, I, “j” da CR/88) evidenciará a existência de contradições entre órgãos do mesmo tribunal. E ainda, com a nova redação do art. 16 da Lei 7.347/85, a qual restringiu aos limites territoriais de competência do órgão prolator a eficácia *erga omnes* da sentença de mérito proferida em ação civil pública, tornou-se possível que, em um mesmo Estado da Federação, sejam dispensadas pelos juízos monocráticos distintas soluções para celeumas de idêntica natureza.

5. Interpretando o art. 127, *caput*, da CR/88 e o art. 6º, *caput* e inciso VII, letra “d” da LC 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), entendeu a E. 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que o Ministério Público somente poderia atuar em defesa dos interesses individuais homogêneos quando os mesmos fossem indisponíveis. *In casu*, o interesse dos contribuintes seria meramente patrimonial²⁸, o

24 Arts. 102, I, “a” e 125, § 2º da CR/88.

25 Arts. 127, *caput* e 129, III da CR/88.

26 Art. 97 da CR/88.

27 Art. 5º, XXXV da CR/88. O art. 153, § 4º da CR/67, com a redação determinada pela EC nº 1/69, estabelecia que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito **individual**” (grifo nosso). Considerando a redação do art. 5º, XXXV da CR/88, o qual garante o direito de acesso à Justiça para defesa de qualquer direito, é imperioso o redimensionamento dos institutos pretéritos, adequando-os à sistemática atual.

28 A 3ª e a 4ª Turma do STJ, que compõem a 2ª Seção e têm competência em matéria de direito privado (art. 9º, § 2º do RISTJ), a exemplo do Supremo Tribunal Federal (*vide* nota 34), têm sistematicamente reconhecido

que afastaria a legitimidade do Ministério Público ante a disponibilidade do mesmo. A Constituição da República, em seu art. 129, III, estabeleceu ser função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Ulteriormente, a Lei 8.078/90, em seu art. 81, III, introduziu no ordenamento jurídico pátrio a nomenclatura “interesses ou direitos individuais homogêneos”, definindo-os como aqueles “decorrentes de origem comum.” HUGO NIGRO MAZZILLI²⁹ assim se pronunciou sobre o tema:

“Difusos são, pois, interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. São como um feixe de interesses individuais, com pontos em comum.

Os interesses coletivos compreendem uma categoria determinada, ou pelo menos determinável, de pessoas. Embora o Código do Consumidor faça uma distinção, que a seguir enunciaremos, na verdade, e em sentido lato, os interesses coletivos compreendem tanto grupos de pessoas unidas pela mesma relação jurídica básica, como grupos unidos por uma relação fática comum. Com efeito, em ambas as hipóteses temos grupos determinados ou determináveis de pessoas, unidas por um interesse compartilhado por todos os integrantes de cada grupo.

Em sentido lato, portanto, os interesses coletivos englobam não só os interesses transindividuais indivisíveis (que o Código do Consumidor chama de interesses coletivos em sentido estrito, art. 81, parágrafo único, II), como também aqueles que o Código do Consumidor chama de interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III). Estes últimos caracterizam-se pela extensão divisível, ou individualmente variável, do dano ou da responsabilidade.”

Conforme se constata pela lição do abalizado doutrinador, inexistente diferença ontológica entre os interesses coletivos e os individuais homogêneos quando coletivamente tutelados, ocorrendo mera dissonância entre a nomenclatura utilizada pela Constituição da República e aquela introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor. A Constituição deve ser interpretada “como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente. Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se

a legitimidade do Ministério para o ajuizamento de ações civis públicas que visem coibir aumentos ilegais nas mensalidades escolares. 4ª Turma - REsp. nº 34.155/MG, rel. Min. **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, j. em 11.11.96, *RJSTJ* 90/233; REsp. nº 68.143.1/RO, rel. Min. **Barros Monteiro**, *DJ* de 23.10.95; REsp. nº 38.176/MG, rel. Min. **Rosado de Aguiar**, *DJ* de 18.09.95 e REsp. nº 39.757/MG, rel. Min. **Fontes de Alencar**, *DJ* de 24.04.95. 3ª Turma - REsp. nº 108.577-PI, rel. Min. **Carlos Alberto Menezes Direito**, j. em 04.03.97, *RJSTJ* 99/224. **Contra**: 1ª Turma, REsp. nº 35.644-0/MG, rel. Min. **Garcia Vieira**, j. em 10.09.93, *RJSTJ* 54/306. É freqüentemente utilizado o argumento de que a educação é um direito fundamental, logo, não pode ser obstado. No entanto, em essência, a relação de consumo existente com o estabelecimento de ensino produzirá efeitos eminentemente patrimoniais, podendo o direito subjetivo à educação ser exercido a qualquer tempo contra o Estado (art. 205 da CR/88), tendo este o dever de provê-lo.

29 *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Revista dos Tribunais, 6ª edição, p. 122.

choquem com o plano geral da Carta. Além dessa unidade interna, a Constituição é responsável pela unidade externa do sistema.”³⁰ Os comandos estatuídos nos arts. 127, *caput* e 129, III da CR/88 devem ser interpretados de forma a potencializar seus fins, garantindo-se a teleologia do sistema. O art. 127, *caput* deve ser analisado em sua integralidade, pois, segundo o mesmo, não só a tutela dos interesses individuais indisponíveis é atribuição do Ministério Público, como também a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais. Desta forma, o obrar que importe em mácula ao ordenamento jurídico e acarrete danos a interesses individuais será passível de ser impugnado mediante ação civil pública, sendo assegurada a legitimidade do Ministério Público para a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, quer sejam disponíveis³¹ ou indisponíveis. O interesse social é vislumbrado na necessidade de se solucionar rapidamente a lide; tornar efetivo o direito dos hipossuficientes aos quais seria inviável o acesso individual ao Judiciário, bem como garantir a máxima uniformidade na prestação jurisdicional, o que será viabilizado com o uso da ação civil pública. Tal não importará em qualquer mácula ao princípio da autonomia da vontade individual, pois, além de atuar o Ministério Público como substituto processual, e não como representante do contribuinte, caberá a este decidir se irá implementar as medidas necessárias à execução do julgado naquilo que somente a ele interesse, vislumbrando-se aqui a parcela disponível de seu direito. Os interesses individuais, *in casu*, em que pese serem pertinentes a pessoas facilmente determináveis (no caso do IPTU, os proprietários ou possuidores de imóveis), sendo visualizados em sua totalidade, de forma coletiva e impessoal, transcendem a individualidade e passam a constituir interesses do organismo social³², assumindo caráter eminentemente indisponível. O interesse coletivo é identificado na medida em que a contenção da ilegalidade e a conseqüente recomposição patrimonial de um contribuinte implicarão necessariamente na fruição de tais benefícios por todos os demais integrantes do pólo passivo da relação tributária. A negação, do mesmo modo, apresentará homogeneidade entre a partícula e o todo, o que reforça a assertiva do caráter coletivo do interesse. Os interesses individuais indisponíveis poderão ser tutelados pelo Ministério Público de forma individual – conforme deflui do art. 127, *caput*, da CR/88 – ou coletiva, neste caso com fulcro no art. 129, III, da CR/88, sempre com o desiderato final de garantir o primado da ordem jurídica e a defesa dos interesses sociais; enquanto que os disponíveis somente o serão em âmbito coletivo, pois inexistente disposição constitucional que autorize a atuação do Ministério Público, para a sua defesa, em caráter individual. Distinguindo os interesses coletivos e os individuais homogêneos dos interesses difusos, assim doutrinou KAZUO WATANABE³³:

30 LUÍS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, p. 135.

31 STJ, REsp. nº 105.215/DF, 4ª Turma, rel. Min. **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, j. em 24.06.97, DJ de 18.08.97 (Defesa do consumidor – ilegalidades nos contratos de construção civil). REsp. nº 49.272-6/RS, 1ª Turma, rel. Min. **Demócrito Reinaldo**, j. em 21.09.94, DJ de 17.10.94, Seção I, p. 27.868 (Taxa de Iluminação Pública-ilegalidade). TJSP, 9ª Câmara Cível, Ap. Cív. nº 263.397-2, rel. Des. **Accioli Freire**, j. em 26.10.95 (Eletropaulo - ICMS sobre energia elétrica – devolução de valores recolhidos indevidamente).

32 “**Constitucional. Tributário. Taxa de iluminação pública. Município de Ivoti, RS. I.** Ilegitimidade da taxa, dado que o serviço de iluminação pública é um serviço destinado à coletividade toda, prestado *uti universi* e não *uti singuli*. **II.** Precedentes do STF. **III.** RE inadmitido. Agravo não provido.” STF, AGREG em AI nº 231.132-0/RS, 2ª Turma, rel. Min. **Carlos Velloso**. OBS.: a ação foi ajuizada pelo Ministério Público, tendo sido implicitamente reconhecida a legitimidade do mesmo; no entanto, não deve ser olvidado ser amplamente difundido o entendimento de que o prequestionamento é instituto de raízes constitucionais, não se aplicando ao recurso extraordinário as regras consignadas nos arts. 267, § 3º e 301, § 4º, do CPC.

33 *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense Universitária, 1998, p. 506.

“Nas duas modalidades de interesses ou direitos coletivos, o traço que os diferencia dos interesses ou direitos difusos é a determinabilidade das pessoas titulares, seja através da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.).”

O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já assentou que a expressão interesses coletivos, prevista no art. 129, III da CR/88, abrange os interesses homogêneos de origem comum, *verbis*:

.....
“3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos.

4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.

4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classes de pessoas.

5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual, como dispõe o art. 129, inciso III da Constituição Federal.”³⁴⁻³⁵

34 STF, Pleno, RE nº 163.231-3, rel. Min. **Maurício Corrêa**, j. em 26.02.97. No mesmo sentido, 1ª Turma, RE nº 190.976-5/SP, rel. Min. **Ilmar Galvão**, j. em 31.10.97.

35 Não corroboramos a posição do Mestre **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**, ao asseverar que a decisão do STF “se choca diretamente com os conceitos fixados no Código de Defesa do Consumidor” (*op. cit.*, p. 109, nota 19), pois a mera referência aos preceptivos da Lei 8.078/90, feita pelo acórdão, não tem o condão de acarretar a adequação do texto constitucional à legislação infraconstitucional, sendo inquestionável que é esta que deve adequar-se àquele.

Ad argumentandum tantum, ainda que se entenda que os interesses individuais homogêneos não se encontram compreendidos na expressão “outros interesses coletivos” (art. 129, III da CR/88), pode-se dizer, ante a remissão contida no art. 21 da Lei 7.347/85 à Lei 8.078/90, tornando aplicável à ação civil pública os dispositivos do Título III do Código de Defesa do Consumidor, que a defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos, tal como definidos no art. 81, III do CDC, passou a ser atribuição do Ministério Público. Eis o escólio de ADA PELLEGRINI GRINOVER³⁶, *verbis*:

“Muito embora a Constituição atribua ao Ministério Público apenas a defesa de interesses individuais indisponíveis (art. 127), além dos difusos e coletivos (art. 129, III), a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos levou o legislador ordinário a conferir ao MP a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis, em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP; desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX).”

.....
“15. Vale lembrar, a esse respeito, as preciosas colocações de KASUO WATANABE: ‘...o legislador claramente percebeu que, na solução dos conflitos que nascem das relações geradas pela economia de massa, quando essencialmente de natureza coletiva, o processo deve operar também como instrumento de mediação dos conflitos sociais neles envolvidos e não apenas como instrumento de solução das lides. A estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à Justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras sócio-culturais, evitará a sua banalização pela técnica da fragmentação e conferirá peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos.’ (Código Brasileiro cit., pp. 502 e 503)”.

“E mais: ‘Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do *Parquet*. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular, mesmo em se tratando de interesses e direitos disponíveis.’ (ob. cit., p. 515)”.

Note-se que a pretensão que almeje a anulação do lançamento tributário realizado com fulcro em ato normativo inconstitucional, consoante nomenclatura utilizada pelo art. 81, II, da Lei 8.078/90, tem nítido caráter coletivo – metaindividual³⁷,

36 “A Ação Civil Pública e a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos”, *Revista do Consumidor*, vol. 5, p. 207 e ss.

37 “São interesses de massa, de configuração coletiva, caracterizados por uma conflituosidade, também de massa, que não se coloca no clássico contraste indivíduo *versus* indivíduo, nem indivíduo *versus* autoridade,

de natureza indivisível, de que são titulares todos os contribuintes do tributo, os quais encontram-se vinculados ao sujeito ativo da obrigação tributária por relação jurídica instituída *ex vi legis*. Por outro lado, a pretensão de repetição do indébito tributário melhor se afeiçoará à sub-categoria dos direitos individuais homogêneos, sendo mais incisiva a determinabilidade e a individualidade dos beneficiários, os quais deverão posteriormente promover sua habilitação a título individual, procedendo à liquidação da sentença (art. 97 da Lei 8.078/90), provando o pagamento do débito tributário indevido e a relação existente entre este e o lançamento tributário anulado³⁸. Desta forma, pode-se constatar que a qualificação do interesse variará conforme a pretensão deduzida em juízo.

Tanto o art. 25, IV, “a”, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) como o art. 6º, VII, “d” da LC nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) não fazem referência unicamente a direitos individuais indisponíveis. O primeiro dispõe sobre “outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”, enquanto o segundo fala em “outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos”. Neste último caso, é patente que o Ministério Público pode promover a ação civil pública para defesa dos interesses individuais indisponíveis e dos interesses individuais homogêneos, ainda que disponíveis, o que reforça a assertiva de que a conjuntiva “e”, prevista no art. 25, IV, “a” da Lei 8.625/93, não tem o condão de limitar a atuação do Ministério Público à defesa dos interesses individuais indisponíveis, devendo ser entendida como mera técnica de aglutinação, não como forma de integração de vocábulos indissociáveis³⁹. No mais, à legislação infraconstitucional resta unicamente integrar o preceptivo constitucional, sempre com o desiderato final de potencializar seus fins, conferindo-lhe, assim, maior efetividade. Neste diapasão, jamais poderá restringir o alcance que advém da unidade hierárquico-normativa do texto constitucional, quer seja valendo-se de pseudo-inovações ou mesmo de eufemismos que corrompem o sistema.

6. Os vetos apostos na ementa e nos arts. 1º e 4º da Lei 7.347/85, por ocasião da promulgação desta, expungiram do texto aprovado pelo Poder Legislativo a expressão “outros interesses difusos e coletivos”. Ulteriormente, caminhando no mesmo norte do texto constitucional (art. 129, III), o legislador infra-constitucional, através da Lei nº 8.078/90, inseriu o inciso IV no art. 1º do referido diploma legal, restando consignado que as disposições da Lei 7.347/85 seriam aplicáveis a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. A displicência do legislador, deixando de encetar idêntico acréscimo na ementa⁴⁰ e no art. 4º, em nada altera a compreensão da norma,

mas que é típica das escolhas políticas.” ADA PELLEGRINI GRINOVER, *op. cit.*, p. 206.

38 Em caso de inércia dos contribuintes, poderão os legitimados para a propositura da ação civil pública promover, naquilo que for possível, a liquidação e execução da indenização devida, revertendo o produto arrecadado para o fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/85, regulamentado pelo Decreto nº 1.306/94 e pelo art. 1º da Lei 9.240/95 (art. 100 da Lei 8.078/90).

39 No caso específico da defesa dos contribuintes, cumpre dizer que o art. 25, *caput*, da Lei 8.625/93, ao elencar as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público, assim dispõe: “Além das funções previstas nas Constituições Federal e *Estadual*, na Lei Orgânica e em outras leis...” A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, assim dispõe em seu art. 170, III, *verbis*: “São funções institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, do consumidor, **do contribuinte**, dos grupos socialmente discriminados e de qualquer outro interesse difuso e coletivo”. Ante a compatibilidade com suas finalidades institucionais (art. 129, IX da CR/88), é certa a legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para a defesa coletiva dos contribuintes.

40 Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências.

já que disposição idêntica, de caráter eminentemente genérico, fora preteritamente utilizada no texto constitucional. Desta forma, entender que somente aquelas matérias relacionadas na ementa seriam passíveis de proteção através da ação civil pública seria subverter a velha máxima de que a lei não contém palavras inúteis. Justifica-se: se somente o que se encontra elencado na ementa seria passível de proteção, por que o legislador ordinário incluiria dispositivo genérico no inciso IV se o que constava da ementa já se encontrava, *in totum*, elencado nos três incisos do art. 1º da Lei 7.347/85? E ainda, como se justificaria a inclusão do inciso V⁴¹, realizado pela Lei 8.884/94, se a nova matéria versada na Lei 7.347/85 não foi igualmente incluída na ementa? Alguém sustentaria que o inciso V não seria aplicado ante a ausência de igual modificação na ementa? Parece-nos que não. Não obstante a ausência de consistência, este argumento tem sido utilizado para afastar a legitimidade do Ministério Público para a defesa do contribuinte, já que este não se encontra relacionado na ementa da Lei⁴².

7. A remissão ao Código de Defesa do Consumidor, contida no art. 21 da Lei 7.347/85, torna aplicáveis à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III daquele diploma legal. Considerando que a aplicação subsidiária da Lei 8.078/90 somente será admissível “no que for cabível”, é imperativa a prévia verificação da congruência entre a norma principal e os dispositivos legais cuja aplicação subsidiária se pretende. Ante a especificidade da matéria ora em análise, é relevante verificar se existe compatibilidade entre a Lei 7.347/85 e o art. 81 da Lei 8.078/90. Este dispositivo legal estabelece parâmetros para a identificação dos interesses ou direitos difusos, dos interesses ou direitos coletivos; e dos interesses ou direitos individuais homogêneos, consignando que a sua defesa poderá ser exercida em juízo, individualmente ou a título coletivo. Em que pese ter instituído a figura dos interesses individuais homogêneos (subespécie dos interesses coletivos, como já foi visto), o art. 81 da Lei 8.078/90 apresenta total compatibilidade com a Lei 7.347/85, restando claro que quaisquer interesses individuais homogêneos, ainda que não sejam fruto de uma relação de consumo, podem ser tutelados através da ação civil pública. Desta forma, identificam-se dois preceitos genéricos: o art. 1º, IV da Lei 7.347/85 – pertinente a quaisquer interesses difusos e coletivos – e o art. 21 da Lei 7.347/85, c/c o art. 81, III da Lei 8.078/90 – referente a quaisquer interesses individuais homogêneos. Em que pese o fato de o art. 21 da Lei 7.347/85, ao referir-se à defesa dos direitos e interesses individuais, fazer remissão expressa ao Título III da Lei 8.078/90, não merece prosperar o argumento de que somente os interesses individuais homogêneos advindos de relação de consumo poderiam ser tutelados através da ação civil pública. Justifica-se a assertiva, pois o Título III limita-se a estabelecer parâmetros para a defesa de tais interesses e fixar regras para a sua tutela em juízo, enquanto que a definição e o dimensionamento dos direitos e deveres dos partícipes da relação de consumo encontram-se no Título I da Lei 8.078/90, sendo oportuno frisar que a denominação do Título III, “Da Defesa do Consumidor em Juízo”, é justificável por estar o mesmo inserido no diploma legal que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”. Assim, acaso a *mens legis* do art. 21 da Lei 7.347/85 fosse restringir o uso da ação civil pública à defesa dos interesses individuais advindos de relação de consumo, em uma possível complementação ao art. 1º, II, correto seria fazer remissão à Lei 8.078/90, e não unicamente ao Título III desta. No mais, entendimento contrário culminaria com a conclusão de que o legislador ordinário optou pela superfetação de

41 “Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: ...V - por infração da ordem econômica.”

42 STJ, REsp. nº 57.465-0/PR, 1ª Turma, rel. Min. **Demócrito Reinaldo**, j. em 1º.06.95, RJSTJ 78/106.

termos, estatuindo dois instrumentos legais, em diplomas diferentes, para a defesa do mesmo interesse. Considerando que a Lei 8.078/90 disciplina a intitulada ação coletiva para a defesa dos interesses individuais homogêneos (Título III, Capítulo II), bem como que eventuais lacunas seriam supridas pela aplicação subsidiária da Lei 7.347/85⁴³, seria inverossímil crer que a norma do art. 21 da Lei 7.347/85 serviria unicamente para permitir a utilização da ação civil pública para tutela dos interesses individuais homogêneos advindos de uma relação de consumo – os quais já têm sua disciplina, quer sob o prisma do direito material, quer do direito processual, integralmente prevista pela Lei 8.078/90. Devendo ser afastada qualquer interpretação que conduza ao absurdo ou à ineficácia da norma, pode-se dizer que a *mens legis* foi estabelecer que os preceptivos da Lei 8.078/90 seriam subsidiariamente aplicáveis à Lei 7.347/85, para identificação e proteção dos direitos individuais referidos no art. 21 deste diploma legal⁴⁴, legitimando a atuação do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos advindos de relação tributária⁴⁵ – a qual não se confunde com relação de consumo. Ante a técnica legislativa adotada, o art. 90 da Lei 8.078/90 e o art. 21 da Lei 7.347/85 restaram por integrar estes textos legais, permitindo a aplicação recíproca e subsidiária de cada qual.

8. Conforme fora exposto, a observância do ordenamento jurídico, em especial dos direitos e garantias fundamentais de todos que estejam no território do Estado, erige-se como consectário lógico e razão de ser do próprio Estado Social e Democrático de Direito. Nesta linha, pode-se dizer “que os desvios inconstitucionais do Estado, no exercício de seu poder de tributar, geram, na ilegitimidade desse comportamento do aparelho governamental, efeitos perversos, que, projetando-se nas relações jurídico-fiscais mantidas com os contribuintes, deformam os princípios que estruturam a ordem jurídica, subvertem as finalidades do sistema normativo e comprometem a integridade e a supremacia da própria Constituição da República”⁴⁶. Inobservados os princípios da legalidade e da moralidade administrativa e conspurcados os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, afigura-se presente o interesse social tantas vezes alvitado para a atuação do Ministério Público.⁴⁷

43 Lei 8.078/90. “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347/85, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.” 44 Nesse sentido: STJ, 1ª Turma, REsp. nº 49.272-6/RS, rel. Min. **Demócrito Reinaldo**, j. em 21.09.94, DJ de 17.10.94, Seção I, p. 27.868. Acórdão em frontal divergência com aqueles referidos na nota 4, posteriores e do mesmo relator.

45 A tese da legitimidade do Ministério Público para defesa dos contribuintes do IPTU foi recentemente sufragada pela 6ª Câmara Cível do TJRJ, confirmando sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Niterói. No entanto, o acórdão ainda não produziu frutos, pois em 30.09.99 foi deferida liminar pelo Min. **Milton Luiz Pereira**, relator da Medida Cautelar nº 1.968/ RJ, distribuída para a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo sido atribuído efeito suspensivo ao Recurso Especial interposto pelo Município de Niterói. É importante frisar que, por ocasião do deferimento da liminar, a instância ordinária sequer havia proferido decisório pertinente à admissibilidade do apelo extremo, o que apresenta-se em frontal colidência com a jurisprudência do STF [Pet. (QO) nº 1.872-RS, j. em 7.12.99, Pet. (QO) nº 1.863-RS, j. em 7.12.99 e Pet. (QO) nº 1.881-RS, j. em 14.12.99, Inf. STF nº 175/99], pois tal medida pressupõe juízo positivo de admissibilidade do recurso e também porque, em razão da hierarquia jurisdicional, impediria que o Presidente do Tribunal *a quo* inadmitisse o mesmo; no STJ, o entendimento não é uniforme: a favor: MC nº 136-3/SP, 1ª Turma, RJSTJ nº 77/77; contra: AGREG em MC nº 48-0/SP, 2ª Turma, RJSTJ 69/25.

46 STF, in Decisão proferida pelo Min **Celso de Mello**, quando exercia a presidência do Pretório Excelso, na Pet. nº 1.466/PB, em 25.08.98.

47 STJ, 1ª Turma, REsp. nº 57.465-0/PR, rel. Min. **Demócrito Reinaldo**, j. em 1º.06.95, DJ de 19.06.95. TJSP, 5ª Câmara Cível de Férias, Ap. Cív. nº 264.428-2, rel. Des. **Ruiter Oliva**, j. em 15.08.95. TJSP, 11ª Câmara Cível, Ap. Cív. nº 260.926-2, rel. Des. **Gildo dos Santos**, j. em 19.10.95.

CONCLUSÕES

9. A complexidade das relações sociais e as evidentes limitações materiais e sócio-culturais da grande maioria dos membros da coletividade torna patente a impostergável necessidade de implementação da tutela coletiva dos interesses individuais, o que, longe de representar simples medida de economia processual ante a condensação do pólo ativo, apresenta-se como última esperança de acesso à Justiça em um país caracterizado por desigualdades marcantes. Sempre que os direitos e garantias fundamentais do contribuinte forem aviltados por atos do Poder Público, agindo em flagrante dissonância com os princípios da moralidade (art. 37, *caput* da CR/88) e da legalidade tributária (art. 150, I, da CR/88), estará o Ministério Público legitimado para o ajuizamento de ação civil pública visando recompor a ordem jurídica lesada (art. 127, *caput* da CR/88 e arts. 5º, II, “a” e 6º, VII, “a” da LC 75/93, c/c 80 da Lei 8.625/93), zelando pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição (art. 129, III, da CR/88). Garantir-se-á, assim, a manutenção dos baluartes do Estado Social e Democrático de Direito, preservando-se a Constituição da República e o relevante interesse social na observância desta. Inexistindo limitação constitucional (art. 97 da CR/88), poderá ser reconhecida incidentalmente, em sede de ação civil pública, a inconstitucionalidade de decreto do Poder Executivo que tenha majorado tributos municipais. A pretensão deduzida em ação civil pública que almeje a anulação de lançamento tributário e a restituição de tributos indevidos importará na tutela de interesses coletivos – no que pertine à anulação de ato ilegal e inconstitucional – e de interesses individuais homogêneos – no que concerne ao *quantum* que será restituído a cada contribuinte. Os interesses individuais, quando tutelados de forma coletiva e impessoal, ascendem do individual para o social, apresentando-se como subespécie dos interesses coletivos (art. 129, III, da CR/88), sendo sua tutela imprescindível à recomposição da ordem jurídica lesada pelo sujeito ativo da relação tributária. Em razão disto, a disponibilidade do direito somente se fará sentir por ocasião da concreção dos mandamentos fixados no decisório que ultimar a ação civil pública, cabendo ao contribuinte decidir se irá auferir o numerário cuja fruição lhe fora garantida em sede coletiva. A legislação infraconstitucional, por sua vez, prevê a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos (art. 21 da Lei 7.347/85, c/c art. 81, III da Lei 8.078/90), ainda que não advindos de relação de consumo. Não obstante a aparente cristalização, junto aos Tribunais Superiores, da tese contrária à legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública em defesa dos contribuintes, esperamos que estes breves comentários tenham despertado a atenção para a importância de tal instrumento na defesa da imensa massa de iletrados e miseráveis que “contribuem” para a “Coroa” e vegetam por nosso país. Por derradeiro, encerraremos com a aguçada sensibilidade de ALAN: “a Justiça pertence à ordem das coisas que se devem fazer justamente porque não existem. A Justiça existirá se a fizermos. Eis o problema humano”⁴⁸.

**Publicado originalmente na Revista nº 12 jul./dez. 2000, p. 367.*

48 *Pléiade*, Propos, II, p. 280.

NOTA: Este artigo já estava ultimado quando sobreveio a edição da Medida Provisória nº 1.984-18, de 1º de junho de 2000, a qual, em seu artigo 6º, introduziu no artigo 1º da Lei 7.347/85 um parágrafo único do seguinte teor: “Não caberá ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI DA AÇÃO POPULAR**

GUILHERME MAGALHÃES MARTINS E HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO*

SUMÁRIO

- I. Generalidades. A Ação Popular como instrumento de controle judicial dos atos do Estado
- II. Aspectos processuais
- III. O papel do Ministério Público
- IV. Questões controvertidas
- V. Bibliografia

I. Notas gerais. A ação popular como instrumento de controle judicial dos atos do Estado

Compreendida como um instrumento posto a serviço de cada membro da coletividade no sentido do controle e da revisão da legitimidade dos atos administrativos, a ação popular foi introduzida em nosso ordenamento jurídico através do inciso 38 do art. 113 da Constituição Federal de 1934, o qual assim dispunha, *verbis*:

“Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

Consagrou-se o instituto dentre os direitos públicos subjetivos do indivíduo – como uma garantia *contra* ou *em face* do Estado –, permitindo-se a sua participação ativa e direta na vida política do país.

Além do poder de escolher seus governantes, outorga-se ao cidadão a faculdade de lhes fiscalizar os atos de administração – o que, por um outro lado, aprimora a noção de responsabilidade dos administradores, incutindo-se-lhes o hábito da submissão à ordem legal (Cf. MIGUEL SEABRA FAGUNDES, *op. cit.*).

Com o advento do regime do Estado Novo, terminou a ação popular suprimida da Carta de 1937, sendo posteriormente reintroduzida na Carta de 1946 (art. 141, § 38) – passando também a abranger a administração indireta (autarquia e sociedade de economia mista) – e mantida na Constituição Federal de 1967 (art. 150, § 31), a qual empobreceu o seu espectro subjetivo, no uso da rubrica “entidades públicas”.

A Lei nº 4.717, de 20 de junho de 1965, veio regular o procedimento da ação, e finalmente a Constituição de 1988 emprestou maior abrangência ao seu objeto e alcance, como se vê no art. 5º, LXXIII:

* Guilherme Magalhães Martins e Humberto Dalla Bernardina de Pinho são Promotores de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

** Trabalho apresentado ao Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, por ocasião do encerramento do Curso de Direito Processual Civil da UERJ, em outubro de 1994. Revisto e atualizado em maio de 1997.

“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio-ambiente, e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Encarregou-se a vigente Carta Política de dilatar o campo de atuação daquele instrumento processual, de modo a contemplar a proteção da moralidade administrativa, bem como a guarida dos interesses difusos¹, possibilitando, além das lesões meramente pecuniárias, a tutela de bens de ordem imaterial e espiritual – os quais, no tocante ao patrimônio histórico e cultural, já haviam sido contemplados no art. 1º, parágrafo 1º da Lei da Ação Popular.

Quanto à sua natureza, trata-se de ação constitutiva negativa – na medida em que inova a situação jurídica preexistente, determinando a anulação do ato administrativo impugnado – ou declaratória – quando declara a nulidade do ato impugnado – e, em decorrência, condenatória² – por condenar os responsáveis pelo pagamento das perdas e danos, uma vez julgada procedente a demanda, caso em que a sentença tem natureza complexa.

Em sede doutrinária³, é amplamente difundido o entendimento, a nosso ver correto, segundo o qual dá-se necessariamente a cumulação entre ambos os efeitos, constitutivo e condenatório.

Na glosa de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*op. cit.*) sobre o comando do art. 11 da Lei Nº 4.717/64,

*“Endereça-se o preceito diretamente ao juiz, a quem caberá, se for o caso, proferir a condenação ainda que o autor popular não a tenha pedido; aqui se abre exceção à regra proibitiva do julgamento **extra petitem**”.*

Trata-se de uma ação civil, no sentido de se referir a uma pretensão não penal, desprovida de caráter punitivo, visando precipuamente a compor lide fundada em relação de direito administrativo, no amparo de interesses da comunidade, e não de direitos individuais.

A seguir, será abordado em suas bases o procedimento da ação popular, passando-se, finalmente, ao exame de certos *pontos nevrálgicos* do objeto de nosso estudo, sempre com base em subsídios jurisprudenciais, cujo papel se revela decisivo para a definição de certas noções cuja obscuridade sucumbiu ao crivo do legislador, bem como para a verificação das pressões sociais que servirão de inspiração para a futura norma jurídica.

1 Na definição de Péricles Prade (*in Conceito de Interesses Difusos*, Ed. RT, São Paulo, 1987, p. 57- 58), interesses difusos “são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade”.

2 Note-se que a indenização a que se refere o Art. 11 da Lei da Ação Popular reverterá à entidade patrimonialmente lesada, e não ao autor popular. Fica ressalvada à Administração a propositura de ação regressiva contra os funcionários culpados pelo ato invalidado.

3 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A Ação Popular como Instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’”, *in Temas de Direito Processual, Primeira Série*, Ed. Saraiva, 1988, 2ª. Ed., p.120. No mesmo sentido, RODOLFO MANCUSO, *in Ação Popular*, Ed. RT, São Paulo, 1994.

Introduzimos ainda, em capítulo próprio, algumas observações acerca da intervenção do Ministério Público no procedimento, bem como a importância de se aferir corretamente o papel do *Parquet* na demanda.

II. Aspectos processuais

Na definição de HELY LOPES MEIRELLES (*op. cit.*), “a Ação Popular é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.”

Os pressupostos da demanda são três: a condição de **cidadão brasileiro** por parte do autor, pessoa natural no gozo dos seus direitos cívicos e políticos (devendo o indivíduo comparecer a juízo munido de seu título eleitoral), a **ilegalidade** do ato a invalidar – infringindo as normas específicas que regem sua prática ou desviando-se dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública – e a **lesividade** do mesmo ato – por desfalcar o Erário ou prejudicar a Administração, bem como por ofender bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade.

Estabelece o art. 4º casos de presunção de lesividade, bastando para a invalidação do ato, naqueles casos estritos, a prova da sua prática naquelas circunstâncias, *v.g.*, a admissão de servidor público com desobediência, quanto à sua habilitação, das normas legais ou regulamentares.

Fora daquelas hipóteses, a lesividade não se presume (TJSP, RT 623/40), impondo-se a sua demonstração cabal, bem como a da ilegalidade.⁴

Discute-se, em virtude da ampliação do objeto da ação popular por parte da atual Constituição da República, se foi a moralidade administrativa efetivamente erigida em causa de pedir autônoma, prescindindo-se do tradicional requisito da lesão ao Erário.

Deve a moralidade administrativa ser admitida como uma categoria passível de controle jurisdicional por si mesma, por não ser necessariamente subjetiva ou passível de abranger os atos discricionários, mas pelo reconhecimento do seu conteúdo jurídico, a partir de regras e princípios da Administração.⁵

Pode a ação popular figurar como meio preventivo – sendo ajuizada antes da produção dos efeitos lesivos do ato – ou repressivo – para a reparação do dano, depois de consumado – da lesão ao patrimônio público.

4 Nesse sentido: “É inepta a inicial da ação popular que não menciona qual o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público” (TRF 1ª Região, 3ª Turma, REO 0118603, D.J. 3.9.92, p. 28.900, Rel. Juiz Tourinho Neto).

“A existência de ato lesivo é pressuposto da **possibilidade jurídica** da ação popular” (STF, 2ª. T., RE 98.705-MG, Rel. Min. Francisco Rezek, 23.8.83, RT 595/288).

5 José Afonso da Silva, *in Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. RT, São Paulo, 1990, 6ª. Edição, p. 399.: “A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, *p. ex.*, com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa. Se um Prefeito, em fim de mandato, por ter perdido a eleição para seu adversário político, congela ou não atualiza o imposto sobre propriedade territorial e urbana, com o intuito, aí transparente, de prejudicar a futura administração municipal, comete imoralidade administrativa, pouco importa se o ato fora ou não ilegal (...)”.

Segundo o mesmo autor, a exigência da ilegalidade do ato administrativo imoral irá “liquidar com a intenção do legislador constituinte de contemplar a moralidade administrativa como objeto de proteção desse remédio”.

Pode ainda ter sentido corretivo – se visa a reparar erro da Administração na realização do direito – ou supletivo da inatividade do poder público nos casos em que devia agir por expressa imposição legal.

A causa de pedir é o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público.

A própria lei, no seu art. 4º, elenca os atos com presunção de ilegitimidade e lesividade sujeitos à anulação popular.

Além desses, qualquer ato praticado por qualquer das pessoas elencadas no art. 1º, com vício de incompetência, forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos ou desvio de finalidade (art. 2º e parágrafo único), poderá ser atacado pela mesma via.

Dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público pode ser considerada a lei de efeitos concretos, ou seja, aquela que traz em si as conseqüências imediatas de sua atuação, como a que desapropria bens ou a que concede isenções, sendo tais leis meramente formais, equiparando-se materialmente aos atos administrativos (RJTJESP 103/169).

Entretanto, não cabe ação popular contra lei em tese, por aplicação subsidiária do Verbete de Jurisprudência nº 266 do STF (o qual se refere ao mandado de segurança), caso em que sequer chega a se completar o requisito da lesividade do ato.

Mesmo que se admita a possibilidade de ofensa a interesse legítimo por parte de ato discricionário, descabe em tal caso a ação popular, não estando o Judiciário autorizado a invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, sendo tal valoração privativa da Administração, que titulariza toda uma pluralidade de critérios resolutivos. Porém, afora o mérito do ato sindicado, a Administração não pode ultrapassar os limites da discricionariedade, o que afronta a legalidade.

Resultando o prejuízo de inércia ou omissão administrativa, sem incidência pessoal direta, mas envolvendo o interesse comum da população, procede o remédio constitucional.⁶

Quanto às partes, o sujeito ativo será sempre o cidadão brasileiro – pessoa física no gozo de seus direitos políticos - isto é, o eleitor, ao qual se atribui o direito a uma gestão eficiente e proba da coisa pública, vinculando-se a capacidade processual à capacidade político-eleitoral.

Observando-se o art. 1º da Lei N º 4.717/65, além do produtor direto do ato sindicado, abrangem-se no pólo passivo todos aqueles que, de algum modo, contribuíram por ação ou omissão, bem como os que dele tenham se beneficiado diretamente.⁷

Note-se que a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado chamada na ação poderá contestá-la ou não, como poderá, até mesmo, encampar o

6 MIGUEL DE SEABRA FAGUNDES, *op. cit.*, p. 8: “*Figuremos que a Administração, infringindo lei disciplinadora do comércio de comestíveis, permite que funcione estabelecimento que não preenche os requisitos ali exigidos. Com isto não molesta direito individual de alguém. Mas viola o interesse de todos os cidadãos de que um tal ramo de comércio se enquadre nos rigorosos padrões da lei.*” Destaca o autor a violação da igualdade constitucionalmente garantida a partir da interpretação da lei a dois modos, em situações idênticas, impondo a uns certas obrigações e dispensando-as a outros por simples inação - no uso do critério injusto de dois pesos e duas medidas.

Ver também: “*É cabível ação popular contra ato omissivo (art 6º da Lei 4.717/65). A autoridade ou agente administrativo está legalmente obrigado a promover os atos necessários à retomada de bem público de quem quer que injustamente o detenha*” (TRF 1ª Região, 2ª Turma, REO 0122799, DJ 24.6.91, Rel. Juiz Hércules Quasímodo). 7 O caso é de litisconsórcio necessário, tendo a decisão que acolhe a ação, ao menos em seu capítulo desconstitutivo, caráter unitário, sendo qualitativamente homogênea para todos.

pedido do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo exclusivo do representante legal da entidade ou da empresa (art. 6º, parágrafo 3º). A figura processual é das mais singulares, pois permite que o réu confesse tacitamente a ação, pela revelia, ou a confesse expressamente, passando a atuar em prol do pedido na inicial, em defesa do patrimônio público. Hipótese essa muito comum nos casos em que o ato ou contrato impugnado é da Administração anterior e a lesividade só vem a ser descoberta pela Administração subsequente, não vinculada à conduta de sua antecessora.

A doutrina predominante perfilha a tese de que o autor popular age como substituto processual, considerando-se que não defende direito seu em juízo, e sim o da comunidade, da qual é parte integrante.

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA⁸, o autor popular age por legitimação ordinária, visto que exerce o direito próprio decorrente da soberania popular, de que é titular, como qualquer outro cidadão, em nome próprio, fiscalizando a gestão do patrimônio público, em se tratando de um instituto de democracia direta.

Há quem defenda a tese da legitimação extraordinária, como WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JR., para quem o autor popular não é um substituto processual da mais pura linhagem.⁹

A legitimação difusa, isto é, de todos os interessados, é concorrente e disjuntiva, porque os cidadãos, isolada ou concorrentemente, podem ajuizar a ação popular. É importante frisar que, quando o façam em grupo, dar-se-á a formação de um litisconsórcio voluntário – caso em que a hipótese de litisconsórcio necessário fica excluída por definição, sendo inviável a presença de toda a pluralidade de indivíduos no processo. Consolidados os interesses metaindividuais como objeto da tutela por via da ação popular, afigura-se-nos mais acertada a tese da legitimação ordinária, sendo o direito titularizado pelo autor em conjunto com toda uma coletividade.

O Ministério Público tem posição singular na ação popular, funcionando como parte pública autônoma incumbida de velar pela regularidade do processo, de apressar a produção da prova e de promover a responsabilidade civil ou criminal dos culpados.

Entretanto, em sua manifestação final o órgão do *Parquet* deverá opinar no sentido em que a prova indicar, pela procedência ou improcedência da ação, por se tratar de conduta característica da instituição.

Maiores considerações acerca da atuação do Ministério Público na ação popular serão tecidas na terceira parte deste trabalho.

A competência vem claramente disciplinada no art. 5º da Lei nº 4.717/65, sendo determinada pela origem do ato a ser invalidado.

Impende observar que a competência da União atrai a do Estado quando houver interesse comum a tais pessoas de direito público interno, assim como a do Estado traz para si a do Município, desde que haja juízo privativo dos feitos da Fazenda estadual.

Ademais, a propositura da ação previne a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos (art. 5º, parágrafo terceiro da Lei nº 4.717/64).

⁸ in *Ação Popular Constitucional*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 19.

⁹ in *Substituição Processual*, Ed. RT, São Paulo, 1985, *apud* RODOLFO MANCUSO, *Op. cit.*, p. 105.

No que tange ao procedimento, a ação popular, na disciplina da lei regulamentar, segue basicamente o rito ordinário, com as seguintes modificações: a intimação obrigatória do *Parquet* no despacho inicial, no qual se requisitarão os documentos necessários, serão ordenadas a citação pessoal dos que praticaram o ato e a citação editalícia e nominal dos beneficiários – se assim for requerido pelo autor – e se decidirá sobre a suspensão liminar do ato impugnado, caso pedida.

Não se aplica o efeito da revelia (art. 319 do CPC), consistente em “reputarem-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”, dada a autorização contida no art. 6º, que autoriza a parte ré a abster-se de contestar o pedido, bem como por haver interesses indisponíveis envolvidos (art. 320, II do CPC).

Não encontra lugar, igualmente, o fenômeno processual da reconvenção (art. 315 do CPC), por agir o autor popular também em interesse de outrem, sustentando situação jurídica que não lhe é exclusiva, mesmo que pudesse ser admitida como própria, segundo a teoria da legitimação ordinária do autor.

Outra inovação digna de nota reside no prazo diferenciado de contestação, de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por igual período, caso se torne difícil a obtenção da prova documental, a requerimento dos interessados.

Nos termos do art. 9º, caso o autor desista da ação ou dê motivo à extinção do processo sem o julgamento do mérito, serão publicados editais, de modo que se assegure a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, o prosseguimento da ação.¹⁰

Admite o parágrafo 4º do art. 5º (redação dada pelo art. 34 da Lei Nº 6.513/77) a suspensão liminar do ato lesivo impugnado, sendo o dispositivo sobremaneira lacunoso quanto ao recurso cabível, aos requisitos para a concessão daquela medida e ao seu prazo de vigência. (Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *op. cit.*, p. 103).

A par de tal previsão legal, considerado outrossim o disposto no art. 22 da Lei da Ação Popular, encontra-se abrangida a figura processual da antecipação de tutela, na forma do art. 273, *caput*, e parágrafos do diploma processual civil, possibilitando-se ao autor popular a fruição antecipada do pronunciamento postulado, total ou parcialmente, observada a correlação entre sentença e demanda, bem como os requisitos legais pertinentes.

A Constituição Federal de 1988 isentou de custas e de ônus da sucumbência o autor popular, salvo comprovada má-fé – caso que enseja a sua condenação no decurso das custas (art. 13), verificada a manifesta lide temerária.

Quanto à sentença, há uma particularidade na lei (art. 7º, § 2º, VI, parágrafo único) no sentido de que a mesma deve ser proferida dentro de 15 dias da conclusão dos autos, sob pena de ficar o juiz impedido de promoção durante dois anos e, na lista de antigüidade, ter descontados tantos dias quantos forem os de retardamento da decisão. Entretanto, isso só se aplica se não houver um motivo justo para o retardamento, sendo certo que nunca se teve notícia de nenhum caso em que tal dispositivo tenha sido aplicado.

10 Embora a lei não o preveja expressamente, o caso de morte do autor popular está a invocar idêntica solução, na presença da mesma razão inspiradora. Outrossim, sem prejuízo da intervenção obrigatória do Ministério Público, a índole participativa do instituto exige a mesma providência, como requisito indispensável à substituição processual, incentivando-se o direito de ação por parte de qualquer outro cidadão. É evidente que a regra do art. 9º se dirige aos demais legitimados, na medida em que indispensável a intimação pessoal do *Parquet*.

No que tange aos recursos, cabe apelação voluntária tanto da sentença que julgar procedente ou improcedente a ação como da decisão que der pela sua carência. Terá sempre efeito suspensivo e seguirá a tramitação comum prevista no CPC, com a simples peculiaridade de que, no caso de improcedência da ação, poderá ser interposta tanto pelo vencido como pelo Ministério Público ou por qualquer cidadão (art. 19, *caput* e parágrafo segundo).

O recurso de ofício só será interposto quando a sentença concluir pela improcedência ou pela carência da ação, ficando invertida a tradicional orientação desse recurso, para a melhor preservação do interesse público, importando, para a Administração, a eliminação de seus atos ilegítimos.

Quanto o pedido é julgado procedente, não se admite recurso de terceiros ou do Ministério Público, só podendo apelar os réus atingidos pela decisão.

A remissão do art. 22 às regras do Código de Processo Civil autoriza o cabimento, em caráter supletivo, dos demais meios impugnativos ali previstos, como o agravo de instrumento, no caso das decisões interlocutórias, os embargos infringentes, os embargos de declaração, o recurso extraordinário e o recurso especial¹¹.

Por fim, algumas observações sobre a coisa julgada.

A sentença definitiva produzirá efeitos de coisa julgada material, oponível *erga omnes*, exceto quando a improcedência resultar da deficiência de prova, revestindo-se aquele pronunciamento da autoridade da coisa julgada no sentido meramente formal, caso em que poderá a ação ser renovada com idêntico fundamento, desde que se indiquem novas provas (art. 18). Essa renovação tanto pode ser feita pelo mesmo autor como por qualquer outro cidadão.

Busca-se evitar uma profusão de ações populares mal fundamentadas e mal instruídas, propostas por cidadão em conluio com os responsáveis pelo ato, com o objetivo de pô-lo, mediante a rejeição do pedido, a salvo de futuros ataques. (Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p. 122-123).

É sempre bom lembrar que a sentença transitada em julgado constitui título para instaurar-se a execução popular. Mas a parte condenada a restituir bens ou valores ficará sujeita a seqüestro e penhora desde a prolação da sentença condenatória, como dispõe o art. 14, § 4º.

Entretanto, como bem anota HELY LOPES MEIRELLES (*op. cit.*, p. 112-113), se a condenação é para restituir bens ou valores, então a execução será para entrega de coisa certa. Pois valores, aí, está no sentido de coisas infungíveis. Essas é que devem ser restituídas. Logo, não tem cabimento falar-se em penhora.

Podem promover a execução o autor popular, qualquer outro cidadão, o Ministério Público e as entidades chamadas na ação, ainda que a tenham contestado. Observe-se que o órgão ministerial só fica legitimado a promovê-la se houver inércia do autor e dos outros cidadãos (art. 16).

11 "A Lei 4.717/64 determina observar o procedimento ordinário. Necessária a remessa dos autos ao revisor. Exigência de garantia da defesa e resguardo do interesse público. Refoge mera formalidade porque, além do relator, outro magistrado terá prévio conhecimento do conteúdo dos autos, resguardando a segurança de decisão justa." (REsp 0005753/00-RS, DJ 10.12.90, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro).

III. O papel do Ministério Público

Encontra-se atualmente superada a discussão sobre poder ou não o Ministério Público ajuizar ação popular. A doutrina era unânime em dizer que não, salvo na hipótese de o membro da Instituição propô-la na qualidade de cidadão comum, sem estar investido em suas funções institucionais.

Hoje em dia, essa questão tem apenas valor histórico. É certo que o Ministério Público não é ente legitimado à propositura de ação popular; para chegar a esta conclusão basta a simples leitura do inciso LXXIII do art. 5º da Constituição da República e do art. 1º da Lei nº 4.717/65. Entretanto, poderá o *Parquet* propor ação civil pública com o mesmo objeto da ação popular. Isso se dá por expressa autorização legal, consubstanciada no artigo 25, inciso IV, alínea “b” da Lei nº 8.625/93, *verbis*:

“Art. 25 - Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

.....
IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

.....
b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.”

É certo que os tribunais não vêm aceitando pacificamente tal legitimação. É comum interpretar-se restritivamente o texto constitucional no que pertine à atuação do Ministério Público (quando deveria ser exatamente o contrário, atentando-se à *ratio* que avulta na Carta Magna).

Nesse passo, existe um entendimento no sentido de não ser possível alargar-se a legitimação ativa da ação popular por norma infraconstitucional, uma vez que a Carta Magna circunscreveu tal legitimação tão-somente ao cidadão.

Seguindo-se tal linha de raciocínio, veja-se o Acórdão abaixo transcrito:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Descabimento - Propositura pelo Ministério Público - Reparação de dano ocasionado ao patrimônio público por subvenções sociais - Objeto de ação popular - Decretada a carência da ação - Inteligência do artigo 5º, LXXIII, da CF.

Illegitimidade do Ministério Público, quando cabente eventual ação popular. Pedido impossível de condenação a reparar o dano, pagando aos cofres municipais. Mescla de ações injustificável.”¹²

Discordamos frontalmente de tal posicionamento, com a devida vênia. A uma, por existir expressa autorização legal nesse sentido – conforme já visto acima – e, a duas 12 TJSP - 7ª Câmara de Direito Público; Agravo de Instrumento nº 274.440-1/6 - Matão; Relator Desembargador Sérgio Pitombo; j. 18.03.96; maioria de votos.

porque, ante os princípios constitucionais do Livre Acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV) e da Moralidade Administrativa (art. 37, *caput*, da Carta Magna), verifica-se que todos os esforços possíveis dentro do ordenamento jurídico devem ser levados a efeito a fim de se proteger o erário, sob pena de uma indesejável negativa de jurisdição.

Nesse diapasão, não cabe restringir, mas ao contrário ampliar ao máximo as possibilidades de controle dos agentes e entes públicos.

Ainda quanto à questão da legitimidade, não nos parece que o legislador constituinte tenha restringido a tutela dos atos lesivos ao patrimônio público apenas ao particular através da ação popular. Quis, ao contrário, garantir que mesmo ante a possível inércia de todas as instituições (Tribunais de Contas, Ministério Público e a própria Administração Pública) pudesse o cidadão deduzir perante o Poder Judiciário sua pretensão no sentido de ver protegidos os cofres públicos, na condição inclusive de contribuinte, além de fomentar a educação política do povo, bem como o sentimento participativo.

Por outro lado, a recente Lei nº 8.429/92, que cuida das hipóteses de improbidade administrativa, prevendo sanções para os agentes públicos que pratiquem atos em desacordo com os princípios constitucionais administrativos, confere legitimação ao *Parquet* para atuar nesse sentido, ao lado dos próprios órgãos da Administração.

Visto este ponto, passemos à questão da intervenção do Ministério Público na ação popular.

O dispositivo mais tormentoso é o art. 6º, parágrafo 4º que assim dispõe:

“O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção de prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou de seus autores.”

Nesse passo, a doutrina se divide acerca da natureza jurídica da intervenção do *Parquet* na ação popular, havendo alguns autores, como JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, para os quais o Ministério Público exerce uma livre apreciação das matérias preliminares, não podendo, no entanto, no mérito, opinar pela improcedência do pedido (*op. cit.*).

Para PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, o Ministério Público é litisconsorte necessário do autor popular (art. 9º da Lei nº 4.717/65). (*apud* D’ANDRÉA FERREIRA).

Segundo SÉRGIO D’ANDRÉA FERREIRA, VÍCTOR CORREIA DE OLIVEIRA e HELY LOPES MEIRELLES o Ministério Público atua como *custos legis*, ou, nas palavras do último, como parte pública autônoma, podendo manifestar-se, a final, pela procedência ou improcedência do pedido.

Parece-nos ser mais acertada a última posição, já que, em razão da independência funcional inscrita em sede constitucional, o membro do *Parquet* se vincula a agir apenas de acordo com sua consciência e com a lei.

É certo que deve o Promotor de Justiça procurar apressar a produção das provas; deve perquirir acerca da responsabilização civil e penal (e também administrativa nos termos da já citada Lei nº 8.429/92), entretanto não está impedido de assumir a defesa do ato impugnado.

Obviamente, *assumir a defesa* não significa representar, já que se trata de função atípica da instituição, reservada hoje em dia às Procuradorias do Município, do Estado e também à Advocacia-Geral da União, a nível federal, porém o que está em questão é a valoração decorrente da livre apreciação da prova dos autos, bem como da matéria de direito envolvida, podendo o Ministério Público, inobstante a análise dos antecedentes lógicos do mérito, ou seja, as questões preliminares e prejudiciais, opinar pela improcedência do pedido.

Sempre válida a lição já consagrada de JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES, *in O Ministério Público no Processo Civil*, Forense, 1974, Rio de Janeiro:

“O Ministério Público assim interviém no processo para velar pela correta aplicação da lei de ordem pública e para realizar toda uma carga de atividades que as partes deveriam desenvolver mas, eventualmente, não desenvolvem, para impedir que o juiz, podendo suprir a inércia ou desinteresse da parte, não o faça, assegurando, efetivamente, sua neutralidade e equidistância. Faz o Ministério Público, em suma, aquilo que a parte deveria fazer, mas não o fez, e, aquilo que o juiz poderia fazer, mas não deve, aparecendo no processo como verdadeiro órgão de controle do interesse público, preocupado com a atuação da lei e com a relevante necessidade de garantir a mais estrita neutralidade do organismo jurisdicional. Este, o duplo fundamento da intervenção.”

Ainda nessa esteira, se o órgão do Ministério Público não for intimado, anula-se o processo desde a falta de sua intimação (arts. 84 e 246 do CPC aplicados subsidiariamente – art. 22 da Lei nº 4.717/65). Destarte, sua intervenção é obrigatória na ação popular (JRJESP 114/188).

Nesse passo, veja-se a seguinte ementa:

*“A Lei 4.717/65 assegura ao Ministério Público o acompanhamento da ação popular em todos os seus termos, permitindo-lhe, inclusive, requerer o prosseguimento da ação, se o autor dela desistir ou der motivo para absolvição da instância. Legítima, pois, a sua intervenção no feito, cuja extinção evitou, emendando a inicial para promover a citação da União Federal, ao invés da Secretaria da Receita Federal”.*¹³

Como bem anota o já mencionado VICTOR CORREA DE OLIVEIRA (*op. cit.*), a intervenção do *Parquet* deve se dar em todas as fases da ação popular, a saber, fase cautelar (art. 5º, parág. 4º), fase de conhecimento e fase de execução.

Aqui há dois pontos análogos que merecem ser considerados.

O primeiro diz respeito ao art. 9º da Lei nº 4.717/65, segundo o qual, na hipótese de desistência do autor fica assegurado ao membro do Ministério Público o prosseguimento da ação.

Não se vislumbre aqui a incidência do princípio da obrigatoriedade próprio da ação penal pública. Em outras palavras, o órgão ministerial não estará vinculado a promover a ação se não vislumbrar justa causa para a mesma. Tal ocorre, em primeiro

13 TRF 1ª Região, 2ª Turma, AI 0116885, DJ 06.05.91, p. 09474, Rel. Juiz Mario Mendes.

lugar, porque a legitimação é concorrente, podendo qualquer outro cidadão assumir o prosseguimento do feito, e, em segundo lugar, porque não consta da literalidade do dispositivo legal a expressão *prosseguirá* ou outra semelhante; apenas se possibilitou fazê-lo, sempre no intuito de proteger-se ao máximo o erário e os demais bens tutelados.

Por outro lado, a experiência mostra que é bem razoável o número de ações populares propostas sem qualquer fundamento, configurando-se como verdadeiras lides temerárias. Ora, não seria razoável exigir-se do Ministério Público, guardião da lei e da correta aplicação do direito, o prosseguimento obrigatório de tal feito. Isso seria ferir sua função constitucional básica.

O segundo ponto que merece destaque está contido no art. 16, *verbis*:

“Caso decorridos 60 dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 dias seguintes, sob pena de falta grave.”

Aqui, o contexto é outro. Além da lei utilizar um termo imperativo (“**promoverá**”), já existe decisão trânsita em julgado acerca do mérito da causa. Não pode o órgão ministerial recusar-se a promover a execução por entender incorreta a solução dada ao caso pelo Poder Judiciário.

Por fim, uma última questão: poderia o órgão ministerial, ao intervir no feito, aditar a petição inicial?

A jurisprudência vem respondendo afirmativamente a essa questão.

Nesse sentido, confira-se o julgado publicado na Revista do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Volume 105, página 316. Perfilhando o mesmo entendimento, citamos o seguinte acórdão:

*“AÇÃO POPULAR. Embargos Infringentes. Despacho Judicial determinando a emenda da petição inicial, para fazer incluir no pólo passivo da relação processual os beneficiários do ato impugnado. Neste caso, impunha-se a intimação pessoal do autor popular, o que não foi feito. Escoado o prazo assinado, a sentença abruptamente extinguiu o processo sem julgamento do mérito. **Impunha-se, ademais, a prévia intervenção do Ministério Público, que, no caso, até tem legitimidade para aditar a inicial.** Nestas condições, apresenta-se nula a sentença. Por isso, acolhem-se os presentes Embargos Infringentes, a fim de que prevaleça o V. Voto Vencido.” (grifos nossos)*

IV. Questões controvertidas

Nesta parte do trabalho, afora os tópicos já estudados, abordaremos o tratamento dado pela doutrina e jurisprudência a certos pontos estratégicos, muitas vezes polêmicos, no estudo da figura processual em questão, os quais dividimos em tópicos, por motivos didáticos.

1. Propositura de ação popular por pessoa jurídica

A questão já se encontrava pacificada através da Súmula nº 365 do S.T.F., anterior à Lei Nº 4.717/65, no sentido de que a pessoa jurídica não pode propor ação popular, eis que a mesma se funda essencialmente no direito político do cidadão.

2. Ação popular e mandado de segurança

A solução está contida na Súmula nº 101 do STF – O mandado de segurança presta-se a invalidar atos de autoridade ofensivos a direito individual ou coletivo líquido e certo; a ação popular destina-se à anulação de atos ilegítimos e lesivos do patrimônio público.

3. Ação popular e ação civil pública

A ação popular opera igualmente na defesa do meio ambiente, embora figure como um meio mais específico para o resguardo dos interesses difusos da sociedade a ação civil pública (Lei Nº 7347/85). Há, porém, distinções mais objetivas, nos seguintes termos :

A. quanto à legitimidade ativa: somente o cidadão pode ser autor da ação popular, enquanto a ação civil pública é prerrogativa do Ministério Público e das demais entidades mencionadas no art. 5º da Lei Nº 7.347/85;

B. quanto à legitimidade passiva: a ação popular se volta em princípio em face de entidade da Administração, além dos sujeitos mencionados nos arts. 1º e 6º da Lei da Ação Popular, enquanto qualquer pessoa pode ser ré na ação civil pública;

C. quanto à competência: a Lei nº 7.347/85 prevê a competência absoluta do local do dano, enquanto a competência *ratione loci* da ação popular obedece à regra geral do Código de Processo Civil ;

D. quanto ao pedido: segundo o art. 11 da Lei nº 4.717/65, uma vez julgado procedente o pedido na ação popular, serão condenados os responsáveis e beneficiários a perdas e danos, o que não ocorre necessariamente na ação civil pública.

4. Quanto à necessidade de assistência para que eleitor menor de 16 anos possa propor ação popular

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA (*op. cit.*), não é necessária a assistência. A Constituição Federal de 1988 impôs apenas o requisito de ter o autor a condição de eleitor; não se pode fazer qualquer limitação ao texto constitucional, sofrendo a regra dos arts. 8 e 37 do CPC derrogação em favor do menor eleitor.

Já no entendimento de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (*op. cit.*), deve prevalecer o suprimimento da incompetência relativa do indivíduo, limitada em seu próprio interesse a certos atos da vida civil, o que não interfere na sua condição de cidadão.

Esposamos a segunda corrente, na medida em que a cidadania e o exercício do direito de ação, decorrência da primeira, são situações distintas, devendo ser observadas, na ausência de dispositivo legal expresso, as regras atinentes à assistência; a cidadania diz respeito à legitimidade para a causa, enquanto a capacidade civil é pressuposto para a regular formação da relação processual.

5. “A competência para processar e julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, inclusive daquelas que, em mandado de segurança, estão sob a jurisdição desta Corte originariamente, é do Juízo competente de quanto ao pedido: segundo o art. 11 da Lei nº 4.717/65, uma vez julgado primeiro grau de jurisdição”(STF, Petição nº 194 em AgRg-SP, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 121/17, 18.2.1987).

Como declarou o Min. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES nas razões de seu voto, na interpretação literal do art. 119 da Carta de 1967-69 (correspondente ao art. 101, da vigente Carta Federal), a ação popular proposta contra o Presidente da República fica excluída da competência constitucional da Suprema Corte, que se restringe ao Mandado de Segurança impetrado contra ato da mesma autoridade.

Embora transformado numa noção assente, tal posicionamento merece censuras, a nosso ver, devendo, *de lege ferenda*, ser reformado, em consonância com o foro privilegiado necessário ao pleno exercício das funções governamentais e decisórias dos agentes políticos. Não pode o primeiro magistrado da nação, uma vez condenado ao pagamento de perdas e danos numa ação popular, vir a ser responsabilizado pelos padrões comuns, na obediência do mesmo princípio inspirador daquela regra constitucional.

6. Determina o Art. 6º da Lei nº 4.717/65 o litisconsórcio passivo necessário entre as autoridades, funcionários e administradores responsáveis pelo ato impugnado, bem como as que, por omissas, houverem dado oportunidade e, finalmente, os beneficiários diretos do mesmo. Vejamos, sobre o tema, os seguintes excertos jurisprudenciais:

“Ação popular. Citação dos membros da Câmara Legislativa Municipal que participaram da elaboração do ato impugnado. Litisconsórcio necessário” (RSTJ 30/378).

“(...) No processo da ação popular, identificados os autores da demanda, os beneficiários dos atos que se inquinam de lesivos ao patrimônio municipal, estes terão de ser citados para compor a relação processual, sob pena de nulidade.

.....
Sendo o beneficiário litisconsorte necessário do ato que se pretende ineficacizar, é nulo, ab initio, o processo em que não foi citado para o contraditório e defesa, podendo essa nulidade ser postulada pelo Ministério Público” (STJ, RE 13.493-0-RS, 1ª.T., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 24.6.92, RSTJ 43/332).

7. Embora qualquer cidadão tenha legitimidade para propor ação popular, para que ingresse no feito como litisconsorte ou assistente do autor deverá provar seu interesse processual (RT 635/206).

8. O autor, na ação popular, é substituto processual do poder público. Como este não está sujeito a prestar caução na execução provisória, o mesmo ocorre com o autor. (RTJESP 93/234).

9. Em segunda instância, é obrigatória a remessa dos autos ao revisor, nas apelações em ação popular (2ª T. do STJ - RE 5753-RS, 1990).

10. Acerca da controvérsia existente quanto à aplicabilidade do artigo 9º da Lei da Ação Popular, veja-se o Acórdão abaixo transcrito:

“Se a desistência da ação popular ocorre antes de constituída a relação processual, com a citação válida dos réus, correta é a decisão que a homologou, pondo fim ao processo, mesmo que o Art. 9º da Lei Nº 4.717 de 1965, não foi violado, uma vez que a sua finalidade será cumprida no julgamento das demais ações propostas contra os mesmos réus, impugnando os mesmos atos considerados lesivos ao patrimônio público e/ou à moralidade administrativa” (TRF 1ª Região, Ac. Unân. 1ª Turma, DJ 16.9.93, Ap. Civ. 90.01.01.869-6, Rel. Juiz Plauto Ribeiro) (grifos nossos)

Com a devida vênia, tal decisão é nula, eis que inobservou formalidade essencial, no tocante à exigência de publicação dos editais de chamamento dos interessados, em caso de desistência.

O fim da norma do art. 9º é justamente impedir manobras pelas quais o autor popular se valesse da possibilidade de desistir da ação como instrumento de pressão em face da Administração Pública, para dela arrancar vantagens ilegítimas, em troca da extinção do processo (Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p. 118).

11. Ação popular e férias forenses

Segundo HELY LOPES MEIRELLES (*op. cit.*, pág. 103), a ação popular não se processa em período de férias, pois está sujeita às regras do procedimento ordinário. Entretanto, se houver pedido de liminar, deverá ser este apreciado mesmo em férias forenses, pois tem natureza análoga à dos atos necessários à conservação de direitos (CPC, art. 174, I) e, mais do que isso, de preservação do patrimônio público, que é a sua função primordial.

12. O recurso cabível da decisão que aprecia o pedido de liminar

Anteriormente ao advento da Lei Nº 8.437/92, que trouxe uma maior luminosidade à matéria, registrou-se certo dissenso doutrinário, no tocante ao cabimento do agravo de instrumento ou do pedido de cassação ao Presidente do Tribunal competente para o recurso de mérito em face da decisão que aprecia o pedido de liminar, na falta de um texto legal que desse tratamento específico ao problema.

Na nova disciplina legal, a concessão de liminar na ação popular tornou-se certamente mais restritiva, excluída a possibilidade de ter aquela medida caráter satisfativo: “Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação” (art. 2º, parágrafo 3º).

De se notar, nesse passo, que não foram poucos os que se levantaram contra a aplicação deste dispositivo ante os exatos termos do Inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Por outro lado, o artigo 4º da Lei 8.347/92 atribuiu ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, competência para suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o poder público, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde e à segurança públicas.

Uma vez suspensa a liminar (parágrafo 3º do art. 4º), cabe agravo regimental, no âmbito do Tribunal.

De se salientar, entretanto, que a sistemática das medidas liminares concedidas em desfavor da Fazenda Pública foi nova e recentemente alterada pela Medida Provisória nº 1.570/97, editada em 26 de março de 1997 (Publicada no Diário Oficial da União em 27 de março de 1997).

Com efeito, assim dispõe o artigo 2º do referido diploma:

“Art. 2º. O art. 1º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

§ 4º. Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória.”

Ocorre que, como nos dá notícia o Informativo nº 67 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, julgando medida cautelar em ação direta ajuizada pelo Partido Liberal contra tal Medida Provisória, o Tribunal deferiu, em parte, a liminar para suspender a vigência do supramencionado artigo 2º.

Ainda segundo aquela publicação:

“Os Ministros Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Néri da Silveira deferiram a liminar por considerarem que o dispositivo, tal como redigido, poderia restringir o acesso ao Poder Judiciário, com ofensa, à primeira vista, ao art. 5º, XXXV da CF/88 (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”), e os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence a concediam por entenderem que não haveria urgência a justificar a edição da Medida Provisória. Vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator), Nelson Jobim, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, ao argumento de que o sistema processual brasileiro já contempla normas que facultam ao magistrado a exigência de caução (p. ex.: art. 804 do CPC), e cuja inconstitucionalidade jamais foi declarada.” (Cf. Informativo nº 67 do Supremo Tribunal Federal, obtido na Internet, no “site” www.stf.gov.br).

Como se vê, em termos de ação popular, nenhum efeito concreto adveio do artigo 2º da Medida Provisória nº 1.570/97, eis que esse dispositivo teve sua vigência suspensa por decisão em caráter provisório do Pretório Excelso.

13. A ação popular não é necessariamente uma ação contra a Fazenda Pública

Pela norma do art. 6º, parágrafo terceiro, da Lei Nº 4.717/64, a administração e o cidadão valoram do mesmo modo o ato impugnado, manifestando, portanto, o mesmo interesse no seu desfazimento.

Por via de conseqüência, salta aos olhos a desconformidade entre a relação formal que se estabeleceu com a citação – opondo o cidadão, como autor, à administração, como ré –, e a relação substancial que os alia na perseguição de fim comum. A norma visa corrigir aquela desconformidade, podendo a administração assumir no processo a posição de litisconsorte ativo, percebendo-se na citação um caráter interpelativo: é como se o autor convidasse a administração a definir-se, sem que *a priori* se possa saber em que sentido virá a definição (Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A Administração Pública e a Ação Popular”, in “Revista de Direito do Ministério Público da Guanabara”, Vol. 2, 1967).

14. Prescrição

Alude o Art. 21 da Lei da Ação Popular, com discutível propriedade, ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a propositura daquele remédio constitucional, fluindo a partir da prática do ato lesivo.

No caso da lei despida de efeitos concretos mas que traduz uma autorização para a prática do ato administrativo apontado como lesivo, que dá execução à mesma lei, consiste o termo inicial para a contagem da prescrição no mesmo ato, e não na edição daquela lei, a qual não chegou a complementar a lesividade exigida (STJ, RE 1002, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 6.6.1990, in “Revista de Direito Administrativo”, Volume 187, página 268).

V. Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Desvio de Poder*, in Revista de Direito Público, Volume 89, Página 24.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Administração Pública e a Ação Popular*, in “Revista de Direito Público do Estado da Guanabara”, Nº 2, 1967.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro*, in Revista Forense, Vol. 276, pág. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual - 1ª Série*, São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos”, in “Revista Forense”, Volume 268, página 67.

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1991.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- OLIVEIRA, Victor Corrêa de. "A Intervenção do Ministério Público na Ação Popular", in "Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul", Volume 36, página 267.
- PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *A Atuação do Ministério Público na Área Cível*, Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. Ed. RT, São Paulo, 1987.
- PRADE, Péricles. *Ação Popular, Recurso Extraordinário e Arguição de Relevância em face da Emenda Regimental 2/85 do STF*, in "Revista dos Tribunais", Volume 607, página 13, 1986.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ação Popular como Instrumento de Participação Política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel de. "Da Ação Popular", in "Revista de Direito Administrativo", Volume 6, página 1.
- SILVA, José Afonso da. *Da Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- THEODORO JR., Humberto. "A Tutela dos Interesses Coletivos no Direito Brasileiro", in "Revista Forense", Volume 318, página 45.

*Publicado originalmente na Revista nº 6 jul./dez. 1997, p. 66.

NOTAS SOBRE O OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

HUGO NIGRO MAZZILLI*

Sumário: 1. Introdução. 2. O parágrafo único do art. 1º da LACP. 3. A tutela coletiva como direito fundamental. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1) Introdução

O que pode ser pedido numa ação civil pública, ou seja, qual o bem jurídico que pode ser buscado no processo coletivo?

Inicialmente, a Lei n. 7.347/1985 – a Lei da Ação Civil Pública (LACP) – objetivava a defesa do meio ambiente, do consumidor e do chamado patrimônio cultural, que são os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Desde o projeto legislativo de que se originou a LACP (PL n. 4.984/85, da Câmara dos Deputados), buscara-se proteger mais uma hipótese, esta última de caráter residual, isto é, a tutela de “qualquer outro interesse difuso” (art. 1º, IV). Quando da sanção da LACP, porém, esse inciso foi vetado pelo Presidente da República sob o fundamento de que a ampliação traria “insegurança jurídica, em detrimento do bem comum, que decorre da amplíssima e imprecisa abrangência da expressão *qualquer outro interesse difuso*”; assim, sugeriu o veto a necessidade de que “a questão dos interesses difusos, de inegável relevância social, mereça, ainda, maior reflexão e análise. Trata-se de instituto cujos pressupostos conceituais derivam de um processo de elaboração doutrinária, a recomendar, com a publicação desta Lei, discussão abrangente em todas as esferas de nossa vida social”.

Na verdade, mais sinceras tivessem sido as razões do veto, teriam aludido não só às pressões de grupos interessados até mesmo no veto total, como ainda e principalmente ao temor que repentinamente sentiu o chefe do Executivo, posto autor do próprio projeto, ao acordar para o fato de que uma tutela coletiva assim ampla poderia acabar voltando-se contra atos de governo...

Aquilo que o Presidente da República negou à sociedade em 1985, foi, porém, dado pelo constituinte de 1988. Com a abertura democrática e novos ventos na República, apenas três anos depois do veto, a própria Constituição passou a permitir o uso da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente “e de outros interesses difusos e coletivos”, sem conferir ao Ministério Público exclusividade nessa defesa (art. 129, III, e § 1º). Dois anos mais tarde, com o advento do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/1990 –, deu-se necessariamente cumprimento ao mandamento constitucional. Foi, então, consequência lógica que se reintroduzisse na LACP a norma de extensão antes vetada, para permitir a defesa, por meio da ação civil pública, de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (art. 1º, IV, da LACP).

* Professor Emérito da Escola Superior do Ministério Público de S. Paulo.

Esse dispositivo – que tecnicamente é o que se chama de norma residual ou de encerramento, destina-se a alcançar hipóteses rebeldes a uma previsão específica do legislador. Por óbvio, uma norma dessa natureza só poderia fechar o rol de interesses que podem ser objeto da ação civil pública. Entretanto, por absoluta falta de técnica, outras leis supervenientes acrescentaram novas hipóteses de cabimento da ação civil pública, inserindo alguns incisos *depois da norma de encerramento*... Ficou risível, como se disséssemos que nesta casa podem entrar todas as pessoas, e, além delas, também João e Maria... De qualquer forma, *além de caber ação civil pública para a defesa de qualquer outro interesse difuso ou coletivo*, passou também a caber o uso da mesma ação para combater infração à ordem econômica e à ordem urbanística (Lei n. 8.884/1994, art. 88; Lei n. 12.529/2011, art. 117; Lei n. 10.257/2001, art. 53; Med. Prov. n. 2.180-35/2001, art. 6º)...

A par disso, outras leis avulsas se remeteram à tutela coletiva da LACP, como o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n. 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), a lei de proteção à pessoa com deficiência (Lei n. 7.853/1989), a lei de defesa dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei n. 7.913/1989), o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003).

Podemos, assim, dizer que hoje há todo um sistema de tutela coletiva no País.

Depois de alguns anos de vigência da LACP e do CDC, logo se percebeu que as ações civis públicas e coletivas às vezes se voltavam contra atos de governo (como em matéria ambiental ou de improbidade administrativa), e conseqüentemente o governante começou, sempre por meio de medidas provisórias, a procurar restringir o objeto ou os efeitos da tutela coletiva. Dessa índole foram a Med. Prov. n. 1.570/97 (que procurou restringir o alcance da coisa julgada coletiva, tentando limitá-lo à competência territorial do juiz prolator da sentença) e as de n. 1.984/20-2000, 2.102/26-2000 ou n. 2.180-36/2001 (que procuraram limitar o objeto da ação civil pública), ou até mesmo a Med. Prov. n. 2.088-35/2000 (que, de forma teratológica, instituiu reconvenção nas ações civis públicas de improbidade administrativa, para que a autoridade ré pudesse reconvir contra o membro do Ministério Público que a acionasse, embora este, pessoalmente, sequer fosse parte na ação principal...)¹

Assim, tanto essa sucessiva imposição de restrições ao efetivo uso e alcance das ações civis públicas, como esse processo intimidativo contra os agentes do Ministério Público (que são, na prática, aqueles que propõem a larga maioria das ações coletivas no País) – tanto uma coisa como outra visavam claramente a esvaziar o objeto da tutela coletiva, ou, pelo menos, a diminuir sensivelmente os embaraços que os governantes estavam a encontrar, mesmo quando de seus abusos em pacotes econômicos ou em seus desvios da legalidade que deveria nortear os atos da Administração – o que não tem sido nada raro, infelizmente, em nosso País.

2) O parágrafo único do art. 1º da LACP

A questão de que queremos nos ocupar neste momento diz mais especificamente respeito ao famoso parágrafo único do art. 1º da LACP, também introduzido por medidas provisórias, sucessivamente reeditadas, que dizem o seguinte: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam

¹ Neste último caso, o escândalo foi tal, que esse absurdo foi revogado pelo próprio governo menos de um mês depois, pela Med. Prov. n. 2.088-36/2001...

tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.” (Med. Prov. n. 1.984/20-2000 e s.; Med. Prov. 2.102/26-2000 e s.; Med. Prov. n. 2.180-35/2001, art. 6º). Como se trata de medidas provisórias anteriores à Emenda Constitucional n. 32/2001, não se submeteram à perda de eficácia mesmo não convertidas em lei no prazo devido... e, muito provavelmente, jamais serão apreciadas pelo Congresso Nacional...

Ora, causa espécie que esse parágrafo único – ilegitimamente editado sem os pressupostos constitucionais de urgência e relevância, e que nunca foi nem será submetido efetivamente ao crivo do Poder Legislativo – causa espécie que os tribunais ainda não se tenham detido mais intensamente sobre ele. Vamos dizer, com outras palavras, o que quer dizer esse parágrafo único. Depois de ter o *caput* do artigo assegurado que caberia ação civil pública não só para diversas hipóteses expressas (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem econômica e ordem urbanística), mas também para a defesa residual de *quaisquer outros interesses difusos e coletivos*, – veio o governo a editar medida provisória e dizer: tudo bem, cabe ação civil pública para tudo isso, *menos* se o objeto da ação envolver tributos, contribuições previdenciárias, FGTS ou outros fundos etc. (Med. Prov. n. 1.984-19/2000). Cabe lembrar que, às vésperas de editar essa medida provisória, o governo acabava de assistir, contrariado, ao posicionamento majoritário do STF que dava correção monetária a depósitos do FGTS aos poucos trabalhadores do Rio Grande do Sul que se dispuseram a ajuizar uma ação individual a respeito; assim, o governo não teve pejo em dizer, pelo caminho fácil da medida provisória, que não admitiria ação civil pública para veicular pretensões que envolvessem o FGTS... e aproveitou também o papel ao proibir seu uso para discutir tributos e outras matérias sobre as quais o governo não tinha interesse algum que houvesse prestação jurisdicional coletiva.

Não fosse a Emenda Constitucional n. 32/2001 ter imposto algum limite ao abuso na edição de medidas provisórias, com certeza estaríamos vendo até hoje sucessivas medidas provisórias alargando, de acordo com as necessidades do momento, o rol de vedações para o uso da ação civil pública em matérias desconvenientes ao governo...

Teria sido mais honesto que o governo dissesse, sem pejo: não cabe ação civil pública contra mim...

Sob o aspecto técnico, vejamos qual foi o problema trazido pelo malfadado parágrafo único do art. 1º da LACP.

Como está redigido, é o mesmo que ele dissesse: não se admitirá tutela coletiva em matéria que envolva tributos, contribuições previdenciárias, FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Nesses casos, depreende-se da norma, quem quiser recorrer ao Poder Judiciário, que o faça por meio de ações individuais, pois, diz a medida provisória, aí está proibida a tutela coletiva.

3) A tutela coletiva como direito fundamental

Poderia uma lei infraconstitucional proibir a tutela coletiva nos casos que ela eleja como desconvenientes ao governo?

Esse é fulcro da questão.

O art. 5º da Constituição está situado expressamente entre os direitos e deveres *individuais e coletivos*. Suponhamos uma lei que dissesse assim: art. 1º, cabe ação individual de perdas e danos, nas seguintes hipóteses – seguindo-se o rol correspondente; art. 2º, fica proibido o uso de ação individual nas hipóteses que envolvam tributos... O que achariam os tribunais de uma lei assim? Acaso algum tribunal do País deixaria de reconhecer que essa lei está negando acesso à jurisdição? Acaso um único tribunal do País deixaria de proclamar sua inconstitucionalidade? Afinal, é garantido o acesso individual à jurisdição, que não pode ser impedido pela lei infraconstitucional. Todos sabem disso: a lei não pode negar o acesso à jurisdição: esse acesso é direito e é garantia. Mas... onde está esse acesso garantido? No art. 5º, XXXV, da Constituição. Mas esse é o mesmo artigo que garante acesso tanto individual como coletivo à jurisdição, pois hoje o acesso à jurisdição não mais é apenas uma garantia individual – como o era nas Constituições anteriores. Hoje é garantia tanto individual como coletiva – é o que assegura a Constituição, em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º). Engana-se, pois, quem pense que o art. 5º só cuida de direitos *individuais*: nele, é certo, há inúmeras normas claramente destinadas à proteção de direitos individuais, como é o caso do direito à privacidade (inc. X) ou à inviolabilidade de domicílio (inc. XII); contudo, nele coexistem inúmeras normas expressamente destinadas à tutela coletiva, como o direito de reunião e associação (incs. XVI a XXI) ou o mandado de segurança coletivo (inc. LXX); e nele ainda há normas bifrontes, que tanto se prestam à defesa de direitos individuais como coletivos, como aquela que garante o acesso à jurisdição, o qual tanto pode ser individual como coletivo (inc. XXXV). E, para reforçar essa conclusão, a Constituição ainda faz expressa menção à possibilidade de as associações civis (art. 5º, inc. XXI), os sindicatos (art. 8º, III), o Ministério Público (art. 129, III) e as comunidades indígenas (art. 232) defenderem direitos e interesses coletivos, de grupos, classes ou categorias de pessoas! São direitos fundamentais, que não podem ser suprimidos nem mesmo por emenda à Constituição!

Assim, como é que ouisa uma lei ordinária, menos até do que isso, uma medida provisória, que sequer foi nem será efetivamente votada pelo Congresso, como ouisa ela vedar uma garantia coletiva de caráter constitucional, que é o acesso coletivo à jurisdição, sob a pífia desculpa de que não o está vedando, pois que o processo individual continua garantido?!

Ora, tanto o acesso individual como o acesso coletivo à jurisdição são direito e garantia constitucionais. Por isso, tanto é inconstitucional vedar um como vedar o outro. A única diferença entre ambos é que a tutela coletiva é uma novidade no nosso Direito, e uma parte dos operadores do Direito ainda não está familiarizada com ela. O art. 153 da Carta de 1969, o art. 150 da Constituição de 1967, o art. 141 da Constituição de 1946, o art. 122 da Carta de 1937, o art. 113 da Constituição de 1934, o art. 72 da Constituição de 1891 e o art. 179 da Carta de 1824 – cuidavam da garantia de acesso *individual* à jurisdição – essa era a concepção da época. Contudo, depois da revolução provocada pelo advento da tutela coletiva de direitos – revolução esta iniciada com os trabalhos de Mauro Cappelletti na Europa, na década de 1970 –, o acesso coletivo à jurisdição passou a merecer tratamento também entre nós, especialmente a partir da década de 80 (LACP). Assim, quando veio a Constituição de 1988, ela já recebeu as luzes do processo coletivo, ao qual fez várias referências, tanto na ação das associações (art. 5º, XXI), como dos sindicatos (art. 8º, III), do Ministério Público (art. 129, III) e das

comunidades indígenas (art. 232). Foi por isso que o art. 5º da Constituição de 1988 não mais se insere entre as normas referentes à proteção apenas de direitos *individuais*; agora, a Constituição não mais cuidava apenas de direitos e garantias individuais, e sim de *direitos e deveres individuais e coletivos*. Assim, quando o art. 5º, XXXV, inserido no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos – quando esse dispositivo constitucional diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ele *não* está falando em “lesão ou ameaça a direito individual”, e *sim* está falando “em lesão ou ameaça a direito”, alcançando, pois, tanto a proteção a direito individual como coletivo. A norma está, portanto, a criar um limite intransponível para o legislador infraconstitucional não só em matéria de acesso individual como de acesso coletivo à jurisdição: *está garantido o direito de acesso à jurisdição – tanto o acesso individual como o acesso coletivo*. A verdade, porém, é que muitos operadores do Direito, aí incluídos os tribunais, ainda não se deram conta, na plenitude, de que tanto o acesso individual como o acesso coletivo agora são garantias fundamentais que não podem ser vedadas pela lei.

Se eu pudesse proibir o acesso coletivo à jurisdição, nos casos que eu, governante, não quisesse, então eu também poderia proibir o acesso individual, pois a norma de garantia é a mesma. Se eu não posso proibir o acesso individual à jurisdição, também não posso proibir o acesso coletivo. E o inverso também é verdadeiro.

E mais: a proibição ao acesso coletivo também é uma verdadeira denegação de acesso à Justiça, até mesmo de acesso individual. Senão vejamos. Milhares de lesões individuais ficariam sem a mínima proteção judicial se exigíssemos que sua defesa ficasse limitada ao acesso individual. Os custos do processo individual, a certeza do advento de decisões contraditórias mesmo em situações individuais homogêneas, a pequena expressão do dano individual posto enorme o dano coletivo – tudo isso deixaria milhares, em muitos casos milhões de lesados sem efetivo acesso à Justiça – como, aliás, ocorre a cotio. Basta lembrar o que ocorreu tantas vezes e continua ocorrendo em nosso País, como no caso das lesões causadas pelo *Plano Collor* e em tantos outros pacotes econômicos que lesaram milhares e milhões de cidadãos, sem qualquer reação à altura dos tribunais, principalmente dos mais altos deles.

A lei pode estabelecer requisitos, como de capacidade, legitimação, interesse processual para comparecer em juízo. Sim. Mas não pode pura e simplesmente proibir o acesso, como o faz o parágrafo único do art. 1º, da LACP.

É notório que os tribunais têm tardado em reconhecer o direito ao acesso coletivo à jurisdição. A título de exemplo, lembremos que o Tribunal Superior do Trabalho por muitos anos negou aos sindicatos o acesso coletivo como substitutos processuais (Súm. 310, depois revogada); o Supremo Tribunal Federal não admitiu ação coletiva contra o *Plano Collor*, e lhe custou admitir pudesse o Ministério Público defender coletivamente os consumidores; o Superior Tribunal de Justiça hesitou muito, antes de sumular o entendimento de que o Ministério Público pode ajuizar ação civil pública para defender o patrimônio público – apesar de isso estar escrito com todas as letras na Constituição; os tribunais cordatamente até hoje não têm aceitado ações coletivas em matérias que envolvam tributos...

Ora, que valor tem uma lei infraconstitucional que proíba que o Ministério Público, os sindicatos, as associações, os índios e suas comunidades tenham acesso coletivo à jurisdição, quando é a própria Constituição que lhes assegura esse acesso?!

Assim, todos eles, e mais quaisquer outros legitimados à tutela coletiva, como a Defensoria Pública — não podem ser impedidos de ter acesso à Justiça naqueles casos que não interessem aos governantes; não podem ser impedidos de terem acesso coletivo à Justiça, nem mesmo em matérias que envolvam tributos, contribuições previdenciárias ou fundos, nos quais os lesados possam ou não ser identificados individualmente. O governante faz leis desse jaez, e conta com o beneplácito dos mais altos tribunais, de composição política, para impedir o acesso coletivo à jurisdição, e, assim, também inviabilizar o acesso individual, pois que, na maioria das vezes, este sequer é procurado, preferindo os lesados abandonar a defesa de seus direitos a seguir a *via crucis* de um processo individual oneroso, aleatório e, frequentemente, lento de não se lhe ver o fim em vida. Que justiça é essa?

Pois foi para permitir uma prestação jurisdicional *eficaz* que surgiu o processo coletivo, único caminho efetivamente viável para solucionar conflitos de massa. Não basta que a Constituição assegure acesso à Justiça: para que essa garantia seja real, é preciso que o acesso seja *eficaz*. E essa é a função do processo coletivo: centralizar numa única ação a defesa de todo um grupo, uma classe ou categoria de lesados, permitindo que o julgamento de procedência beneficie a todos.

É muito importante que nós nos insurjamos contra o parágrafo único do art. 1º da LACP, pois a tutela coletiva é uma moderna conquista de cidadania, da mais alta expressão. Ela é hoje o único meio eficaz de acesso à Justiça, pois o acesso individual é simplesmente inexistente em questões de larga abrangência social.

Imaginem um tributo cobrado inconstitucionalmente anos a fio... uma correção monetária indevida, calculada em prejuízo dos trabalhadores nos milhões de contas do FGTS, um pedágio ilegal, um “empréstimo” compulsório jamais devolvido, reajustes ilegais de pensões previdenciárias... Reparações individuais seriam letra morta. A grande massa da população ficará sem acesso à jurisdição se só lhe for viabilizada a tutela individual. Pois é *exatamente com isso* que contam os governantes, nos casos em que não lhes convenha a tutela coletiva... *Et pour cause...*

Tomemos um exemplo concreto. Na década de 90, em São Paulo, a Prefeitura Municipal cobrou, anos a fio, um imposto progressivo na transmissão de bens imóveis (ITBI). Nesse caso específico, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já tinha decidido, há anos, ser inconstitucional a cobrança progressiva como vinha fazendo a Municipalidade. Pois bem, mesmo depois disso, e posto tivesse o plenário da maior corte constitucional rejeitado a cobrança, a Prefeitura paulistana continuou, por quase uma década, a cobrar o acréscimo inconstitucional. Atitude como essa constitui violação da ordem jurídica e quebra da moralidade administrativa definida em lei, ou seja: nesse caso, o administrador está violando os deveres de lealdade e de honestidade exigidos na ordem legal, porque, na prática, vai conseguir com que muitos paguem o que não devem e não repitam o indébito, porque desistirão de recorrer a uma Justiça excessivamente formalista e morosa (o que é outra imoralidade, ainda maior), e arcarão com um prejuízo indevido e injusto; vai ainda conseguir que outros, ainda que mais abonados e preferindo demandar, tenham de percorrer um processo longo e tortuoso, para talvez obter uma vitória que lhes custará muitos anos e recursos desnecessários. Muito bem, enfim, a lei inconstitucional foi revogada. Mas o que se recolheu indevidamente, recolhido ficou. E ponto final.

Satisfeitos, ministros e administradores responderiam: mas foi garantido o acesso *individual* à jurisdição. Retrucamos: onde estão as ações individuais?

4) Conclusão

Como já temos tido oportunidade de lembrar,² sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática. Mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deve ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo lesado.³

É por isso que, na tutela coletiva, preponderam os princípios de economia processual (enquanto na tutela coletiva se discute numa só ação o direito de todo o grupo, classe ou categoria de pessoas, já na defesa individual, as ações judiciais dos lesados ficam pulverizadas, o que normalmente enseja julgamentos contraditórios, com grande desprestígio para a administração da Justiça, pois indivíduos em idêntica situação fática e jurídica acabam recebendo soluções díspares; essas incoerências, aliadas às despesas do processo, levam muitos lesados a abandonar a defesa de seu direito e desistir do acesso individual à jurisdição).⁴

Assim, quando o governante edita uma medida provisória, cujo único fim é impedir o acesso coletivo à jurisdição nas questões que não interessam ao governo, está claro que está inviabilizando o próprio acesso à Justiça, pois que o processo individual não se presta à tutela *eficiente* de direitos transindividuais, compartilhados por grupo, classe ou categoria de lesados.

É necessário reagir contra esse estado de coisas, que tão seriamente nega o exercício de direitos fundamentais!

5) Referências bibliográficas

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo – meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, p.50-1, 25ª ed., Saraiva, 2012.

VILLONE, Massimo. La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso, em *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milão, Giuffrè, 1976.

WATANABE, Kazuo. *Juizado especial de pequenas causas*, p. 2, Revista dos Tribunais, 1985.

*Publicado originalmente na Revista nº 46 out./dez. 2012, p. 69.

2 V. nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo – meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, p. 50-1, 25ª ed., Saraiva, 2012.

3 Massimo Villone, *La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso*, em *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milão, Giuffrè, 1976.

4 Trata-se do fenômeno da *litigiosidade contida*, de que falava Kazuo Watanabe, em *Juizado especial de pequenas causas*, p. 2, Revista dos Tribunais, 1985.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A AÇÃO POPULAR

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA*

1. Será a ação popular uma ação *contra* a Fazenda Pública? Ao contrário do que possa à primeira vista parecer, a questão é de relevante interesse prático. Teve de enfrentá-la, em tema de prescrição, o Supremo Tribunal Federal, antes do advento da Lei n.º 4.717, de 29-6-1965. Invocara-se a norma do art. 178, § 10, inciso VI, do Código Civil, que alude a “tôda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal”, fixando em cinco anos o prazo prescricional. A Côrte, em Acórdão relatado por seu atual Presidente, o Ministro *Luiz Gallotti*, negou a incidência da regra no caso, assentando a tese de que enquanto lei especial não dispusesse em contrário, a prescrição era a ordinária, regulada no art. 177.¹

Hoje existe lei especial, já mencionada, cujo art. 21 estatui: “A ação prevista nesta lei prescreve em cinco anos”. Mas ainda interessa examinar o problema à luz dos princípios, fazendo abstração dela. Com efeito, segundo a jurisprudência dominante em nossos tribunais, a lei que reduza prazo prescricional em curso, se o novo prazo fixado é menor do que aquele que faltava, pela lei antiga, para a consumação da prescrição, aplica-se imediatamente, mas *só a partir de sua entrada em vigor*.² Ora, se antes da Lei n.º 4.717 a prescrição era a ordinária, ao iniciar-se a sua vigência, fluíam sem dúvida inúmeros prazos prescricionais com resto superior a um quinquênio: é o que se dava em tôdas as hipóteses de atos praticados pelas pessoas jurídicas de direito público (ou pelas de direito privado que àquelas, para tal fim, se equiparassem, nos termos do art. 141, § 38, da Constituição ab-rogada) *havia menos de quinze anos*. Assim, em semelhantes casos, a prescrição somente se consumará em 1970.

A diferente resultado haveria de chegar quem entendesse aplicável o art. 178, § 10, inciso VI, do Código Civil. Nessa perspectiva, a Lei n.º 4.717 não teria modificado o prazo prescricional; portanto, mesmo em relação aos atos praticados menos de *cinco* anos antes de sua entrada em vigor, a prescrição consumir-se-á normalmente, com o decurso do quinquênio, sem que o advento do diploma específico exerça aí qualquer influência. Para o ato datado, por exemplo, de 31 de dezembro de 1960, a consumação já terá ocorrido, em 31 de dezembro de 1965.

2. Determina o art. 6.º da Lei n.º 4.717 que a ação popular seja proposta “contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1.º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo”. Subordina-se o dispositivo à rubrica “*Dos sujeitos passivos da ação e dos assistentes*”. Por menos decisivo que seja o argumento *ad rubricam*, a simples leitura do texto basta para patentear que a posição inicialmente assumida no processo pela Administração pública é, com certeza, a de *ré*, ou antes a de *co-ré*, em litisconsórcio necessário com as outras pessoas arroladas. Confirma-o

* JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJRJ.
1 V. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 48, pág. 333. Em doutrina, a mesma opinião fôra manifestada por PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, *A ação popular constitucional*, Rev. citada, vol. 38, págs. 18/9.
2 V. os Acórdãos citados por BRENO FISCHER, *A prescrição nos tribunais*, vol. III, págs. 51 e segs.; vol. III, págs. 11 e segs.

o teor do § 2º do mencionado dispositivo: “No caso de que trata o inciso II, item *b*, do art. 4º, quando o valor real do bem fôr inferior ao da avaliação, citar-se-ão *como réus, além das pessoas públicas* ou privadas e entidades referidas no art. 1º, apenas os responsáveis pela avaliação inexata e os beneficiários da mesma”.

Reza, entretanto, o § 3º: “A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, *ou poderá atuar ao lado do autor*, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”. Aí já se depara uma figura interessante: à Administração, citada como ré, faculta-se mudar *de posição no processo*, assumir a de *litisconsorte ativo* – que a tanto equivale “atuar ao lado do autor” –, com tôdas as conseqüências práticas que necessariamente implica êsse deslocamento. Por isso, embora o art. 19 não a inclua *expressis verbis* entre as pessoas legitimadas a recorrer da sentença que julgue improcedente a demanda ou declare o autor carecedor de ação – pois, como resulta do sistema da lei (v., sobretudo, o art. 6º, § 4º, *fine*), o “Ministério Público”, aí, não é o corpo de representantes judiciais da Fazenda –, não se pode recusar a esta, logicamente, tal legitimação.³

Há mais. Consoante o art. 11, a sentença que concluir pela procedência do pedido deve condenar os responsáveis pela prática do ato e os respectivos beneficiários à reparação das perdas e danos. Não se trata aqui das eventuais perdas e danos que o ato haja causado *ao autor popular*. É claro que isso pode ter ocorrido: ao cidadão pessoalmente atingido em seu patrimônio por ato *também lesivo ao patrimônio público* não se há de negar a possibilidade de demandar-lhe a anulação ou a declaração de nulidade por via da ação popular. Mas não lhe será lícito pleitear, através dela, a satisfação do *seu* direito patrimonial lesado. Agirá êle *como qualquer outro cidadão poderia* agir, com abstração das repercussões do ato em sua esfera jurídica pessoal. A indenização a que se refere o art. 11 é, pois, a dos prejuízos sofridos *pela entidade pública* (ou privada, quando fôr o caso). Em proveito dela é que reverterá o pagamento, ou se procederá à execução forçada, ante o descumprimento da condenação.

Eis como se explica a regra do art. 17, que de outro modo seria incompreensível: “É sempre permitido às pessoas ou entidades referidas no art. 1º, *e ainda que hajam contestado a ação*, promover, em qualquer tempo, e no que as beneficiar, a execução da sentença contra os demais réus”. Existe aparente paradoxo em que um dos sujeitos *passivos* do processo de conhecimento se converta em sujeito *ativo* do processo de execução. No comum dos casos, isso só se conceberia em execução por custas e honorários de advogado contra o autor sucumbente. Aqui, porém, o que se prevê é execução movida *por quem pode ter sido réu, contra os co-réus*, e destinada a tornar efetiva condenação *em perdas e danos*. Mas o paradoxo não é senão aparente. Na verdade, reconhecida judicialmente a lesão ao patrimônio público (limitamo-nos aqui, para comodidade da exposição, à hipótese mais freqüente), frustrar-se-ia a finalidade da ação, se não se dispusesse de meios eficazes para assegurar a concreta recomposição patrimonial. Pior ainda, é claro, se ainda se visse a Fazenda na contingência de fazer nôvo desembólso.

3. Tudo isso denota o interesse da problemática ligada à posição processual da Administração na ação popular – em que se tem de atender, obviamente, a dados da própria situação material subjacente. Êsse tópico não vem merecendo, em regra, a atenção da doutrina, que tem preferido dirigir o seu foco à iluminação de outros

³ Já o notáramos em artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 85, sob o título *Problemas da ação popular* (v. págs. 402/3), conquanto ali só nos tenhamos referido expressamente à hipótese da *improcedência*.

aspectos, relacionados com a posição *do autor popular*. No entanto, a relevância de questões como a da prescrição, acima aludida, e as peculiaridades observadas no sistema da Lei número 4.717 estão a reclamar dos intérpretes esforço análogo no sentido diametralmente oposto.

Os elementos alinhados nos dois itens anteriores deste trabalho podem servir de ponto de partida para algumas reflexões a respeito, que aqui deixaremos à guisa de incitamento aos especialistas na matéria. Nos termos da vigente Constituição, art. 150, § 31, a ação popular visa “a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas” (a Carta de 1946, art. 141, § 38, falava em anulação *ou declaração de nulidade*, mas esta última cláusula deve considerar-se implícita no texto atual). O acolhimento do pedido condiciona-se à presença, no ato impugnado, de dois requisitos: vício capaz de torná-lo nulo ou anulável⁴ e lesividade patrimonial. Suposto o concurso deles, reconhece-se a qualquer cidadão o direito de obter a invalidação do ato, em razão do interesse que tenha, *ut cives*, na correção de irregularidades tais, porventura ocorrentes na atividade administrativa.

Ora, não é menor que o do cidadão, em princípio, o interesse *da própria Administração Pública* em semelhante correção. Convencendo-se de que ato seu é defeituoso e lesivo, ela pode e deve – por sua autoridade mesma, sem necessidade de prévio controle judicial, de acordo com doutrina hoje pacífica entre os administrativistas – desfazê-lo. Mas, justamente por isso, se e enquanto não toma a Administração tal iniciativa, a presunção só pode ser a de que reputa perfeito o ato. Entram aqui em jogo dois princípios: um é o do *interesse na eliminação do ato ilegítimo*, outro o do *interesse na preservação do ato legítimo*. Esses dois princípios não são contraditórios, senão complementares. A Administração guiar-se-á por este ou por aquele, segundo a convicção que forme sobre a qualidade do ato praticado. Tal juízo de valor, evidentemente, não é infalível, e tanto pode acontecer que a Administração queira ter por nulo ou anulável um ato na realidade perfeito, como ter por perfeito um ato na realidade eivado de vício. Para atender a semelhante contingência é que o ordenamento, de um lado, coloca à disposição dos demais interessados os remédios tendentes ao controle jurisdicional, *a posteriori*, da anulação ou da declaração de nulidade; e, de outro, os tendentes ao suprimento da omissão em anular o ato ou em declará-lo nulo. Entre estes últimos enquadra-se a ação popular.

4. Imaginemos o cidadão diante de ato administrativo a seu ver defeituoso e lesivo ao patrimônio público. Praticou-o a Administração e, até o momento, não o desfez. Como já notamos, há de presumir-se, *si et in quantum*, que o reputa perfeito e está disposta a assegurar-lhe a subsistência. No fundo, bem consideradas as coisas, não há *antagonismo de interesses*: o que há é *divergência de valoração*, a acarretar mero *antagonismo de posições*. O cidadão e a Administração querem ambos que o ato, *se viciado e danoso*, seja desfeito; apenas, o primeiro de fato o considera tal, ao passo que a segunda, presumivelmente, diverge desse juízo. Se as valorações coincidissem, esta e aquele se harmonizariam quanto à necessidade de satisfazer o interesse *comum*. Porque se supõe que elas não coincidam é que um e outra se vêem situados, *a título provisório*, em campos opostos.

4 V. a enumeração dos arts. 2.º a 4.º da Lei n.º 4.717. A necessidade de ambos os requisitos era afirmada, já anteriormente, pela doutrina e jurisprudência predominantes. Entende HELI LOPES MEIRELES, *Mandado de segurança e ação popular*, pág. 34, que a nova Constituição “inovou a respeito, desprezando o requisito da ilegitimidade do ato (art. 150, § 31), que a anterior exigia como condição da ação”. Não nos parece, ao contrário, que exista ao propósito diferença essencial entre o texto vigente (“... anular atos lesivos ao patrimônio...”) e o antigo (“... a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio...”).

A título provisório, insista-se – pois a presunção pode cair. É perfeitamente concebível que a Administração já estivesse persuadida da ilegitimidade do ato, e unicamente não houvesse tido tempo de desfazê-lo; ou que aguardasse a complementação de inquérito, ou de modo geral a reunião de elementos decisivos de convicção, que pudessem levá-la a conclusão segura. Concebe-se até que só provocada pelo cidadão ela se convença de que o ato para o qual não tivera despertada a sua atenção (pense-se em ilegalidade acaso praticada em época anterior à investidura dos atuais governantes), ou a cujo respeito não chegara a formular juízo definitivo – merece, na verdade, ser desfeito. Seria absurdo total forçá-la, em hipóteses tais, a perseverar no erro, quando o seu interesse, no caso, não é o interesse na preservação de ato legítimo – pois *não existe ato legítimo que preservar* –, mas o interesse, comum a ela e ao cidadão, na eliminação de ato ilegítimo.

Tem-se assim a seguinte e curiosa situação: o autor popular dirigiu sua demanda, *também*, contra a Administração, porque *aparentemente* haveriam de assumir posições contrárias. Agora, porém, verifica-se que ambos valoram *do mesmo modo* o ato impugnado e, portanto, têm *o mesmo interesse* no seu desfazimento. Em tal emergência, ressalta a desconformidade entre a relação formal que se estabeleceu com a citação – opondo o cidadão, como autor, à Administração, como ré – e a relação substancial que os alia na perseguição de fim comum. A norma do art. 6º, § 3º, da Lei n.º 4.717 vem exatamente permitir a correção dessa desconformidade e abrir ensejo a que se façam coincidir, *também formalmente*, posições que já coincidem *substancialmente*. E à vista de tudo isso com facilidade se percebe, na citação da pessoa jurídica de direito público, um caráter *interpelativo*: é como se o autor a provocasse para convidá-la a definir-se, sem que *a priori* se possa saber em que sentido virá a definição.

5. Consideramos no item anterior a hipótese de vir a Administração a convencer-se da ilegitimidade do ato. Pode obviamente suceder que ela continue a tê-lo por perfeito e compareça a juízo para defendê-lo, contestando o pedido. Ainda nesse caso, porém, as coisas não se passam, *essencialmente*, de maneira diversa. Como já se assinalou, não há *oposição* entre os princípios do interesse na preservação do ato legítimo e do interesse na eliminação do ato ilegítimo. A atuação de um ou de outro depende do juízo que se forme acerca da qualidade do ato. E ao cidadão, como tal, interessa e aproveita, tanto quanto à Administração, a observância quer do primeiro, quer do segundo.

Não se destina a ação popular – repita-se – à reparação de possíveis danos causados ao patrimônio *individual* por ato do poder público. Embora não haja por que excluir dentre os legitimados a exercitá-la aquele que tenha eventualmente sofrido semelhantes danos, a circunstância mesma de escolher via imprópria à reintegração de direitos patrimoniais privados revela no autor, o propósito de somente pleitear, por meio dela, a satisfação de *outro* interesse. O que ele pretende, ao propor a ação popular, é obter a anulação ou a declaração da nulidade do ato *enquanto defeituoso e lesivo ao erário*. O pedido é formulado com esse pressuposto, e não seria formulado sem ele.

A administração, por seu turno, só contesta a ação porque parte do pressuposto contrário. Não defende o ato enquanto viciado e patrimonialmente lesivo, defende-o por não reconhecer a existência de vício ou prejuízo. Por sob a contraposição superficial, há nas duas atitudes uma convergência *teleológica*. Ambas visam – aqui também – *ao mesmo fim*, conquanto discordem, *no tocante aos meios* para atingi-lo, porque arrancam de diferentes maneiras de apreciar o ato praticado. Por isso dissemos que antes se

deve falar de uma *divergência de valoração* do que de um *antagonismo de interesses*. Assim se torna perfeitamente compreensível que, uma vez declarado pelo órgão judicial o acerto da valoração feita pelo autor, possa a Administração, que foi ré, beneficiar-se dêsse resultado, recolhendo a indenização a que sejam condenados os responsáveis e beneficiários, e, se fôr mister, promovendo contra os co-réus a respectiva execução. Parte *vitoriosa* foi, formalmente, o autor popular. O proveito, contudo – pelo menos o proveito patrimonial específico –, quem o tira é a Administração, formalmente *vencida*.

6. Se quiséssemos dar um toque literário ao encerramento destas breves reflexões, talvez nos víssemos tentados a dizer que há na ação popular algo de um jôgo de perde-ganha. A imagem, como quase tôdas as imagens em matéria jurídica, teria muito de artificial. Sem dúvida, a Administração, ao sucumbir, lucra. Mas lucra também, pôsto que, de outra forma, o autor popular, satisfeito que fica o seu interesse *de cidadão* no respeito às boas normas administrativas e à integridade do patrimônio público. O ganho que lhe traz o acolhimento do pedido consiste, essencialmente, em fazer ganhar a Fazenda – pois foi *em seu favor*, e não *contra ela*, que agiu.

Acertou, portanto, o Supremo Tribunal Federal. E acertou igualmente o legislador quando redigiu os artigos 6º, § 3º, e 17 da Lei n. 4.717. Um e outro revelaram exata compreensão da verdadeira natureza e finalidade da ação popular. Não merecia outra sorte um instituto, afinal, tão digno de apreço.

**Publicado originalmente na Revista nº 2 mai./ago. 1967, p. 68.*

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A LÍNGUA PORTUGUESA**

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA*

1. O Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais. E não é de hoje: a ação popular, contemplada em mais de uma das nossas sucessivas Constituições e regulamentada pela Lei nº 4.717, de 29.6.1965, já colocava à disposição dos cidadãos instrumento dotado de grandes potencialidades nesse terreno. Viria o sistema a ser enriquecido por subseqüentes diplomas legais, dentre os quais sobressaem a Lei nº 7.347, de 24.7.1985, e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.1990).

Não é a carência de meios processuais que responde pela subsistência, entre nós, de uma situação ainda largamente insatisfatória no que diz respeito à tutela daqueles interesses. Decerto não há esperar que leis e pleitos judiciais sejam capazes de encaminhar a solução cabal problemas tão vultosos e complexos. Muito depende de uma ação administrativa que precisa exercer-se espontânea e continuamente, sem aguardar provocações veiculadas através do Judiciário. Muito depende também do comportamento dos membros da comunidade: aos interesses supraindividuais correspondem, para todos nós, deveres omissivos e comissivos, que nem sempre nos dispomos a cumprir. Basta lembrar a freqüência com que contribuímos para degradar o ambiente, por meio de condutas distribuídas num amplo espectro: desde atos aparentemente insignificantes como o de lançar detritos ao logradouro público, até enormidades como o desmatamento proposital de vastas áreas.

Em todo caso, alguma melhora vem-se fazendo notar, e sem dúvida tem crédito nisso a ação civil pública, ora em seu décimo quinto aniversário. Não pretendemos dar aqui exemplos da serventia que ela vem demonstrando em ocasiões diversas. Antes nos acode que seria útil olhar o panorama pelo ângulo oposto, para indicar aspecto que ainda não mereceu atenção, ao que nos consta, por parte dos legitimados à propositura: aspecto que — se assim se pode falar, tirando proveito da equivocidade da palavra final —, está, como os seis famosos personagens pirandellianos, “à procura de um autor”.

2. Reza o art. 13, *caput*, da Constituição de 1988: “A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil”. A disposição insere-se em contexto da mais alta significação política e, ousamos ajuntar, espiritual. Veja-se que o § 1º enumera os símbolos da República: a bandeira, as armas e o selo nacionais. Por seu turno, o art. 216, relativo ao “patrimônio cultural brasileiro”, arrola como elementos constitutivos dele “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, e em termos expressos inclui aí “as formas de expressão” (inciso I) — das quais a mais importante não pode deixar de ser a linguagem falada e escrita.

* JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJRJ.

** Trabalho destinado ao volume coletivo a ser publicado em comemoração ao 15º aniversário da Lei nº 7.347.

Disposições legais – e, por mais forte razão, disposições constitucionais – não se presumem supérfluas nem anódinas. Não é razoável enxergar na qualificação da língua portuguesa como idioma oficial do país e na sua inclusão como elemento do patrimônio cultural brasileiro meras declarações abstratas, sem repercussão alguma no mundo real. Desses textos defluem necessariamente conseqüências jurídicas. Uma, aliás, vem mencionada *expressis verbis* no § 1º do próprio art. 216, onde se cria para o Poder Público, “com a colaboração da comunidade”, o dever de proteger o patrimônio cultural, “por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

3. Os comentários à Constituição de 1988 não têm extraído muito do texto do art. 13; mas vale a pena explorar-lhe as virtualidades. Designar um idioma como “oficial” ou nada significa – conclusão inaceitável – ou só pode significar que se lhe atribui condição jurídica especial, diferente da condição jurídica de quaisquer outros idiomas. Visto que a língua é essencialmente instrumento de comunicação, infere-se com facilidade que, no território nacional, o português deve ser considerado *o instrumento de comunicação por excelência*; em outras palavras, a comunicação há de fazer-se prioritariamente nessa língua.

Dizemos “prioritariamente”; não dizemos “exclusivamente”, e por motivos óbvios. Haverá no Brasil, inclusive entre povos autóctones, quem não conheça a língua portuguesa; sinal de que o legislador constituinte levou em conta o fato é o disposto no art. 210, § 2º, que assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas no ensino fundamental. Estrangeiros circulam pelo nosso território sem que se lhes exija, como condição de ingresso ou permanência, o conhecimento do português. Brasileiros utilizam amiúde outros idiomas, pelos motivos mais variados, muitos deles perfeitamente legítimos.

O que interessou à Constituição, bem se compreende, foi o curso regular dos acontecimentos, *id quod plerumque accidit*. No Brasil, e de forma particular entre brasileiros, o curso regular dos acontecimentos, em matéria de comunicação, é (e tem de ser) o emprego da língua portuguesa. Não é indiferente aos olhos da Constituição, que se empregue esse ou qualquer outro idioma. Ao idioma “oficial” deve assegurar-se, em regra, prioridade sobre todos os outros. A qualificação de “oficial” implica por força posição de supremacia e por conseguinte de preferência. O emprego de idioma distinto há de fundar-se em razão especial; o do português dispensa tal justificação.

4. Deixaremos de lado, no presente trabalho, o caso da comunicação *entre particulares*, que, por exigir consideração matizada, reclamaria tempo e espaço de que ora não dispomos. Vamos referir-nos apenas à comunicação *entre órgãos públicos e a população em geral*.

A matéria, diga-se de passagem, é versada em termos mais amplos num projeto de lei (nº 1.676, de 1999), de autoria do deputado Aldo Rebelo, o qual, no momento em que escrevemos, tramita na Câmara dos Deputados, já tendo sido aprovado pela Comissão de Educação. Não nos ocuparemos agora dele, nem das inúmeras questões de que cuida, com maior ou menor acerto. Fique dito unicamente que nos parece sobretudo louvável a iniciativa de tentar dar ao assunto *alguma* disciplina, por mais criticável que possa afigurar-se esta ou aquela posição específica adotada no projeto.

Seja como for, é nossa convicção que o problema, em certa medida, comporta solução *em plano constitucional*, e portanto pode e deve ser enfrentado com abstração da eventualidade de que se venham a editar normas legais ao propósito. Para os fins enunciados no início deste tópico, bastam, ao nosso ver, as disposições insertas na Carta da República e as da Lei nº 7.347.

5. Que os órgãos públicos, ao se comunicarem com a população em geral, estão obrigados a empregar o idioma oficial é ponto que prescinde de demonstração. Pode-se afirmar que essa é a *consequência mínima* do fato de existir uma língua a que a Constituição dá o *status* de oficial. Pensar de outra maneira importaria negar toda e qualquer relevância ao art. 13 — riscá-lo, pura e simplesmente, do texto constitucional.

Dê-se um exemplo, intencionalmente elementar. A legislação brasileira, em todos os níveis, tem de ser editada em português. Não se concebe lei, decreto, resolução, portaria, ordem de serviço, que se expresse noutra língua. A nenhuma autoridade, de qualquer dos poderes públicos, lembraria violar essa regra. O Código de Processo Civil, anterior embora à Constituição, harmoniza-se com o art. 13 ao estatuir que em todos os atos e termos do processo seja obrigatório o uso do vernáculo (art. 156) e que documento em língua estrangeira só se possa juntar aos autos quando acompanhado de tradução para o nosso idioma oficial (art. 157).

Há, porém, o reverso da medalha. Nem todas as entidades administrativas ou vinculadas à Administração observam o dever de respeitar o preceito constitucional. A Caixa Econômica lança cartão a que chama “*federal card*”. O Banco do Brasil oferece a seus correntistas um pacote de serviços sob o título *BB Personal Banking*. No quadro do aeroporto internacional do Rio de Janeiro, anunciam-se vôos destinados às cidades de *Lisbon, Rome, Milan*. E assim por diante. Serão tais práticas compatíveis com o art. 13? Não nos parece.

Convém precisar, a fim de evitar mal-entendidos: nada obsta, para ficarmos num exemplo, a que o quadro dos vôos contenha *também* nomes de cidades em outra língua além do português. É medida que facilitará as coisas para viajantes estrangeiros. O que não se admite é que *deixem de figurar as denominações portuguesas* — com a ressalva, a rigor ociosa, de topônimos que por uso tradicional e consolidado não se traduzem: ninguém vai pretender que a capital da Argentina apareça no quadro como “*Bons Ares*”...

6. Se falamos de infrações constitucionais, cumpre saber qual o remédio adequado à correção do mal. A resposta encontra-se na Lei nº 7.347. Nos termos de seu art. 1º, nº IV, a ação civil pública é cabível para a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo. Ora, não há dificuldade em verificar que, no caso sob exame, está em causa um interesse difuso.

Com efeito. Segundo a definição constante do art. 81, nº I, do Código de Defesa do Consumidor, reputam-se difusos os interesses “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. O interesse na observância do art. 13 da Constituição é obviamente transindividual. É, igualmente, indivisível: se o respectivo objeto consiste — para retomarmos ainda o mesmo exemplo — na inserção de palavra de língua portuguesa em quadro de aeroporto, uma de duas: ou se insere a palavra, e todos os membros da comunidade interessada estarão satisfeitos, ou não se insere, e todos estarão lesados. Os titulares, enfim, são indeterminados e ligados pela circunstância de fato de habitem país que adota certo idioma oficial.

A ação civil pública pode ter por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Lei nº 7.347, art. 4º). É exercitável, por conseguinte, para pedir que se *substitua* denominação noutra língua por denominação em português, ou para que se *acrescente* esta àquela. Legitimam-se a propô-la as entidades arroladas no art. 5º; e dentre as associações civis a que alude o inciso II naturalmente se distinguem as academias de letras — a brasileira e outras congêneres.

7. Começa a manifestar-se, em vários setores da sociedade, justificável preocupação ante o tratamento que se está dando à língua portuguesa. Em muitos casos, tem-se a impressão de que é outro o idioma oficial do país. Os próprios órgãos públicos, segundo se registrou, têm sua culpa no particular. Sintoma daquela preocupação é, entre outros, o projeto de lei a que acima nos referimos.

Como intuitivamente se compreende, o problema reveste aspectos multiformes, e nem todos podem ser enfrentados de modo eficaz por instrumentos jurídicos, os quais, no entanto, têm um papel — modesto que seja — a cumprir. Nosso propósito, neste despretenso trabalho, é indicar uma das possíveis frentes de combate. A via judicial não será a mais promissora como caminho para uma solução global; mas vitórias parciais, em pontos específicos, já contribuirão para abrandar a feiura do panorama. E nesse campo a ação civil pública estará em condições, se encontrar autor que habilmente a maneje, de acrescentar outros títulos ao seu já imponente *curriculum vitae*.

Setembro de 2000.

**Publicado originalmente na Revista nº 13 jan./jun. 2001, p. 185.*

1. Ninguém desconhece que na doutrina clássica da teoria geral do processo constitui regra geral aquela segundo a qual a coisa julgada só deve alcançar as partes que figuram no processo. E exatamente porque da sentença emana o efeito da coisa julgada, as questões relativas a esse tema são enfrentadas sob a denominação de “efeitos subjetivos da coisa julgada”.¹

É importante distinguir, porém, eficácia da sentença e efeitos da coisa julgada. A sentença, como ato emanado de agente estatal, como é o caso do juiz, tem eficácia *erga omnes*. A coisa julgada, como qualidade especial da sentença, é que só irradia seus efeitos em relação às partes, não prejudicando nem beneficiando terceiros, lição já ministrada por Liebmann.²

Não é sem razão, por isso mesmo, que haja contundentes críticas dos especialistas sobre os dizeres do art. 472, do C.P.C.: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros...” Confunde o legislador o efeito da sentença em si, como ato estatal, e a *res iudicata*, que retrata a imutabilidade do julgado. Como ato estatal, a sentença pode expandir seus efeitos e alcançar a esfera jurídica de terceiros, bastando atentar para o entrelaçamento de relações jurídicas, muitas delas não limitadas apenas às partes, mas, ao contrário, de caráter dinâmico, estendendo seus tentáculos a outras relações jurídicas.

Seja como for, e sem nos determos no exame de tão delicado assunto, podemos ter como certo que a coisa julgada atua realmente *inter partes*, atingindo diretamente a esfera jurídica das partes que figuraram no processo.

2. As novas concepções sobre o processo, todavia, bem como a especial natureza dos direitos a demandarem tutela, passaram a admitir a existência de decisões com eficácia de coisa julgada *erga omnes*, isso sem contar, é bom que se ressalve, com aquelas sentenças de caráter normativo proferidas na Justiça do Trabalho, de há muito reconhecidas com aquela qualidade.

No direito brasileiro, a norma processual que bem representou essa nova tendência foi a constante do art. 18, da Lei nº 4.717, de 29.06.65, que passou a disciplinar a ação popular. Eis os termos desse dispositivo: “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

3. Não foi sem razão que o legislador deu nascimento a essa norma. A ação popular tinha em mira, então, a defesa do patrimônio público, e para sua propositura

* JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO é Procurador de Justiça no RJ. (aposentado); Professor da Universidade Estácio de Sá, Professor da Faculdade Veiga de Almeida, Professor do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Campos, Professor da EMERJ - Escola da Magistratura do RJ, e Professor da FEMPERJ - Fundação Escola do Ministério Público do RJ.

** Março de 1998.

1 JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 3, 1975, pág. 240.

2 WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, 1975, pág. 581.

foi legitimado apenas o cidadão³, exigência, aliás, firmada pelo próprio mandamento constitucional vigente à época⁴ e reproduzida nas Constituições posteriores.⁵

O motivo fundamental da criação dessa norma foi, de um lado, a especificidade dos direitos sob tutela e, de outro, a qualidade especial do único legitimado para propor a ação – o cidadão. Como este, na verdade, está defendendo em seu nome direitos e interesses de toda a coletividade⁶, pode dizer-se que seria plenamente admissível supor a hipótese de uma sentença julgar improcedente a ação e, em consequência, válido o ato ilegal da Administração, em decorrência de prova mal produzida pelo autor popular.

Tal fato significaria que toda a coletividade, afetada pelo ato inválido, teria que conformar-se com decisão judicial que, falsamente, atestasse a validade do ato, por causa atribuída a apenas um de seus integrantes, principalmente a falta de interesse na produção de boa prova.

Para evitar tal incômoda consequência, previu o legislador que outro cidadão pudesse insistir na pretensão de invalidar o ato ilegal e dilapidatório, propondo idêntica ação, com o mesmo fundamento, desde que munido de nova prova. Com esse mecanismo, eliminou-se o risco de a sociedade ter contra si uma decisão definitiva, considerando válido um ato que fosse, de fato, inválido, sem que pudesse superar o óbice decorrente de eventual coisa julgada.⁷

Por conseguinte, é positivamente tranqüilo concluir que não há coisa julgada *erga omnes* quando a sentença julga improcedente a ação popular por deficiência na prova; o efeito será apenas *inter partes*. Nos demais casos, a coisa julgada é *erga omnes*, sobretudo quando a sentença resulta de rigorosa aferição da prova pelo julgador e este decidiu dentro de seu inteiro convencimento. Afinal, comporta considerar que se o julgador se convenceu que o ato era legal, julgando improcedente a ação, esse caráter de legalidade atinge não somente as partes no processo como toda a coletividade. O mesmo ocorre quando entende ser ilegal o ato: a ilegalidade será não apenas para as partes como também para todos os indivíduos.⁸

4. O princípio insculpido no art. 18 da Lei nº 4.717/65 foi reproduzido no art. 16 da Lei nº 7.347, de 24.07.85, que passou a disciplinar um novo tipo de ação – a ação civil pública.

Lia-se, originalmente, no citado dispositivo o seguinte texto: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de prova, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Basta comparar o art. 16 da Lei nº 7.347/85 com seu antecedente – o art. 18 da Lei nº 4.717/65 – para se chegar à conclusão de que foi rigorosamente o mesmo o princípio que os inspirou – o *princípio da renovabilidade* da demanda, caso a improcedência se fundasse na prova mal produzida.

3 Art. 1º da Lei nº 4.717/65.

4 Art. 141, § 38, da Constituição de 1946.

5 Art. 150, § 31, da Const. de 1967; art. 153, § 31, da Const. de 1967 com a alteração da Em. 01/69; e, atualmente, o art. 5º, LXXIII, da vigente Constituição.

6 A Constituição em vigor prevê agora não somente a tutela do patrimônio público, como também o meio ambiente, a moralidade administrativa e o patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII).

7 Vide o nosso *Ação Civil Pública - Comentários por Artigo*, Ed. Freitas Bastos, 1995, pág. 340.

8 J. M. OTHON SIDOU, *As garantias ativas dos direitos coletivos*, 1977, pág. 509.

Acentue-se que em ambas as ações estão presentes idênticos elementos que justificaram a reprodução do princípio, citando-se, por exemplo, a tutela de interesses difusos ou coletivos; a legitimação extraordinária atribuída aos autores, representantes de interesses de terceiros⁹; a irradiação dos efeitos da coisa julgada, em regra, com caráter *erga omnes*; e a preocupação do legislador em não impedir a investigação da invalidade dos atos em virtude de sentença proferida por deficiência da prova produzida pelo autor.

5. Recentemente, entretanto, o art. 16 da Lei nº 7.347/85 foi alterado em sua redação pela Lei nº 9.494, de 10.09.97, passando a ter os seguintes dizeres: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (grifo nosso).

O objetivo da alteração foi, sem dúvida, reduzir o âmbito de eficácia da coisa julgada, estabelecendo limite territorial: a competência do juiz que profere a decisão.

Em outras palavras, se antes a eficácia *erga omnes* da coisa julgada se estendia por todo o território nacional, agora essa mesma eficácia fica restrita ao território no âmbito do qual pode o juiz atuar e dentro do qual possui competência.

Pelo que se pode observar, o legislador intimidou-se com o fato de que uma sentença proferida em determinada comarca, algumas delas bem distantes dos grandes centros populacionais, pudesse transitar em julgado e irradiar efeitos da coisa julgada rigorosamente para todas as pessoas nos quatro cantos do extenso território brasileiro.

Nos trinta de anos de vigor da idêntica norma na lei da ação popular, nunca foi o legislador despertado para a redução do âmbito da eficácia da coisa julgada. Como a ação civil pública se transformou de fato em instrumento de freqüente utilização – com algumas distorções, é justo destacar – a extensão que marcava a norma anterior poderia provocar alguns problemas relativos às obrigações de fazer ou não fazer determinadas na sentença. Assim, foi introduzida a frase “nos limites da competência territorial do órgão prolator”, como atributo da coisa julgada *erga omnes*.

6. Algumas observações, porém, devem ser feitas, a uma primeira análise, a respeito da modificação legislativa.

7. Uma delas concerne à sentença que julga improcedente a ação por insuficiência de provas¹⁰.

A ação civil pública, como é de todos conhecido, se propõe à tutela de interesses transindividuais, sejam eles coletivos, sejam difusos. Tais interesses se caracterizam não somente por serem de natureza indivisível, como ainda pela circunstância de ser irrelevante ou impossível a determinação dos integrantes dos grupos aos quais pertencem. Os grupos, desse modo, podem situar-se apenas em um determinado território municipal, como podem espalhar-se por todo o território nacional.

9 Sem entrar na discussão, por imprópria neste trabalho, convém admitir que parte da doutrina considera ordinária a legitimação para ambas as ações.

10 Observe-se que os textos anteriores se referiam à expressão “deficiência da prova”, e não à “insuficiência de provas”, como o texto atualmente menciona. “Insuficiência” é mais amplo que “deficiência”. Uma prova deficiente é sempre insuficiente, mas poderá haver provas insuficientes não porque sejam deficientes, mas porque não houve realmente meios de comprovar os fatos alegados na inicial. Em outras palavras, na “deficiência” havia uma insinuação de culpa do autor; na “insuficiência”, contudo, pode supor-se que, apesar de diligente o autor, simplesmente não houve como provar o fato.

Quando o grupo titular do interesse transindividual se contiver efetivamente dentro do âmbito, por exemplo, de um Município, ou comarca judiciária, a eficácia da coisa julgada dentro de um ou de outra guardará compatibilidade no que tange ao aspecto territorial.

Sendo diversa a hipótese, ou seja, quando o grupo tiver integrantes em mais de uma comarca judiciária, poderá ocorrer a prolação de sentenças contraditórias sobre a mesma causa de pedir. Suponha-se, para exemplificar, o caso em que determinada conduta de fornecedor ofenda interesses coletivos de consumidores de dois Municípios e que a ação civil pública movida contra o fornecedor em um deles seja julgada improcedente por insuficiência da prova. Suponha-se, ainda, que idêntica ação tramite no outro Município, fundada na mesma causa de pedir e contendo o mesmo *petitum*, sendo ela julgada improcedente, estando o juiz absolutamente seguro quanto à prova, já que produzida de modo suficiente. Em virtude da diversidade de efeitos da coisa julgada, será possível admitir que os consumidores do primeiro Município ainda terão a oportunidade de intentar nova ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, ao passo que os consumidores do segundo Município terão contra si a coisa julgada *erga omnes* no âmbito do território do juiz prolator da decisão, tudo conforme o art. 16 da Lei nº 7.347/85. Se a nova ação civil pública ajuizada no primeiro Município for, desta feita, julgada procedente, a conseqüência será a contraditória posição da Justiça sobre a mesma conduta, ou seja, a mesma conduta do fornecedor terá sido considerada inválida no primeiro Município (procedência da ação) e válida no segundo (improcedência da ação).

Dessa anômala situação emanarão diferentes efeitos quanto aos consumidores que tiveram a relação-base com o mesmo fornecedor: os que estiverem no território do primeiro Município poderão acionar o fornecedor para pleitear efeitos patrimoniais decorrentes da lesão; os que estiverem no segundo, ao revés, nenhuma providência poderão adotar contra o fornecedor. Em outras palavras, *a mesma conduta terá sido julgada válida num território e inválida noutro*.

8. Poder-se-á objetar que a contradição decisória nessa hipótese poderia ser evitada mediante a aplicação do instituto da *conexão*, segundo a qual se consideram conexas duas ou mais ações, quando nelas for comum o objeto ou a causa de pedir (art. 103, C.P.C.). Constatada a conexão, o juiz, *ex officio* ou a requerimento de qualquer das partes poderia determinar a juntada dos processos para julgamento simultâneo (art. 105, C.P.C.). Esse é o mecanismo usual para evitar sentenças contraditórias.

Mas no caso da ação civil pública, poderia surgir dificuldade na configuração da conexão. Em primeiro lugar, os autores das ações seriam normalmente pessoas ou órgãos diversos¹¹ em locais diversos, gerando desconhecimento por parte de cada um da ação movida pelo outro. O réu, no caso citado como exemplo, poderia não argüir a conexão em sua peça de defesa, ou porque ainda não tivesse sido citado na segunda quando contestou, ou porque, maliciosamente, tivesse o intuito de conseguir ver atendida sua resistência em algum dos processos. Omitindo-se dessa forma, o réu não poderia propiciar ao juiz o conhecimento da ação conexa, impedindo-o, por conseguinte, de ordenar *ex officio* a reunião dos processos.

Correndo em separado, pois, as referidas ações, e inviabilizada a conexão, não haveria como evitar a possibilidade das sentenças contraditórias no exemplo que acima se verificou.

11 Em relação ao Ministério Público, pode dizer-se que o órgão é o mesmo em virtude de sua indivisibilidade, mas a *representação ministerial* seria diversa, pois que em cada uma das comarcas estaria atuando órgão de execução específico, com Promotor de Justiça também especificamente vinculado ao órgão.

9. Avulta também acrescentar que, em relação aos consumidores situados no Município onde a ação civil pública foi julgada improcedente por convicção do juiz quanto à prova, nem restaria a alternativa residual de promoverem individualmente ações contra o fornecedor¹², porquanto as decisões denegatórias em ação civil pública não afetam os direitos individuais anteriormente reconhecidos por sentença transitada em julgado¹³, mas obviamente obstam à propositura de ações individuais sobre o mesmo fato, tendo em vista a ocorrência da coisa julgada, prevista no art. 16 da lei em pauta.

10. Outra questão que, por sua complexidade, provocará dificuldade na solução, diz respeito à conexão entre a ação popular e a ação civil pública, mesmo na hipótese em que as duas ações corressem no mesmo Município, embora em Juízos diversos.

A conexão entre a ação popular e a ação civil pública é inteiramente admissível, até porque os interesses sob tutela são os mesmos. Assim, nada obsta a que um cidadão mova ação popular em determinado juízo visando à anulação de ato lesivo ao meio ambiente, e em outro Juízo tramite ação civil pública movida pelo Ministério Público com o objetivo de obter sentença judicial que obrigue o violador a não mais prosseguir em sua conduta predatória. Embora diversos os pedidos, idêntica é a causa de pedir: a conduta do réu ofensiva ao meio ambiente, caracterizando-se, destarte, a figura da conexão.

Reunidas as ações no Juízo onde se deu a prevenção, pelo fato de ter sido uma delas despachada em primeiro lugar¹⁴, o juiz deverá julgá-las simultaneamente, tomando em consideração os mesmos fatos constitutivos da *causa petendi*. Julgando procedentes ou improcedentes as ações, e desde que convicto quanto à prova suficientemente produzida nos processos, o juiz estará considerando, respectivamente, inválida ou válida a conduta do réu.

A dificuldade estará na eficácia da coisa julgada decorrente das decisões. É que, na ação civil pública, a eficácia *erga omnes* da coisa julgada alcança apenas o território do juiz prolator da decisão, como agora diz o art. 16 da Lei nº 7.347/85, com a alteração introduzida pela Lei nº 9.494/97. Enquanto isso, na ação popular a eficácia da coisa julgada será também *erga omnes* não apenas no território do órgão prolator da decisão, mas sim em todo o território do país, conclusão que se extrai do fato de que está em pleno vigor, sem alteração, o art. 18 da Lei nº 4.717/65, que rege a ação popular.

O legislador, como assinalai acima, não introduziu a alteração na norma anterior, muito embora contivesse ela o mesmo princípio inspirador que deu azo ao art. 16 da Lei nº 7.347/85.

Diante desse dilema, fica difícil responder à indagação: qual das duas eficácias *erga omnes* deve prevalecer: a da ação popular (mais extensa) ou a da ação civil pública (mais restrita)?

Conquanto duvidosa a questão, penso que deve prevalecer a eficácia mais extensa prevista na lei da ação popular, porque, se não existisse a ação civil pública,

12 Quando se fala em "individualmente" aqui, a referência é não só à ação movida por um só dos consumidores, como àquela movida por vários deles em litisconsórcio ativo, configurando-se, porém, nessa última hipótese a proteção de interesses individuais homogêneos, e não de interesses coletivos objeto da tutela na ação civil pública.

13 Nosso *Ação Civil Pública - Comentários por Artigo, cit.* (pág. 344) e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*Temas de Direito Processual Civil*, 1984, págs. 122/123).

14 Art. 106, do C.P.C.

essa seria a eficácia *erga omnes* aplicada, *ex vi* do art. 18 da Lei nº 4.717/65. A ocorrência da conexão com a ação civil pública, pois, não poderia ter o condão de restringir essa eficácia, restrição, aliás, que só alcançou esta última ação.

Seja como for, o ideal seria mesmo que o legislador unificasse as normas, pois que são elas animadas pelo mesmo postulado principiológico.

11. A conclusão, no que tange aos aspectos ora considerados, é a de que a nova redação do art. 16 da Lei nº 7.347/85, com a redução do âmbito da eficácia *erga omnes* da coisa julgada, poderá gerar decisões contraditórias e perplexidade quando à prevalência da eficácia, quando conexas estiverem uma ação popular e uma ação civil pública.

**Publicado originalmente na Revista nº 7 jan./jun. 1998, p. 181.*

INTERESSES E DIREITOS ESSENCIALMENTE E ACIDENTALMENTE COLETIVOS

MARCELO DALTRO LEITE*

Sumário: 1. Introdução. 2. Interesses/Direitos Coletivos – Instituto de Direito Processual Civil. 3. A unitariedade como marca distintiva dos Direitos Essencialmente Coletivos. 4. A cindibilidade dos Direitos Acidentalmente Coletivos.

1. Introdução

A doutrina estrangeira, desde a década de setenta do século XX, a partir da experiência norte-americana das *Class Actions*, principiou discussão sobre o tema dos direitos difusos ou coletivos, propondo reflexão sobre o direito processual civil, até então fortemente marcado pelo individualismo que permeava o imaginário da sociedade ocidental.

Os estudiosos do assunto em terras brasileiras não ficaram alheios àquela discussão, cabendo, no entanto, ao Prof. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA a produção de verdadeiro marco teórico a respeito do tema, sobre o qual a doutrina nacional desenvolveu-se.

BARBOSA MOREIRA¹, na clarividência de sua genialidade, antes mesmo da edição do Código do Consumidor, distinguia dois tipos de litígios de massa que veiculavam duas espécies de interesses coletivos, a saber: *os interesses essencialmente coletivos e os interesses acidentalmente coletivos*.

A doutrina² acolheu a tese do Prof. BARBOSA MOREIRA, fazendo-o também o legislador, tal como se vê da dicção do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

A distinção em questão leva em consideração a natureza unitária ou cindível da situação plurissubjetiva que compõe o litígio que será objeto de processo judicial.

A natureza unitária da situação plurissubjetiva própria dos *interesses/direitos essencialmente coletivos* resulta da indivisibilidade do objeto do litígio³, como aconteceria nas hipóteses de meio ambiente, patrimônio histórico, consumidor, neste caso, por exemplo, se se tratasse de medidas de proteção à saúde pública. A indivisibilidade se determinaria quando, na prática, não se pudesse admitir que o bem fosse fruído por alguns e não o fosse por outros.

* Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

1 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual, Terceira Série**, p. 193.

2 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. São Paulo: RT, 2002, p. 211; GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Marcha do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 20; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 66; GIDI, Antonio. **La Tutela de Los Derechos Difusos, Coletivos e Individuales Homogéneos**. México: Porrúa, 2003, p. 32; LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: RT, 2002, p. 101.

3 MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. **Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988**. **Revista de Processo**, n. 61. São Paulo: RT.

Haveria, nesta hipótese, situação que se assemelharia ao litisconsórcio unitário, na medida em que a solução dada ao litígio seria, necessariamente, unitária⁴ para todos os sujeitos.

De outra sorte, os *interesses/direitos acidentalmente coletivos* teriam como marca distintiva a diversidade de objetos, de sorte que a solução para o litígio seria perfeitamente cindível, assemelhando-se à hipótese de litisconsórcio comum⁵ (ou simples).

A transcrição do texto em que o Prof. BARBOSA MOREIRA estabelece a dicotomia dos interesses/direitos coletivos, considerando que o presente trabalho a terá como pedra fundamental, se faz sobretudo relevante:

A nosso ver, dentro do âmbito acima delimitado, cabe estabelecer uma distinção importante.

a) Em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a quota de um e onde começa a de outro. Por isto mesmo instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão a inteira coletividade. Designaremos essa categoria pela expressão “interesses essencialmente coletivos”.

b) Noutras hipóteses, é possível, em linha de princípio, distinguir interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida, e não fica excluída a priori a eventualidade de funcionarem os meios de tutela em proveito de uma parte deles, ou até de um único interessado, nem a de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e, simultaneamente, na derrota de outro ou de outros. O fenômeno adquire, entretanto, dimensão social em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do “impacto de massa”. Motivos de ordem prática, ademais, tornam inviável, inconveniente ou, quando menos, escassamente compensadora, pouco significativa nos resultados, a utilização em separado dos instrumentos comuns de proteção jurídica, no tocante a cada uma das parcelas, consideradas como tais... Para distinguir do anteriormente descrito este gênero de fenômeno, falaremos, a seu respeito, de “interesses acidentalmente coletivos”.

Tratando-se de interesses essencialmente coletivos, em relação aos quais só é concebível um resultado uniforme para todos os interessados, fica o processo necessariamente sujeito a uma disciplina caracterizada pela unitariedade... Já nos casos de interesses acidentalmente

4 Esta semelhança não passou despercebida por ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, conforme se vê de sua obra *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, RT, p. 211.

5 A designação “comum” ao litisconsórcio em que se admite tratamento heterogêneo aos coautores ou corréus é utilizada por BARBOSA MOREIRA (*Litisconsórcio Unitário*, p. 129) e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 123); enquanto, “simples” é a designação utilizada por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, 2.ed., p. 114).

coletivos, uma vez que em princípio se tem de admitir a possibilidade de resultados desiguais para os diversos participantes, a disciplina unitária não deriva em absoluto de uma necessidade intrínseca. Pode acontecer que o ordenamento jurídico, por motivos de conveniência, estenda a essa categoria, em maior ou menor medida, a aplicação das técnicas da unitariedade; esse, porém, é um dado contingente, que não elimina a diferença, radicada na própria natureza das coisas.

Cabe assinalar que a referência a “técnicas da unitariedade” em relação aos interesses/direitos acidentalmente coletivos não são, como disse o Prof. BARBOSA MOREIRA, uma decorrência da natureza das relações jurídicas individuais que os compõem, mas uma opção de política legislativa tal como ocorre na extensão subjetiva da coisa julgada pelo reconhecimento legal da eficácia *erga omnes* da *res iudicata*.

A semelhança entre os interesses/direitos essencialmente coletivos e o litisconsórcio unitário, na medida em que ambos correspondem a situações jurídicas plurissubjetivas de natureza unitária, permite que ao primeiro instituto seja direcionada à luz que foi lançada sobre a etiologia do segundo pela genialidade do Prof. BARBOSA MOREIRA⁶, buscando melhor compreensão das situações jurídicas que se enquadram, na terminologia do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, como interesses/direitos indivisíveis.

2. Interesses/Direitos Coletivos – Instituto de Direito Processual Civil

Importa ressaltar que o instituto dos interesses/direitos coletivos não é tema afeto ao estudo do direito material, porquanto, quando dele se cuida, não se discute a relação jurídica do ponto de vista das relações dos indivíduos entre si⁷, mas instituto de direito processual de enfoque constitucional na medida em que seu reconhecimento se dá no âmbito da discussão sobre o direito fundamental de acesso à justiça e sobre a adequada prestação jurisdicional. Basta que se veja a regulação do tema pela legislação. O parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor busca definir tais interesses/direitos apenas e tão-só para regular a tutela coletiva, de sorte que a conceituação dos interesses/direitos coletivos se faz como resultado da percepção dos processualistas sobre a necessidade de mediação jurisdicional dos conflitos sociais⁸ e de massa⁹.

Os interesses/direitos coletivos não são, nesta linha de conta, direitos de uma coletividade numa perspectiva jurídica de direito material, na medida em que a coletividade (ou a sociedade) não é pessoa e, portanto, não é titular de direitos e de obrigações (embora a sociedade tenha sua existência do ponto de vista da ciência política ou da sociologia); são *direitos individuais* que, em razão da unitariedade (transindividualidade essencial) ou similitude pela origem comum (transindividualidade acidental), podem ser defendidos conjuntamente pela legitimação extraordinária e regulados concretamente através de tutela jurisdicional coletiva.

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio Unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

7 MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil, Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 10.

8 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, n. 61. São Paulo: RT.

Essa perspectiva jurídica de direito material, aliás, foi destacada por Vigoriti¹⁰ ao afirmar que a comunidade ou o grupo não podem ser considerados, no ordenamento jurídico italiano, centros de imputação normativa, de sorte que ainda quando se fale em direitos coletivos não se pode perder de vista a pessoa, cuja figura justifica a relevância da transindividualidade.

MAURO CAPPELLETTI¹¹ relembra que o direito processual tradicional trabalha, ao examinar as soluções para os problemas da proteção jurisdicional, em cima de dois conceitos que remontam à *summa divisio* de Justiniano e de Ulpiano: direito privado e direito público. A solução privatística significa que aquele que possui a titularidade do direito pode agir para tutela do mesmo quando violado. A solução publicística significa que, quando o direito não é privado, mas de caráter público, cabe ao Estado a legitimidade para agir.

Dessa forma, quando certo direito assumia contornos coletivos, isto é, se difundia por uma coletividade por ter como objeto um bem de fruição coletiva (unitariedade), cabia ao Estado defendê-lo. Isso acontecia porque o Estado era a sociedade juridicamente representada. O descolamento dos dois conceitos, Estado e sociedade, operado no século XX, dá existência autônoma à sociedade e causa uma curiosa consequência que reside no reconhecimento de que o Estado *não é o único legitimado a defender os direitos que interessam à coletividade*, tais como meio ambiente, saúde pública, etc. A sociedade (figura típica da Sociologia), através de seus integrantes, pessoas físicas e jurídicas (figuras típicas do Direito) pode, ao lado do Estado, defender estes mesmos interesses de natureza transindividual.

A transindividualidade de certos interesses/direitos não significa que a titularidade dos mesmos resida na sociedade (figura típica da Sociologia), mas que sua natureza implica em uma situação jurídica global unitária em que os direitos individuais têm tão íntima comunhão que se poderia dizer que o direito de um é o direito de todos ao mesmo tempo, centrando-se a titularidade na pessoa física ou jurídica (figuras típicas do Direito), daí BARBOSA MOREIRA¹² dizer que tais interesses/direitos “não pertencem a uma pessoa isolada..., mas a uma série indeterminada” de pessoas.

Por tal motivo, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO¹³ sustenta que não se cuida, em se tratando de direito coletivo, de uma “soma de interesses”, mas de uma “síntese de interesses”.

A transindividualidade de certos direitos encontra justificativa no fato de sua unitariedade, por ter como objeto bem de fruição coletiva que integra o patrimônio de todos e em relação ao qual, segundo BARBOSA MOREIRA¹⁴, não é possível identificar a

10 VIGORITI, Vincenzo. **Interessi Collettivi e Processo**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p.49 e 58: “Ora, in certi casi almeno, si può indubbiamente affermare che quanti si riconoscono in un certo interesse costituiscono una “comunità”, o un “gruppo” differenziato a livello sociológico, ma non credo che, nel nostro ordinamento, gruppi di questo tipo possano essere considerati, in senso tecnico, centri di imputazione normativa...Si aggiunga solo che ricostruzioni di questo tipo, referendosi al collettivo come a un qualcosa del tutto diverso e sovraordinato all’individuale, finiscono sempre col distogliere l’attenzione dal protagonista effettivo del fenomeno collettivo, e cioè dalla persona, a cui gli interessi, anche se a rilevanza superindividuale, non cessano mai di appartenere.”

11 CAPPELLETTI, Mauro. A tutela dos Interesses Difusos. **Revista Ajuris**, v. 33, 1985.

12 MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro. *In: Temas de Direito Processual, Terceira Série*.

13 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e colocação no quadro geral dos interesses. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 55.

14 MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. *In: Temas de Direito Processual, terceira série*.

quota ideal de cada titular (síntese de interesses, referida por MANCUSO).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, diz que todos têm direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O texto afirma que se cuida de bem de uso comum do povo, o que, na perspectiva tradicional do Direito, seria bem de titularidade do Estado, único legitimado a defendê-lo; entretanto, o texto coloca a coletividade como titular e, ao lado do Poder Público, igualmente legitimada a defendê-lo, permitindo à sociedade, por seus integrantes, a proteção do patrimônio ambiental.

Na verdade, os bens (materiais ou imateriais) de fruição coletiva implicam em situações jurídicas de natureza transindividual e sempre foram reconhecidos pelo direito material, mas sua titularidade tinha como figura central o Estado, único legitimado a defendê-los. Este quadro se transmuda quando a Teoria Política e a Sociologia descobrem a sociedade como ente distinto do Estado e permitem que o Direito Constitucional reconheça a titularidade de tais bens a todos os membros da sociedade; em consequência, os processualistas percebem que os direitos sobre tais bens podem e devem ser defendidos pelo Estado, mas também por todos os membros da sociedade, pessoas físicas e jurídicas (corpos intermediários), dando causa à elaboração do instituto dos interesses/direitos coletivos.

Ademais, os processualistas reconheceram que a ofensa pulverizada à plêiade de direitos individuais assemelhados, ainda que não vinculados pela unitariedade, exigia um sistema de defesa processual coletiva desses direitos, a fim de concretizar o direito fundamental de acesso à adequada justiça.

Este parece ser o estado atual da questão, que guarda o tema dos interesses/direitos coletivos para o campo do direito processual.

3. A unitariedade como marca distintiva dos Direitos Essencialmente Coletivos

BARBOSA MOREIRA¹⁵ define litisconsórcio unitário “como aquele que se constitui, do lado ativo ou passivo, entre pessoas para as quais há de ser obrigatoriamente uniforme, em seu conteúdo, a decisão de mérito”.

O conteúdo uniforme (ou unitário) da decisão é precisamente o ponto central da identificação do litisconsórcio unitário e sobre este tema se desenvolve toda a teoria de Barbosa Moreira. A compreensão adequada desta questão e sua trasladação para o instituto dos direitos coletivos permitem a dissipação da névoa¹⁶ que ainda encobre doutrina e jurisprudência quanto à caracterização das situações plurissubjetivas genericamente denominadas de “interesses/direitos coletivos”.

O incomparável mestre carioca¹⁷ afirma existirem posições jurídicas individuais que guardam entre si tão peculiar comunhão de interesses que constituem uma situação jurídica plurissubjetiva de tal ordem que:

15 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 129.

16 ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES em sua obra *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, p. 213, informa sobre a confusão doutrinária jurisprudencial a respeito do tema.

17 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 143.

o resultado do feito não pode às vezes deixar de produzir-se a um só tempo e de modo igual para todos os titulares situados do mesmo lado. Isso decorre da maneira pela qual essas posições jurídicas individuais se inserem na situação global. Daí haver entre as várias posições individuais uma vinculação tão íntima que qualquer evolução ou será homogênea ou impraticável.

Essa situação jurídica plurissubjetiva compreende, portanto, posições jurídicas individuais que guardam entre si o vínculo da unitariedade que se caracteriza pela necessidade de solução uniforme (ou unitária). A sentença não poderá tratar uma situação jurídica individual de uma maneira, resolvendo outra de maneira distinta; ou todos os titulares dos direitos inseridos na situação global unitária têm suas situações jurídicas reguladas pela norma jurídica concreta ao mesmo tempo e de modo uniforme, ou haverá tamanha antinomia entre as diversas disposições da norma concreta que esta não terá qualquer contato com a realidade e não será possível pô-la em execução.

Podem parecer que a solução uniforme seja uma exigência da lógica própria do sistema jurídico, mas não é disto de que se cuida conforme esclarece o Prof. BARBOSA MOREIRA¹⁸:

São de ordem prática - e não de ordem puramente lógica - as necessidades para cujo atendimento a imaginação do legislador criou o duplo expediente da extensão da *res iudicata* e da unitariedade do litisconsórcio, com seu regime especial... É preciso que a regra jurídica concreta formulada na sentença não possa operar praticamente senão quando aplicada às várias posições individuais.

A sentença proferida para regular situações jurídicas individuais ligadas pelo vínculo da unitariedade deve conter norma concreta que resolva o litígio de forma igualmente unitária do ponto de vista prático, o que significa dizer que a solução judicial é a mesma para todos, inclusive para aqueles que não são parte (aqui pensando ainda em termos de litisconsórcio), visto que a decisão judicial deve operar praticamente na realidade e alterar de modo uniforme a situação global ou plurissubjetiva.

Por tal motivo o Prof. BARBOSA MOREIRA¹⁹ afirma que “à luz das precedentes considerações, fica bem clara a equivalência funcional entre extensibilidade da coisa julgada e litisconsórcio unitário”.

Se a alteração prática da situação global é consequência da regulação de situações jurídicas individuais que se ligam pelo vínculo da unitariedade, não é possível que a sentença possa operar mudança de situação para um dos titulares e não produzir o mesmo efeito para os demais titulares, ainda que não tenham figurado na relação jurídico-processual, conforme esclarece o mestre²⁰:

18 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio Unitário**, p. 144.

19 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio Unitário**, p. 140.

20 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio Unitário**, p. 140.

Com efeito. Se uma das situações unitárias a que nos referimos é submetida à cognição judicial, pode suceder que: a) todos os co-interessados participem do processo, ou porque se vejam forçados a fazê-lo, ou simplesmente porque, sem que fosse indispensável, proponham juntos a ação ou sejam demandados em conjunto: b) um só dentre eles figure, ativa ou passivamente, no feito: c) parte deles esteja presente e outra parte ausente do processo. Nas hipóteses a) e b), o escopo da uniformização será alcançável mediante o emprego de uma única técnica: extensão da *res iudicata*, em b), e unitariedade do litisconsórcio, com aplicação do regime especial, em a). Já no terceiro caso c), será preciso lançar mão, ao mesmo tempo, de dois expedientes:

1º Sujeitar ao regime especial os interessados que se litisconsorciaram, a fim de assegurar que para todos esses sobrevenha igual resultado; 2º Ampliar aos demais o resultado homogêneo sobrevivendo, submetendo-os ao vínculo da *auctoritas rei iudicatae*.

O Prof. BARBOSA MOREIRA destaca a identidade funcional das duas técnicas, regime especial do litisconsórcio unitário e extensão da *res iudicata*, como mecanismos de solução adequada para as situações unitárias porque estas exigem, repita-se, uniformidade temporal e factual. A solução de um litígio que envolva situação unitária deverá, na prática e ao mesmo tempo, influir de forma idêntica nas situações individuais que se ligam à situação global. As situações plurissubjetivas unitárias se compõem de situações individuais que guardam entre si tamanha comunhão que se pode dizer que: *a preservação do direito de um é a preservação dos direitos dos demais, a perda do direito de um é a perda dos direitos dos demais ou, ainda, a modificação do direito de um é a modificação dos direitos dos demais.*

A uniformidade, então, implica, não apenas em solução idêntica, mas solução que influa de forma igualitária na situação global, alterando na prática e uniformemente as situações individuais, ainda que certos titulares de direitos ligados pelo vínculo da unitariedade não tenham figurado como partes.

Vale relembrar o alerta do querido mestre²¹ de que a razão de ser da unitariedade é de ordem prática e não meramente de ordem lógica:

Confirma-se, por outro lado, a incoerência de unitariedade no âmbito do litisconsórcio propriamente facultativo, ainda quando a decisão da causa dependa da solução que se der à questão suscitada sobre o ponto comum (de fato ou de direito): por certo, do ponto-de-vista *lógico*, impõe-se que tal questão seja resolvida do mesmo modo para todos os litisconsortes; mas, como inexistente vinculação *prática* entre as várias posições jurídicas individuais, não se torna impossível a atuação simultânea de regras concretas divergentes acaso formuladas para cada um dos coautores ou corréus. O ordenamento prefere tolerar essa ofensa à lógica, vista aí como *mal menor*.

21 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 145.

É possível, assim, que duas situações jurídicas semelhantes tenham soluções discrepantes. Exemplo desta hipótese se dá quando dois servidores públicos, amparados em mesma norma legal, pleiteiam certo benefício funcional através de processos distintos. Nada impede que um tenha sentença favorável e outro, sentença desfavorável. Há aqui evidente paradoxo ou incongruência do ponto de vista da lógica. Como é possível que duas pessoas com as mesmas posições jurídicas tenham, ao mesmo tempo, negado e afirmado o mesmo direito? Realmente o absurdo aos olhos dos inexpertos; no entanto, trata-se de hipótese perfeitamente admissível pelo sistema jurídico, como destacou o Prof. BARBOSA MOREIRA, sobretudo em razão do princípio do livre convencimento do juiz e da incorrência de princípio como o *stare decisis*²², este peculiar ao sistema jurídico denominado *common law*.

Diferente é a solução quando se trata de situação unitária, como ocorre, *v.g.*, em relação aos co-locadores na ação renovatória de contrato de imóvel comercial²³. Neste caso, se dois co-locadores propusessem duas ações distintas, não seria razoável do ponto de vista prático que houvesse duas decisões opostas, uma, negando, outra, reconhecendo o direito à renovação do contrato. Há tal comunhão de interesses das posições jurídicas individuais que a solução para a posição global só pode ser uniforme. E mais, se apenas uma ação renovatória fosse proposta por um dos co-locatários, a solução desta lide afetaria o universo jurídico de todos os co-locatários, independentemente de terem sido ou não partes no processo.

A comunhão de interesses entre titulares de direitos que compõem situações unitárias situa-se no nível da objetividade prática e não da objetividade lógica, pois há tamanha vinculação com a situação global que, alterada esta por ação de um dos titulares dos direitos individuais, alteram-se todos os direitos individuais a ela vinculados.

Diante do exposto, podemos afirmar que os litígios que envolvem *situações unitárias*: 1) exigem soluções uniformes, do ponto de vista prático, para todos os titulares de direitos individuais que compõem a situação global; 2) implicam em alteração na situação global e, portanto, nas diversas posições jurídicas individuais que a compõem, independentemente de terem sido partes ou não.

Por tal motivo o Prof. BARBOSA MOREIRA²⁴ afirma:

Se por tal prisma são iguais e interligadas as posições jurídicas individuais de dois ou mais sujeitos, então essa regra concreta necessariamente os atinge a todos com idêntica eficácia. Por isso tem de possuir o mesmo teor para os que figurem num dos pólos do processo (unitariedade do litisconsórcio) e alcança mesmo os que a ele permaneçam estranhos, conquanto houvessem podido consorciar-se ao(s) autor(es) ou ao(s) réu(s) (extensão da coisa julgada).

22 RE, Edward D. Stare Decisis, **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 73. “A compreensão de que, no sistema do *common law*, uma decisão judicial desempenha dupla função é fundamental para nossa análise. A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a doutrina da *res judicata* as partes não podem renovar o debate sobre as questões que foram decididas. Em segundo lugar, no sistema da *common law*, consoante a doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial também tem valor de precedente. A doutrina, cuja formulação é *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se distúrbie o que foi decidido) tem raízes na orientação do *common law* segundo a qual um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro. Na essência, esta orientação indica a probabilidade de que uma causa idêntica ou assemelhada que venha a surgir no futuro seja decidida da mesma maneira”.

23 Exemplo de BARBOSA MOREIRA in **Litisconsórcio Unitário**, p. 131.

24 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio Unitário**, p. 143.

A unitariedade da situação global é que determina a existência de litisconsórcio unitário e a extensão da coisa julgada, institutos de idêntica funcionalidade, qual seja, afastar decisões incongruentes e inexecutíveis (o que não significa que o Direito Pátrio adote os dois institutos para todas as situações unitárias). A referência a ambos no texto transcrito tem por fim exatamente o reconhecimento de que é a natureza dos direitos individualmente considerados em face da situação global que determina a unitariedade desta mesma situação, a exigir solução que seja uniforme, do ponto de vista prático, e que abarque todas as posições jurídicas individuais.

BARBOSA MOREIRA²⁵, quando afirma que as raízes do litisconsórcio unitário estão na natureza do direito material, esclarece bem a questão:

Mais profícua, como tentativa de esclarecimento, afigura-se a efetuada por Machado Guimarães, que num interessantíssimo ensaio, propôs se desse à expressão “interesse”, na fórmula do art. 88²⁶, entendimento capaz de afeiçoá-lo às exigências do direito material, pois neste, e não no processual, é que lança raízes e encontra sua explicação última o fenômeno do litisconsórcio. “Comunhão de interesses”, aí significaria “comunhão de direitos”, ou mais exatamente “comunhão de direitos no objeto da demanda”.

A mesma razão de ser dos dois institutos antes referidos (litisconsórcio unitário e extensão da coisa julgada) constitui o fundamento fático da existência dos interesses/direitos essencialmente coletivos: uma situação plurissubjetiva unitária.

Os interesses/direitos essencialmente coletivos são instituto de direito processual em razão do reconhecimento dos processualistas de que existem bens em relação aos quais as pessoas têm seus direitos individuais intimamente ligados pela fruição ou interesse coletivo.

A razão da existência dos interesses/direitos coletivos está na natureza do bem objeto do direito material, mas tal fato não descaracteriza o instituto como processual, porquanto é sob este prisma que aquela situação jurídica global sobre determinado bem é observada.

Não se afigura, portanto, despropositado colocar *o interesse/direito essencialmente coletivo como instituto processual* de idêntica funcionalidade àquela do litisconsórcio unitário e da extensão da coisa julgada. Independentemente dos mecanismos próprios de cada instituto, inafastável o fato de que é precisamente a necessidade de solução uniforme, do ponto de vista prático, para situações plurissubjetivas unitárias a razão de ser de sua existência.

A distinção entre o interesse/direito essencialmente coletivo e o litisconsórcio está na dimensão coletiva daquele que falta a este. A dimensão coletiva pode ser identificada pela relevância jurídico-social da demanda por tratar de interesse comum a todos os membros da sociedade ou de parcela que a compõe.

A referência à indivisibilidade feita pelo legislador no parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos interesses/direitos difusos e coletivos, indica o reconhecimento da unitariedade das lides que pretende regular.

25 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Litisconsórcio e seu Duplo Regime. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, n. 393, 1968.

26 A referência aqui é ao art. 88 do CPC de 1939, vigente à época do texto.

BARBOSA MOREIRA²⁷ afirma que “do ponto de vista objetivo, esses litígios a que eu chamei essencialmente coletivos distinguem-se porque seu objeto é indivisível”.

A indivisibilidade do objeto do litígio (direitos difusos e coletivos *stricto sensu*) significa que se trata de litígio em que estão envolvidas situações plurissubjetivas ligadas pelo vínculo da unitariedade. Indivisibilidade do direito ou do objeto do litígio é sinônimo de situações plurissubjetivas unitárias de dimensão coletiva.

Interesse/direito essencialmente coletivo é, portanto, instituto de direito processual que visa a regular numa só norma jurídica concreta situações plurissubjetivas unitárias de dimensão coletiva que compreendem um número indeterminado (difusos) ou determinável (coletivos *stricto sensu*) de pessoas que têm posições jurídicas individuais de tão íntima comunhão em relação a determinado bem, que a solução para a lide deve ser uniforme, do ponto de vista prático, para todos os titulares.

As consequências práticas da imbricação das posições jurídicas individuais com a situação global, em se tratando de situações plurissubjetivas unitárias, podem ser identificadas também nos interesses/direitos essencialmente coletivos, quais sejam: a *preservação do direito de um é a preservação dos direitos dos demais, a perda do direito de um é a perda dos direitos dos demais ou, ainda, a modificação do direito de um é a modificação dos direitos dos demais.*

Por tal motivo, Prof. BARBOSA MOREIRA²⁸ afirma:

Não se está focalizando, nesta perspectiva, o problema isolado de cada pessoa, e sim algo que necessariamente assume dimensão coletiva e incidível, do que resulta uma consequência muito importante, que tem, inclusive, reflexos notáveis sobre a disciplina processual a ser adotada. Em que consiste esta consequência? Consiste em que é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou o interesse de toda a coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal.

A compreensão da unitariedade como causa dos interesses/direitos essencialmente coletivos tem enorme importância prática, exatamente como destacou o querido mestre carioca, em razão das consequências da incidibilidade da posição global em que estão inseridas as posições jurídicas individuais. A exata percepção desta questão poderia dissipar a névoa que paira sobre doutrina e jurisprudência na perfeita identificação concreta dos direitos coletivos *lato sensu*, em especial em relação aos direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

A unitariedade ou incidibilidade ou indivisibilidade do objeto da demanda ou, em outros termos, da situação plurissubjetiva identifica-se, segundo Barbosa Moreira²⁹, “à vista do pedido e da *causa petendí*”. A causa de pedir é fato ou conjunto de fatos a que o autor atribui às consequências jurídicas afirmadas na petição inicial. Se a causa de pedir compreender uma situação jurídica transindividual³⁰ unitária, o resultado da demanda será necessariamente indivisível. O pedido, por sua vez,

27 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 61.

28 MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*.

29 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litiscônsórcio Unitário*, p. 146.

30 Situação transindividual deve ser aqui considerada como situação jurídica plurissubjetiva de dimensão coletiva. No caso dos interesses/direitos essencialmente coletivos, a transindividualidade é da natureza em si dos diversos direitos individuais, ou, como diz Barbosa Moreira: “a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos”.

deve se apreciar à luz de seus objetos imediato e mediato³¹. O objeto imediato é a providência jurisdicional solicitada, enquanto o mediato é o bem que o autor pretende conseguir por meio da prestação jurisdicional³². Se o objeto mediato compreende bem relacionado com a situação plurissubjetiva unitária, o objeto imediato será, necessariamente, uma prestação jurisdicional de natureza uniforme (ou igualmente unitária), sob pena de faltar ao autor interesse de agir, na espécie interesse-adequação, que se determina pela adequação entre o objeto imediato e mediato do pedido.

A unitariedade, ademais, pode ser material ou jurídica³³. A unitariedade material é aquela decorrente de uma situação fática, como ocorre, *v.g.*, em relação ao meio ambiente. A unitariedade jurídica, embora de reduzidíssima possibilidade, encontra exemplo em ação para anular assembleia de acionista de sociedade anônima ou em ação que envolva litígio decorrente de contrato coletivo de trabalho.

Convém, neste passo, destacar que a legitimação extraordinária e a extensão da coisa julgada não são causas dos interesses/direitos essencialmente coletivos, embora sejam institutos utilizados pelo legislador na regulação das ações coletivas a fim de dar coerência e maior eficácia à tutela coletiva.

A legitimação extraordinária prevista na legislação pátria (art. 82 do Código de Defesa do Consumidor) nada tem a ver com a etiologia dos interesses/ direitos essencialmente coletivos, sendo, antes, uma questão de política legislativa. Basta reconhecer que não é a legitimação extraordinária que faz surgir o interesse/direito essencialmente coletivo, pois é possível que o legislador proponha esta técnica para ações em que se veiculem lides sem a característica da unitariedade (exemplo é a defesa coletiva dos direitos acidentalmente coletivos).

A extensão da coisa julgada ordenada pelo art. 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor, também não justifica a existência da unitariedade; esta é que justifica aquela, técnica processual cujo fim é afastar a possibilidade de outra decisão judicial, eventualmente contraditória, sobre situação jurídica unitária.

4. A cindibilidade dos Direitos Acidentalmente Coletivos

Os interesses/ direitos acidentalmente coletivos, por sua vez, têm sua regulação pela similitude com o litisconsórcio comum.

BARBOSA MOREIRA³⁴ define litisconsórcio comum como sendo aquele que permite “tratamento heterogêneo, na decisão de mérito, aos vários coautores ou corréus”. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO³⁵ afirma que “litisconsórcio comum é o não unitário, ou seja, é aquele em que o juiz tem (relativa) liberdade para julgar de modos diferentes as pretensões ou situações dos diversos litisconsortes.”

A semelhança do litisconsórcio comum com os direitos acidentalmente coletivos está precisamente na cindibilidade da norma jurídica concreta em razão da autonomia das situações jurídicas individuais que compõem as situações globais reguladas pelos dois institutos processuais. BARBOSA MOREIRA³⁶ após discorrer sobre os direitos essencialmente coletivos, indaga e esclarece:

31 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, p. 212.

32 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 12.

33 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, p. 212.

34 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 129.

35 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, p. 123.

36 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*.

Que são litígios acidentalmente coletivos? Estes não apresentam as mesmas características daqueles, sobretudo a característica da indivisibilidade do objeto... Nada impede, entretanto, que estabeleçamos a divisão: cada um tem direito a tanto, ou não tem direito; uns podem ter, outros podem não ter. A solução é perfeitamente cindível, nada tem de unitária, ao contrário do que se dá com a outra espécie, em que não se conceberia que alguém pudesse ter interesse, por exemplo, numa fração da paisagem.

A característica dos direitos acidentalmente coletivos é a divisibilidade, que reside no fato de que não há qualquer vínculo de unitariedade entre os diversos direitos individuais ou, de outro modo, na cindibilidade da norma jurídica concreta em razão da autonomia das situações jurídicas individuais que compõem a situação global.

Vale destacar que a cindibilidade ou divisibilidade do direito não significa que haja um único direito com vários titulares a certa fração ideal, mas vários direitos individuais que compõem, do ponto de vista do direito processual, uma comunhão de direitos tão assemelhados que se justifica sua defesa coletiva em homenagem ao princípio constitucional do acesso à justiça, permitindo, via de consequência, uma sentença que pode tratar as diversas situações individuais de distintas maneiras, dependendo de como cada uma se insere na situação global.

A cindibilidade ou divisibilidade dos interesses/direitos acidentalmente coletivos não se destaca apenas na possibilidade da norma jurídica concreta decidir de maneira não uniforme as diversas situações jurídicas individuais que compõem a lide. O grande diferencial reside no fato de que a decisão judicial proferida em ação de tutela individual sobre uma situação jurídica individual, dada a absoluta autonomia das diversas situações jurídicas que compõem a situação global nos direitos acidentalmente coletivos, restringe-se ao patrimônio jurídico das partes, não alterando a situação jurídica das outras pessoas que tenham direitos assemelhados àquele defendido individualmente.

A cindibilidade da decisão no mesmo processo, portanto, não é o único ponto de referência, mas a absoluta cindibilidade ou divisibilidade dos interesses/direitos individuais que, olhados do enfoque da tutela coletiva, podem se defendidos coletivamente, mas, permitem, também, a defesa individual, *sem que esta altere a situação dos demais titulares de interesses/direitos individuais*.

A divisibilidade ou cindibilidade dos interesses/direitos acidentalmente coletivos se caracteriza pela possibilidade de decisão não uniforme sobre as diversas situações jurídicas individuais, no mesmo processo ou em processos distintos, sem que esta situação produza uma contradição, *do ponto de vista prático*, ainda que eventualmente isto ocorra do ponto de vista lógico, na medida em que o sistema jurídico admite contradições lógicas para preservar sua integridade, como já foi esclarecido anteriormente.

Imagine-se, por exemplo, uma situação em que servidores ingressam no serviço público na mesma data e com o mesmo estatuto funcional. Passados alguns anos, este estatuto sofre alteração que causa prejuízo na situação funcional daqueles servidores. Pergunta-se: 1) Pode um servidor pleitear individualmente a tutela de direito que entende possuir? 2) Fazendo-o e havendo sucesso na causa, esta alteração

em sua situação jurídica individual ficará restrita ao seu patrimônio pessoal, isto é, não produzirá, do ponto de vista prático, alteração na situação individual dos demais? 3) Poderá ocorrer que outro servidor ingresse com outra ação e veja rejeitada sua pretensão? 4) Esta rejeição é contraditória do ponto de vista lógico com o acolhimento da pretensão daquele primeiro servidor, mas há contradição prática que impeça a execução de ambas as sentenças? 5) É possível a tutela coletiva dos direitos individuais de todos os servidores?

A resposta à primeira pergunta será sempre afirmativa em razão do direito fundamental de acesso à justiça garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (ainda que se cuide de direito essencialmente coletivo defendido individualmente³⁷). A segunda pergunta deve ser respondida afirmativamente em razão da absoluta autonomia da situação jurídica individual do servidor em relação às situações jurídicas individuais dos demais servidores, nada obstante sejam assemelhadas. A terceira resposta é afirmativa em razão do direito fundamental de acesso à Justiça e do princípio do livre convencimento do Juiz. A quarta se divide em duas, há contradição lógica, ao menos para o inexperto desafiado ao sistema jurídico, e não há contradição prática que impeça a execução de ambas as sentenças, a significar que se cuida de direitos acidentalmente coletivos. Por fim, diante do sistema processual pátrio, a resposta à quinta pergunta é afirmativa no sentido de que é possível a defesa coletiva dos direitos individuais dos servidores, sem prejuízo da tutela individual.

Desta forma, ainda que a divisibilidade signifique a possibilidade de decisão não uniforme para todos aqueles que integram o conjunto de substituídos/interessados numa lide coletiva, *o melhor critério* para identificar a natureza da situação global (não-unitária ou unitária) composta por diversos direitos individuais se encontra na resposta à segunda pergunta acima formulada³⁸, que tem por foco o poder de sentença proferida para tutela individual em alterar ou não as demais situações individuais das pessoas que não forem partes no processo, mas integrem aquela situação plurissubjetiva global; em outras palavras, a limitação dos efeitos da sentença de tutela individual ao patrimônio jurídico das partes em razão da autonomia das diversas situações jurídicas individuais que compõem a situação global (divisibilidade que caracteriza os direitos acidentalmente coletivos) ou a extensão, por necessidade prática, dos efeitos da sentença de tutela individual ao patrimônio jurídico das demais pessoas envolvidas na situação global em razão do vínculo da unitariedade que as une (unitariedade que caracteriza os direitos essencialmente coletivos).

Assim, diante de certa situação jurídica plurissubjetiva de dimensão coletiva, se a resposta à segunda pergunta for positiva, cuida-se de interesse/ direito acidentalmente coletivo (não-unitários); caso contrário, isto é, resposta negativa, trata-se de interesses/ direitos essencialmente coletivos (unitários)³⁹.

37 Sobre o tema “direitos essencialmente coletivos e legitimação de pessoa física” vale conferir as considerações de ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**, p. 256/257.

38 As demais perguntas servem apenas para esclarecer melhor a questão.

39 A propósito de uma ação individual ter as mesmas consequências de uma ação de tutela coletiva, vale verificar o percuente exame do tema por ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, que conclui pela identidade prática das duas ações (de tutela individual e de tutela coletiva) em se tratando de direitos essencialmente coletivos, à vista da unitariedade. Negar legitimidade àquele indivíduo que busca tutelar seu direito individual vinculado a outros pela unitariedade seria o mesmo que denegar o acesso à jurisdição. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**, p. 256/257.

A divisibilidade do objeto do litígio (interesses/direitos individuais homogêneos⁴⁰) significa dizer que se trata de litígio em que está envolvida situação plurissubjetiva composta por situações jurídicas individuais e autônomas, embora ligadas pelo vínculo da similitude. Divisibilidade do direito ou do objeto do litígio é sinônimo, portanto, de situação plurissubjetiva constituída de interesses/direitos individuais autônomos e assemelhados, os quais merecem ser tutelados coletivamente em razão de suas semelhanças e da dimensão social que assumem em vista do grande número de interessados e das graves repercussões da lide na comunidade⁴¹.

A transindividualidade ou plurissubjetividade não é da essência destes interesses/direitos; surge por obra da positivação de sistema de defesa coletiva dos mesmos, daí se falar em *transindividualidade acidental*. Cuida-se de simples técnica processual elaborada para garantir o direito fundamental de acesso à justiça, sem qualquer relação com a natureza em si dos interesses/direitos (como ocorre com os interesses/direitos submetidos ao vínculo da unitariedade.)

Interesse/direito acidentalmente coletivo é, portanto, instituto de direito processual que visa a regular numa só norma jurídica concreta situações jurídicas individuais e autônomas que se vinculam pela similitude e assumem dimensão coletiva em razão do grande número de titulares e das repercussões sociais da lide.

Vale recordar que a extensão da coisa julgada a todos os titulares de direitos individuais que compõe a situação transindividual ou plurissubjetiva não unitária, embora seja técnica própria das situações globais ou plurissubjetivas unitárias, aplica-se às hipóteses de direitos acidentalmente coletivos por critério de política legislativa.

**Publicado originalmente na Revista nº 48 abr./jun. 2013, p. 173.*

40 O exame dos direitos individuais homogêneos, numa perspectiva do direito positivo, será feita oportunamente; neste momento cabe apenas estabelecer a diferença entre direitos essencialmente e acidentalmente coletivos.

41 MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. In: **Temas de Direito Processual, Terceira Série**.

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

MARCOS ANTONIO MASELLI DE PINHEIRO GOUVÊA*

1. Apresentação. 2. A tese da ilegitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil coletiva, quando os interesses versados não são 'indisponíveis'. 3. A inspiração da ação civil coletiva no direito processual comparado. 4. A defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais como fundamento para a legitimidade do Ministério Público. 5. Em que sentido os direitos individuais homogêneos são, de fato, interesses indisponíveis. 6. O entendimento jurisprudencial. 7. A legitimidade em sede de interesses de contribuintes. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. Apresentação

A reconstrução democrática do Brasil coincide com o florescimento da função promocional do Ministério Público. A derrocada do Estado autoritário constituiu momento propício para que as novas concepções da tarefa ministerial, forjadas gradualmente desde a década de sessenta, encontrassem eco nos reclamos libertários da sociedade brasileira, sensibilizando o legislador – e, posteriormente, o constituinte – para a elaboração de leis que consagravam este Ministério Público ímpar, de funções que em muito transcendiam as de seus congêneres estrangeiros.

Embora décadas antes já se desenhasse uma reformulação do perfil institucional do *Parquet*, os anos oitenta foram responsáveis pela implementação desta mudança. Datam do período a primeira lei orgânica da Instituição (Lei Complementar nº 40/81), a primeira lei a atribuir ao Ministério Público legitimidade para pleitear indenização por violação a interesses transindividuais (Lei nº 6.938/81, que regula a Política Nacional de Meio Ambiente) e a Lei da Ação Civil Pública; em 1988, a nova Constituição da República veio coroar este processo, revelando-se um verdadeiro divisor de águas na história do *Parquet* brasileiro.

Inobstante os inegáveis e profundos avanços ocorridos em outras esferas¹,

* MARCOS ANTONIO MASELLI DE PINHEIRO GOUVÊA é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

** O presente estudo obteve o primeiro lugar no "Concurso de Ensaios Jurídicos – Prêmio Luiz Carlos Cáffaro", promovido pela FEMPERJ e pelo CEJUR.

1 Durante a década de oitenta, sobretudo com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 40/81, restou definitivamente superada (a despeito de algumas recentes tentativas de ressuscitá-la, imediatamente ceifadas pelo Excelso Pretório) a corrente que defendia a possibilidade de o juiz, eventualmente, nomear promotor ad hoc. Os anos oitenta marcaram ainda o fim de uma concepção de *promotor de acusação*, contrapartida mecânica do advogado de defesa, substituída pela de *Promotor de Justiça*, preocupado acima de tudo com o bem-estar da sociedade e com a justiça e, desta forma, livre de qualquer constrangimento para, ao final do processo penal, diante de provas que o aconselhem, requerer a absolvição do réu.

Saindo da esfera penal e adentrando ao campo das prerrogativas institucionais, a década de oitenta, com ainda mais motivos, pode ser qualificada de revolucionária. A Constituição de 1988, entre outras tantas disposições fundamentais, consagrou uma série de prerrogativas, garantias e vedações que vieram a conferir

foi no campo dos interesses transindividuais que este período de transformação se mostrou mais profícuo, sobretudo diante do ineditismo das funções atribuídas ao Ministério Público, sem paralelo em outros ordenamentos.

Como é cediço, o principal veículo de resguardo dos interesses transindividuais é a ação civil pública, instrumento processual instituído pela Lei nº 7.347/85, destinado à tutela de interesses difusos, coletivos e, a partir de modificação introduzida pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), inspirada nas *class actions* norte-americanas, também dos direitos individuais homogêneos. Situações jurídicas transindividuais, que anteriormente não possuíam meio adequado de tutela processual, tornaram-se sindicáveis através de ações movidas pelo Ministério Público, por associações e órgãos públicos especificamente destinados a tal fim. A este respeito, vale observar que, inobstante a legitimação concorrente, o Ministério Público, concretamente, integra o pólo ativo de mais de noventa por cento destas ações².

A Constituição de 1988 referiu-se à ação civil pública em seu art. 129, III. Neste dispositivo, incumbiu o Ministério Público de instaurar inquérito civil e ajuizar ação civil pública “para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Rompendo com o sistema originário de enumeração *numerus clausus*, o Texto Maior viabilizou a propositura de ação civil pública para a defesa de quaisquer interesses.

A ênfase conferida pela Constituição à defesa dos interesses transindividuais inspirou uma série de mudanças de ordem prática. Verifica-se que quase todos os Estados da Federação, ao longo da última década, criaram Promotorias de Justiça especializadas em defesa de interesses transindividuais - consumidores, meio ambiente, patrimônio público, infância e juventude, deficientes físicos *etc.* As ações civis públicas, tão exíguas até 1988, sofreram um impulso considerável a partir da Constituição e da Lei nº 8.078/90.

O Promotor de Justiça, perante a sociedade, passou a ser identificado com a concretização de políticas públicas: de segurança; de atendimento a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência; de proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, artístico e cultural; de salvaguarda do Erário e da moralidade administrativa; de defesa do consumidor, da família e dos hipossuficientes. Sua atuação não consiste mais na mera reafirmação burocrática do *status quo*; nas mais diferentes arenas, passa a ser uma atuação orientada finalística e estrategicamente, tendo sempre a Lei - e, primordialmente, a Constituição - como instrumento para atingimento de seus objetivos.

Esta **função promocional** do Ministério Público, ao contrário do que apressadamente poder-se-ia conceber, de modo algum significa a obsolescência do antigo perfil do Promotor de Justiça, devotado a questões criminais. Muito apropriadamente, certos autores já salientaram que a velha dicotomia entre as

prestígio e autonomia à Instituição; alargou o campo de suas funções institucionais ao mesmo tempo em que retirou do Ministério Público deveres que não lhe diziam respeito (tal qual a defesa de entes públicos), e estabeleceu um mandato para o Procurador-Geral, escolhido dentre os nomes indicados pela classe.

² Este o número obtido em levantamento efetuado entre curadores de meio ambiente de todo o Brasil (cf. RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR, “Evolução Institucional do Ministério Público”, in Antonio Augusto M. de Camargo Ferraz (coord.), *Ministério Público - Instituição e Processo*, Atlas, 1997). Pesquisa organizada pelo Prof. PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO, que integra sua Tese de Titularidade em Direito Processual Civil perante a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, dá conta de números menos impressionantes, mas que ainda assim apontam para a indiscutível primazia da Instituição no ajuizamento das ações civis públicas.

atuações do Ministério Público no âmbito criminal e no âmbito cível afigura-se ultrapassada³. Ao invés de uma opção entre o Promotor criminal e o Promotor cível, o que se pretende é que a Instituição saiba manejar todos os instrumentos de que ora dispõe, com vistas ao atingimento de seu fim institucional de defesa da sociedade.

Sensíveis a isto, os Ministérios Públicos de diversos Estados da Federação já reformularam sua organização, de modo a que o mesmo órgão que cuida da defesa cível de um direito transindividual (p. ex., uma Promotoria de Defesa do Consumidor) seja responsável, também, pelos inquéritos policiais e ações penais concernentes à matéria. Destarte, sem qualquer prejuízo para a independência funcional, logra-se manter, por trás das diferentes formas de atuação ministerial, uma unidade de estratégia. A especialização dos órgãos do Ministério Público deixa, progressivamente, de basear-se no instrumento jurídico que será utilizado para adotar como critério o interesse material que se visa a resguardar, através dos diversos meios processuais e extraprocessuais pertinentes.

O motor que leva à articulação do presente ensaio é, justamente, o intuito de contribuir para o fortalecimento desta Instituição renovada. Diversas pesquisas e a prática profissional têm demonstrado que as ações civis públicas, instrumentos imprescindíveis da ação promocional do *Parquet*, têm apresentado índices de extinção sem julgamento do mérito excessivamente altos. Tal fenômeno atinge, sobretudo, as ações civis *coletivas*, modalidades de ação civil pública destinadas à tutela dos interesses individuais homogêneos, e deve-se à vulgarização, em certos meios doutrinários e judiciários, da tese de que o Ministério Público não se encontraria legitimado para sua propositura.

2. A tese da ilegitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil coletiva, quando os interesses versados não são "indisponíveis"

Alguns órgãos do Poder Judiciário, sensibilizados pela argumentação expendida por certos doutrinadores – alguns dos quais de renome incontestável – têm acolhido a tese de que o Ministério Público não pode titularizar a ação civil coletiva, ou seja, a ação civil pública destinada à tutela de interesses individuais homogêneos⁴.

Antes de aprofundar tal discussão, insta tecer algumas considerações quanto à tipologia dos interesses perseguíveis por intermédio da ação civil pública (tipologia que, a despeito de figurar na lei protetiva dos consumidores, aplica-se à generalidade das ações civis públicas, por força do art. 21 da Lei nº 7.347/85).

Nos termos do art. 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90, os interesses ou direitos tuteláveis através da ação civil pública compreendem:

³ Neste diapasão, PAULO SÉRGIO CORNACCHIONI, 'Uma Visão Crítica (e Autocrítica) da Dicotomia Cível-Criminal', in Antonio Augusto M. de Camargo Ferraz (coord.), *Ministério Público - Instituição e Processo*, Atlas, 1997), pp. 269 e ss.

⁴ STJ: REsp nº 57.465-PR, 35.664-0-MG; TJSP: AC nº 196.206-1, 169.496-1/0; TAMG: EIAC nº 136.210-1/01; TJPR: AC nº 53.111-5; TJDF: AC nº 35.391/95 (*apud* MÁRCIO FLÁVIO MAFRA LEAL, *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, Fabris, 1998, p. 201. Na mesma obra, são citados diversos acórdãos do STJ favoráveis à legitimidade do *Parquet*: REsp nº 38.175-2/MG/95, 39.767-0/MG, 49.272-6/RS/94, 70.997/SP/95, 28.715-0/SP/94, 50.059-1/MG/95, 68.141-3/RO/95).

“I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Impende salientar que um mesmo fato – a existência de uma cláusula contratual nula, por exemplo – pode ensejar o surgimento de uma pretensão difusa, coletiva e individual homogênea. É equivocado supor que a classe do direito – difuso, coletivo ou individual homogêneo – decorre automaticamente de características intrínsecas ao ilícito praticado. Aferir se o direito sindicado é difuso, coletivo ou individual homogêneo exige observar, antes de mais nada, o **pedido** formulado: assim, diante de uma cláusula contratual abusiva, pode-se pedir a veiculação de contrapropaganda (direito difuso, cujos beneficiários são todas as pessoas que, direta ou indiretamente, tiverem acesso àquela informação), a declaração de nulidade da cláusula (direito coletivo, titularizado pelo grupo de clientes que celebraram o prefalado contrato), ou ainda a condenação do fornecedor infrator ao ressarcimento dos consumidores lesados (direito individual homogêneo)⁵.

Ao presente estudo releva, em especial, a ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos – que o art. 91 do Código denomina, especificamente, *ação civil coletiva*. Para o ajuizamento desta ação, o Código legitimou o Ministério Público (art. 92; art. 82, I), sendo certo que outros atores processuais – entes de direito público interno, órgãos da administração pública destinados à defesa de direitos transindividuais, associações *etc.* – também poderão promovê-la (art. 82, II a IV). Vale ressaltar que, no tocante à legitimidade ministerial, esta foi repisada na Lei nº 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – que preceitua:

“Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...] IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; [...]”

Apesar de a previsão da legitimidade nestes dispositivos legais não aludir expressamente a qualquer restrição, permanece influente a tese de que o *Parquet* somente pode ajuizar a ação civil coletiva para salvaguarda de direitos individuais homogêneos *indisponíveis*. Os defensores deste ponto de vista baseiam-se, em primeiro lugar, na redação algo dúbia da legislação orgânica, que alude a direitos “individuais **indisponíveis** e homogêneos”.

5 Cf. NELSON NERY JUNIOR, “O Ministério Público e sua Legitimação para a Defesa do Consumidor em Juízo”, in *Justitia*, 51 (160), out./dez. de 1992, p. 245.

O argumento mais forte invocado pelos opositores da legitimidade do Ministério Público procura depreender esta limitação da própria configuração institucional delineada no Texto Maior. O art. 129, III da Constituição, ao cuidar da tarefa de promover a ação civil pública, não menciona os direitos individuais homogêneos. A legitimidade legalmente conferida, diante disto, somente poderia ter, por fundamento de validade, a regra insculpida no art. 129, IX, que permite ao legislador ordinário cometer ao Ministério Público outros afazeres, desde que consentâneos com seus fins institucionais. Entretanto, o *caput* do art. 127, ao rascunhar as finalidades do *Parquet*, ter-lhe-ia conferido a defesa dos direitos individuais *indisponíveis*; destarte, apenas os direitos individuais homogêneos que atendessem a este requisito de indisponibilidade poderiam ser tutelados por iniciativa do Ministério Público.

Esta tese recebeu a adesão de figuras preeminentes do cenário jurídico nacional, como, por exemplo, HUGO NIGRO MAZZILLI, que assim se manifestou:

“Na ação civil pública ou coletiva, em defesa do consumidor, a atuação do Ministério Público deverá levar em conta o tipo de interesse e o tipo de pedido.

Tratando-se da defesa de interesses difusos, pela abrangência dos interesses, a atuação do Ministério Público sempre será exigível. Já na matéria de interesses coletivos e interesses individuais homogêneos o Ministério Público atuará sempre que: a) haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano (mesmo o dano potencial); b) seja acentuada a relevância do bem jurídico a ser defendido; c) esteja em questão a estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico. Assim, se a defesa de um interesse, ainda que apenas coletivo ou individual homogêneo, convier direta ou indiretamente à coletividade como um todo, não se há de recusar ao Ministério Público de assumir sua tutela. Quando, porém, se tratar de interesses coletivos ou individuais homogêneos, de pequenos grupos, sem característica de indisponibilidade nem suficiente abrangência social, pode não se justificar a iniciativa do Ministério Público.

Por fim, na defesa de interesses estritamente individuais, dos consumidores, raramente se justificará a iniciativa da instituição.

A atuação do Ministério Público em defesa de interesses individuais de consumidores poderá ocorrer quando a questão diga respeito à questões de saúde, educação e outras matérias indisponíveis ou de grande relevância social.”⁶.

Secundando o entendimento desta parcela da doutrina, alguns acórdãos foram prolatados na direção da ilegitimidade ministerial. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através da 7ª Câmara Cível, houve por bem excluir o Ministério Público do pólo ativo de ação civil pública destinada à reparação das vítimas do desabamento do Edifício Palace II; em alguns Estados, foram extintas

6 *A Defesa dos Direitos Difusos em Juízo*, Saraiva, 1995, pp. 115 a 117.

ações que objetivavam a restituição de taxas de iluminação pública indevidamente auferidas por Municipalidades; noutros, foram extintas ações que pleiteavam a reposição de descontos por encargos abusivos previstos em contratos bancários. O próprio STJ, conforme será analisado pormenorizadamente adiante, demonstra posicionamento algo dúbio acerca do tema.

Afora a importância de cada uma destas ações caso fossem acolhidas, há de se ressaltar o custo social de toda a investigação que a precede – lotação do Promotor de Justiça e de funcionários no órgão que a ajuíza, papel, correspondências, tinta *etc.* Torna-se imperioso, diante de todo o proveito prático que poderia advir do julgamento destas ações, bem como de todos estes recursos humanos e materiais mobilizados, precisar exatamente se estas ações são ou não cabíveis, à luz das leis e da Constituição. Esta a tarefa a que se propõe a presente digressão.

Enquadrar a titularidade da ação civil coletiva entre as tarefas institucionais do Ministério Público exige, antes de mais nada, clarificar a importância desta ação dentro do direito processual contemporâneo. Impõe-se, assim, um breve relato acerca da inspiração da ação civil coletiva brasileira.

3. A inspiração da ação civil coletiva no direito processual comparado

A ação civil coletiva, modalidade de ação civil pública dirigida à defesa dos interesses individuais homogêneos, foi instituída a partir da constatação de que o direito processual clássico não fornecia remédios adequados a solucionar litígios envolvendo interesses de grupos de pessoas. Do ponto de vista do Poder Judiciário, estes interesses coletivos, para serem compostos, acarretavam (e ainda acarretam) uma enxurrada de ações que, entulhando a Justiça, tornavam sua atuação mais morosa e onerosa; ademais, davam margem a decisões conflitantes, o que ia de encontro à necessária igualdade entre os jurisdicionados. Do ponto de vista do cidadão, fazia com que este tivesse de dispendir um tempo enorme em tratativas com advogados, ou aguardando ser atendido pela assistência judiciária gratuita. Enfim, o tratamento processual tradicionalmente conferido a essa espécie de interesses se mostrava absolutamente inadequado. Frise-se ainda que certos atos ilícitos, prejudicando minimamente os patrimônios individuais mas atingindo grande monta quando globalmente considerados, ficavam na prática a salvo de qualquer impugnação judicial, já que, sopesando custos e benefícios, o lesado terminava por conformar-se à agressão a seu direito. Evidenciou-se assim, na esteira do movimento por acesso à justiça, a necessidade de criar-se um remédio processual capaz de proporcionar efetividade na tutela dos interesses patrimoniais lesionados em massa, sem aqueles inconvenientes acima mencionados.

Já no século XVII o Reino Unido contava com uma modalidade de ação civil coletiva, que viria a ser estendida aos demais países da *Commonwealth* – notadamente Canadá, Nova Zelândia e Austrália. Atualmente, países europeus de tradição romano-germânica também contam com instrumentos destinados à proteção molecular de direitos individuais homogêneos⁷. Inobstante a primazia britânica e a ulterior disseminação por todo o mundo, foi nos Estados Unidos que tal instrumento processual mais se desenvolveu, sob a forma das *class actions*.

⁷ *Apud* MÁRCIO FLÁVIO MAFRA LEAL, *op. cit.*, pp. 139 e ss.

Um dos maiores defensores da ação coletiva nos Estados Unidos foi, ainda na primeira metade do século passado, o *Justice Story*, da Suprema Corte. No curso do voto proferido no caso *West vs. Randall*, em 1820, *Story* realizou uma vasta digressão acerca da ação coletiva, identificando certos casos em que as cortes deveriam reconhecer, sem a necessidade de litisconsórcio expresse, a representação dos ausentes pelo autor coletivo:

“Onde as partes são muito numerosas e a corte percebe que será quase impossível trazê-las perante o tribunal, ou onde a questão é de interesse geral em que uns poucos podem promover uma ação em benefício de todos, ou onde houver uma associação voluntária com fins públicos ou privados em que seja possível a representação dos direitos e interesses de todos que dela fazem parte; nesses e em casos análogos, a ação se demonstra não ser meramente em nome dos autores, mas de todos os outros interessados; o pedido para formação de litisconsórcio necessário deverá ser repellido e o tribunal deverá dar prosseguimento ao processo até a decisão de mérito.”⁸

Inspirada pelos votos e estudos de *Story*, em 1845 a Suprema Corte promulgou a *Equity Rule 48*, compilação de práticas processuais que consagravam a tutela coletiva. Atualmente, as *class actions* são reguladas pela regra 23 do Código Federal de Processo Civil.

Desde que surgiu a *class action*, um de seus aspectos mais discutidos, senão o mais discutido, é o da titularidade ativa. O que distingue a ação coletiva do litisconsórcio ativo é, justamente, o fato de que terceiros são atingidos pela sentença, mesmo que não manifestem expressamente o propósito de ingressar com uma ação. Surge, assim, a questão: como se explica que estas pessoas possam, eventualmente, ser prejudicadas pela eventual improcedência de uma ação que não moveram? Não se deve reconhecer ao titular do direito lesionado a prerrogativa de escolher seu advogado, sua estratégia processual, o momento da propositura da ação, e até mesmo se pretende, efetivamente, recorrer às vias judiciais para ver seu direito reconhecido?

Desde meados do século passado, a jurisprudência e as leis norte-americanas se preocupam em evitar que o titular do direito tutelado seja prejudicado por ações coletivas mal formuladas. Para tanto, socorreram-se do conceito de representatividade adequada, pelo qual passava-se a exigir do autor coletivo algumas condições para que fosse possível o conhecimento da *class action*. Atualmente, nos termos da regra 23(b) (3), exige-se que sejam intimados todos os membros identificáveis da classe tutelada, mas não para que concordem com sua inclusão no pólo ativo (hipótese em que a ação se tornaria uma espécie de litisconsórcio ativo), e sim para que, caso o desejem, requeiram sua exclusão (sistema *opt out*).

Mesmo considerando que a presunção é de inclusão, havendo necessidade da expressa solicitação do titular do direito para que seu nome seja excluído do rol de atingidos pela ação coletiva, muitas críticas são dirigidas a esta necessidade de notificação. Na prática, o que se tem constatado é que poucas vezes os beneficiários da tutela coletiva expressam sua discordância com a inclusão na *class action*, o que torna a providência inútil. Além disso, muitas associações de menor porte não têm como arcar com o ônus destas notificações.

⁸ *Op. cit.*, p. 150.

No que toca mais diretamente à presente exposição, vale salientar que, quando alguma entidade pública é autora, fica dispensada de notificar os interessados. Presume-se, nesta hipótese, a representatividade adequada.

Constata-se, assim, que a defesa molecular dos interesses individuais homogêneos constitui uma necessidade percebida mundialmente, da qual o Brasil não pode permanecer afastado. Aliás, é importante enfatizar que nosso país conta com uma das legislações mais avançadas acerca deste tema, havendo encontrado soluções próprias e claras para certos problemas que ainda hoje intrigam os processualistas estrangeiros, como a representatividade adequada e o *fluid recovery* (destinação subsidiária da condenação, na hipótese de não ser promovida a execução pelos interessados).

Traçado este breve panorama da ação coletiva no direito comparado, há que se retornar à questão da legitimidade do Ministério Público para promovê-la, no Brasil. Será demonstrado, num primeiro momento, que a legitimidade do *Parquet* não depende exclusivamente da existência de interesses *indisponíveis*, devendo-se levar em consideração a *defesa da ordem jurídica* e dos *interesses sociais*, bem como a regra residual do art. 129, IX, da Constituição. Em segundo lugar, será visto que os direitos individuais homogêneos constituem um grupo de direitos decomponíveis em dois momentos normativos, sendo que apenas o primeiro destes, efetivamente indisponível, é objeto da tutela coletiva. Finalmente, serão analisadas a jurisprudência e a doutrina mais autorizada acerca do tema, conferindo-se especial atenção a brilhante acórdão, da lavra do eminente Min. **Maurício Corrêa**, que corretamente identifica os direitos individuais homogêneos como *consecutórios dos direitos coletivos*, cuja persecução o art. 129, III do Texto Maior confere ao *Parquet*, sem traçar qualquer restrição no que concerne à indisponibilidade dos interesses individualmente considerados.

4. A defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais como fundamento para a legitimidade do Ministério Público

Conforme já explanado, diante da cláusula final do art. 127 da Constituição brasileira, alguns doutrinadores e juízes manifestaram o entendimento de que a legitimidade do *Parquet*, quanto aos direitos individuais homogêneos, restringir-se-ia àqueles de caráter indisponível. De plano, este argumento esbarra em uma perplexidade: se os direitos individuais homogêneos são sempre direitos patrimoniais, como poderiam alguns deles ser considerados, em termos rigorosos, direitos *indisponíveis*? Na condição de direitos de crédito, serão sempre suscetíveis de renúncia. Se a ação civil coletiva limita-se sempre aos direitos indisponíveis, então será sempre inconstitucional, não se justificando a ressalva quanto à indisponibilidade.

Sustentam alguns que os direitos individuais homogêneos referentes a mensalidades escolares, por exemplo, seriam exceção, já que dizem respeito à educação, direito indisponível. Ora, embora a educação, em si mesma, afigure-se inegavelmente um direito indisponível – o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é reconhecido, em sede constitucional (art. 208, § 1º), como *direito público subjetivo*, e os teóricos dos direitos fundamentais reconhecem no ensino fundamental um direito inerente à dignidade da pessoa humana⁹ – as mensalidades escolares decerto não o

⁹ Neste sentido, ROBERT ALEXY. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 495; INGO WOLFGANG SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre:

são. A própria Medida Provisória nº 1477, que regula suas fixações, deixa evidente o propósito de obter soluções negociadas entre pais e donos de escola. Fosse um interesse indisponível, isto não seria possível.

A tese da ilegitimidade ministerial, superestimando a cláusula que consagra à instituição a defesa dos interesses indisponíveis, parece descuidar-se quanto ao restante das finalidades insculpidas no art. 127. Este dispositivo também alude aos fins de defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, cláusulas que fornecem a chave para a compreensão do problema ora enfocado.

Com efeito, caso o texto constitucional se limitasse a elencar a defesa de direitos indisponíveis como finalidade a legitimar a atuação do Ministério Público, disto resultaria não apenas a inconstitucionalidade da legitimidade para a ação coletiva, mas também a ausência de supedâneo para a intervenção da Instituição em ações acidentárias, por exemplo, dado o caráter disponível do benefício¹⁰. Diversos outros casos de intervenção do Ministério Público, na condição de *custos legis*, teriam de ser considerados inconstitucionais. Recursos interpostos nestas ações deveriam deixar de ser conhecidos. Estes exemplos evidenciam que a intervenção do *Parquet* ocorre, também, em função da indisponibilidade do direito, mas não apenas nesta hipótese.

Impõe-se a conclusão de que a atuação ministerial, nos termos do dispositivo mencionado, também se respalda nas funções institucionais de *defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais*. São estes valores, mais do que uma interpretação extensiva da defesa dos interesses indisponíveis, que fundamentam a tutela molecular dos direitos individuais homogêneos, tutela esta cuja provocação é constitucionalmente cometida, por excelência, ao Ministério Público. Se a apropriação indevida de uma quantia que deveria pertencer a consumidor é realizada por uma empresa, não configura isto um atentado contra a *ordem jurídica*, a demandar a intervenção do *Parquet*? Se, para a satisfação de seus direitos – direitos, por vezes, a quantias ínfimas – milhares de pessoas têm de propor uma enxurrada de ações individuais, atravancando juizados especiais e juízos comuns, não haverá aí *interesse social* na solução rápida de inúmeras lides, através da atuação molecular do Ministério Público?

Quando julga uma ação civil pública de repercussão social inegável – como ocorreu no caso Palace II, em que se objetivava sancionar oferta lesiva responsável pela morte de diversas pessoas, ou nas ações destinadas ao ressarcimento de centenas de milhares de contribuintes e consumidores prejudicados por cobranças ilegais – o Judiciário demonstra à população em geral sua capacidade de resolver eficazmente os conflitos sociais, consolidando assim seu respeito junto à sociedade e a confiança na ordem jurídica. Esta confiança no Estado de Direito, que a tutela coletiva fortalece, enquadra-se na cláusula que comete ao *Parquet* a defesa do regime democrático e da ordem jurídica.

Tal entendimento é esposado por diversos doutrinadores de expressão, como, por exemplo, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, que, com pertinência ao tema ora versado, assim se manifestaram:

Livraria do Advogado, 1998, pp. 300 e ss; RICARDO LOBO TORRES. *Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia*, Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 225.

10 De se ressaltar que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 226, reconhecendo a possibilidade de recurso interposto pelo *Parquet* em ações acidentárias, mesmo quando a parte encontra-se regularmente assistida por advogado. Isto reforça a tese ora exposta: a atuação do Ministério Público (como *custos legis* ou como parte) não exige, necessariamente, que o direito individualmente considerado seja indisponível.

“O que legitima o MP a ajuizar ação na defesa de direitos individuais homogêneos não é a natureza destes mesmos direitos, mas a circunstância de sua defesa ser feita por meio de ação coletiva. A propositura de ação coletiva é de interesse social, cuja defesa é mister institucional do MP (CF, 127, *caput*), razão por que é constitucional o CDC 82, I, que legitima o MP a mover ação coletiva na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. No mesmo sentido, tese de NELSON NERY JUNIOR aprovada por unanimidade no 9º Congresso Nacional do Ministério Público (Salvador-BA, setembro de 1992) ”¹¹.

No contexto da discussão acerca da legitimidade ministerial, assume relevo evidente o inciso IX do art. 129 da Constituição, cláusula de fechamento das que regulam as funções institucionais do Ministério Público, e que permite à lei atribuir novas incumbências ao *Parquet*, “desde que compatíveis com sua finalidade”.

Inobstante o aparentemente evidente propósito ampliativo do dispositivo em questão, muitos autores contrários à legitimidade, enfatizando a necessidade de que os poderes adicionais sejam *compatíveis* com a *finalidade* da Instituição, sustentaram que tais novas atribuições não poderiam importar a tutela de interesses individuais que não fossem indisponíveis. Tal argumento, na linha do que foi assinalado acima, peca por desconsiderar o *munus* ministerial de zelar pelo interesse social e pela ordem jurídica.

Nesta direção, ADA PELLEGRINI GRINOVER, uma das mentoras do Código do Consumidor brasileiro, em célebre parecer redigido por solicitação do IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – demonstra como a legitimidade do *Parquet* pode ser extraída da cláusula residual do art. 129, IX, desde que se atente para a finalidade institucional de defesa do interesse social:

“[...] Muito embora a Constituição atribua ao Ministério Público apenas a defesa de interesses individuais indisponíveis (art. 127), além dos difusos e coletivos (art. 129, III), a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos levou o legislador ordinário a conferir ao MP a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis, em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX).

A dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da CF. É o que afirmo no artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo* de 14.12.91, já citado.

15. Vale lembrar, a esse respeito, as preciosas colocações de KAZUO WATANABE: ‘... o legislador claramente percebeu que, na solução dos conflitos que nascem de relações geradas pela economia de massa, quando essencialmente de natureza coletiva, o processo deve operar também como instrumento de mediação dos conflitos

¹¹ Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, RT, 3ª edição, p. 1029.

sociais neles envolvidos e não apenas como instrumento de solução de lides. A estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à Justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras sócio-culturais, evitará a sua banalização pela técnica da fragmentação e conferirá peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos' (Código Brasileiro cit., pp. 501 e 502).

E mais: 'Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do *Parquet*. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular, mesmo em se tratando de interesses e direitos disponíveis' (ob. cit., p. 515).

[...] 17. Decorre daí que, pelo simples fato de serem tratados numa dimensão coletiva, os direitos individuais assumem relevância social, inserindo-se sua tutela, pela legitimação do MP, no art. 127 da CF, c/c o art. 129, IX. Não é por outra razão que o CDC determinou a atuação obrigatória do MP no processo, se não for ele autor da ação em defesa dos interesses (ou direitos) individuais homogêneos (art. 92 do CDC).

O Código de Defesa do Consumidor e a LACP não pretenderam 'esclarecer' o art. 129, III da CF - como pareceu ao eminente Prof. MIGUEL REALE - mas ampliaram a legitimação do MP, como permitia o art. 129, IX, observada a relevância social dos direitos individuais, quando coletivamente tratados (art. 127 da CF).

Aliás, a Constituição Federal estabelece um patamar mínimo, que o legislador ordinário pode ampliar, desde que não se desvirtuem os objetivos institucionais do órgão. E tal desvirtuamento não houve, como se demonstrou.

[...] É inconstitucional a legitimação do MP às ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, outorgada pelo CDC e pela LACP?

Resposta - De forma alguma. Encontra ela perfeito embasamento na Constituição Federal."¹²

Aliás, análise histórica revela que a maior preocupação do constituinte, ao restringir a possibilidade de cometimento pelo legislador ordinário de tarefas ao *Parquet*, foi a de evitar que a Instituição permanesse realizando as funções de advocacia de entes públicos, notadamente da União Federal - incumbência anômala que perdurou até 1993, quando foi criada a Advocacia da União. Tal preocupação chegou a ser cristalizada no texto da alínea em comento, na qual se inscreveu, expressamente, a vedação de "representação processual e consultoria de entidades públicas".

12 "A Ação Civil Pública e a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos", in *Revista de Direito do Consumidor*, RT, v. 5, pp. 206 e ss.

Ainda com relação à suposta restrição da legitimidade aos casos de direitos individuais homogêneos indisponíveis, há que se mencionar a tese segundo a qual o art. 25, I, *a*, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), ao assentar a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos e interesses “individuais indisponíveis e homogêneos”, teria pretendido afastar qualquer dúvida quanto à necessidade de que os direitos fossem, simultaneamente, indisponíveis e homogêneos. Ora, já do ponto de vista sintático, esta conclusão não parece nada pacífica, já que a redação acima permite dupla compreensão: *direitos simultaneamente indisponíveis e homogêneos como também direitos alternativamente indisponíveis e homogêneos*¹³.

Sob um ponto de vista lógico-jurídico, então, a interpretação do dispositivo torna-se estreme de qualquer discussão, impondo-se a segunda das exegeses acima propostas. Como pode ser facilmente constatado, o art. 25, que trata das funções institucionais do *Parquet*, em nenhum momento menciona, isoladamente, a função de defesa dos direitos individuais indisponíveis. O único dispositivo que alude à função de defesa de direitos indisponíveis – absolutamente consagrada, que ninguém pensaria em considerar fora do âmbito de atribuições do Ministério Público – é a prefalada alínea *a* do inciso I. Ora, será que alguém defenderia que os direitos de incapazes, por exemplo, somente poderiam ser defendidos se fossem tratados homogeneamente, em ações coletivas? Impende reconhecer, portanto, que o Ministério Público encontra-se, nos termos de sua Lei Orgânica, legitimado a atuar, quer se trate de direito indisponível, quer se trate de direito homogêneo.

5. Em que sentido os direitos individuais homogêneos são, de fato, interesses indisponíveis

Muito do que se afirma acerca da ilegitimidade ministerial para postulação de direitos individuais homogêneos decorre da falta de compreensão da estrutura destes direitos e, conseqüentemente, do mecanismo de sua efetivação judicial. Na seção anterior, demonstrou-se como a legitimidade do Ministério Público independe da indisponibilidade dos direitos dos beneficiários da ação civil pública, individualmente considerados; neste passo, cuida-se de demonstrar como, ainda que a indisponibilidade fosse exigida, em certo sentido o direito individual homogêneo é, de fato, indisponível.

Inicialmente, cumpre reconhecer que a indisponibilidade ou não de um direito decorre da lei. A despeito da discussão acerca da existência de direitos fundamentais cujo caráter indisponível preexista ao direito posto, cumpre reconhecer que, dentro da ordem jurídica brasileira, incumbe ao legislador ordinário disciplinar, de acordo com seu juízo político, as hipóteses de indisponibilidade. Certos defensores da tese da ilegitimidade ministerial equivocam-se ao conceber a indisponibilidade de um direito como algo transcendente, que procuram aferir sem atentar para os termos da lei.

Ao Ministério Público não é dado dispor da ação civil pública¹⁴. Corroborando esta assertiva a Lei nº 7.347/85, que estabeleceu, em seu art. 5º, § 3º, a impossibilidade de

13 Cf. ROSANA GRINBERG. “O Ministério Público e a Defesa do Consumidor Individualmente Considerado”, in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 22, p. 168. A autora compartilha do entendimento de que as cláusulas finais do art. 25, I, da Lei Orgânica são alternativas.

14 Nesta direção, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO. *Ação Civil Pública – Comentários por Artigo*, Freitas Bastos, 1995, p. 111.

extinção da ação civil pública por desistência, ao estatuir que, “em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”. Portanto, por opção do legislador, o direito individual, por definição, será indisponível sempre que, observados os requisitos legais, for tutelado através de ação civil pública, titularizada pelo *Parquet*.

Ora, então qualquer direito individual homogêneo ter-se-ia transformado em direito indisponível? A questão não comporta resposta tão simples. Na realidade, é necessário compreender a estrutura dual dos direitos indisponíveis. Enquanto este direito ainda é um reflexo do direito coletivo, enquanto ainda é tratado de forma molecular, não-individualizada, será, efetivamente, um direito indisponível. Contudo, uma vez findo o processo de conhecimento, a satisfação dos créditos reconhecidos dependerá de iniciativa individual, através da habilitação a que aludem os arts. 91 e ss. da Lei nº 8.078/90.

Embora a tutela coletiva seja indisponível, a satisfação pessoal do crédito nunca o será. A legitimidade do Ministério Público se extingue, efetivamente, a partir do momento em que o direito, antes tratado indivisamente, passa a ser objeto de quantificação individual.

Esta foi a forma encontrada pelo legislador pátrio para resolver a questão da representatividade adequada na ação civil coletiva: em primeiro lugar, os efeitos da coisa julgada somente se estendem *erga omnes* no caso de procedência do pedido (art. 103, III, da Lei nº 8.078/90); em segundo lugar, a liquidação depende da iniciativa do interessado. Consoante preceitua o Código do Consumidor, aplicável à generalidade das ações civis coletivas,

“Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1995”
[grifou-se].

Portanto, o Ministério Público não poderia obrigar o consumidor, contra sua vontade, a haver um crédito ao qual pretenda renunciar. Isto seria uma ingerência indevida na esfera privada. O que a ação civil pública proporciona, na realidade, através do julgamento coletivo, não-individualizado, do processo de conhecimento, é a possibilidade de, no momento seguinte, o consumidor, valendo-se de forma verdadeiramente livre de sua vontade, pleitear a execução de seu crédito ou, caso realmente o queira, a ele renunciar. A execução somente poderá ser promovida pelos autores coletivos, inclusive pelo Ministério Público, em face de *fluid recovery*, de quantia não executada por particulares, que reverterá ao Fundo de Direitos Difusos.

Este entendimento, acerca da legitimidade do Ministério Público limitada à primeira fase da efetivação dos interesses individuais homogêneos, é analisada com perfeição por TEORI ALBINO ZAVASCKI, Juiz do TRF da 4ª Região. Depois de brilhantemente discurrir acerca da moderna concepção do processo, vinculada à noção de efetividade, esclarece que:

“III.5 Não será difícil concluir, de todo o exposto, que a legitimação do Ministério Público para a defesa de ‘interesses individuais homogêneos’ dos consumidores e dos investidores no mercado financeiro, estabelecida nas Leis 6.024/74, 7.913/89 e 8.078/90, é perfeitamente compatível com a incumbência constitucional de defender os interesses sociais, imposta pelo art. 127 da Carta de 1988. É de se anotar, mais uma vez, que esta legitimação, em todos os casos, tem em mira a obtenção de sentença genérica. A atuação do Ministério Público dá-se em forma de substituição processual e é pautada pelo trato impessoal e coletivo dos direitos subjetivos lesados. E é nesta dimensão, e somente nela, que a defesa de tais direitos individuais – divisíveis e disponíveis – pode ser promovida pelo Ministério Público sem ofensa à Constituição. Aliás, por esta mesma razão, não há como supor-se legítima, sob o enfoque constitucional, a atuação do Ministério Público na execução das sentenças, em benefício individual dos lesados.”¹⁵

Aliás, a ordem jurídica mundial sempre conviveu com processos coletivos, nas causas de falências. Há séculos admite-se que, por iniciativa de um único credor, se tenham alteradas as relações jurídicas de todos os demais para com o devedor falido. Proferida a sentença decretando a quebra, a liquidação será conduzida por um Síndico, terceiro alheio às relações jurídicas entre credores e falido. Diante da experiência histórica da ação falimentar, não deveria causar tanta perplexidade a ação coletiva. Assim como nenhuma voz se levantou arguindo a não-recepção do processo falimentar pela novel ordem constitucional, não há motivos para entender inconstitucional a prerrogativa de o Ministério Público ajuizar ações civis coletivas.

6. O entendimento jurisprudencial

No Rio de Janeiro, diversas Câmaras já se debruçaram sobre a questão. Na ampla maioria dos julgados, especialmente nos mais recentes, tem prevalecido o entendimento favorável à legitimidade ministerial. Exemplificam esta tendência majoritária os acórdãos proferidos pela 1ª Câmara Cível, nos autos do Agravo de Instrumento nº 014/94 (*Ministério Público v. Solange Galdino Bocard e outros*, Rel. Des. **Ellis Figueira**); pela 2ª Câmara Cível, na Apelação nº 3.719/97 (*Ministério Público v. Fator Agência de Viagens e Turismo Ltda.*, Rel. Des. **João Wehbi Dib**), e pela 6ª Câmara Cível, na Apelação nº 6.761/96 (*Ministério Público v. Carvalho Hosken S.A. – Engenharia e Construções*, Rel. Des. **Pedro Ligiéro**).

Em 08/04/99, a 7ª Câmara Cível, em decisão unânime, excluiu do pólo ativo de ação civil coletiva destinada à reparação das vítimas do Edifício Palace II o Ministério Público, que havia proposto a ação, diligenciado a obtenção de provas, descoberto bens para satisfação da condenação *etc.*

Em seu voto, a Relatora Des. **Áurea Pimentel** assim se manifestou:

15 “O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos”, in: *Revista de Informação Legislativa*, 30 (117): 173-86, jan./mar. de 1993, pp. 29 e ss.

“Quanto à preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da presente ação, argüida com destaque na primeira apelação, com todas as vênias do douto parecer da Dra. Procuradora de Justiça, na verdade merece ser acolhida, sem embargo do reconhecimento da utilidade da intervenção do M.P. no processo para a solução da demanda de tão grandes repercussões sociais”.¹⁶

Ora, se o litígio em questão possuía “grandes repercussões sociais”, como negar legitimidade ao órgão constitucionalmente destinado à defesa do interesse social? Ressalte-se, aliás, que o processo apenas não foi extinto porque se manteve, no pólo ativo, a Associação das Vítimas do Palace II, entidade com menos de um ano de fundação quando de seu ingresso na ação. Nos termos do art. 5º, § 4º, apenas poderia ser admitida esta Associação recém-fundada se a lide apresentasse “interesse social”. Surge, então, a perplexidade: existe interesse social para que a Associação seja admitida, mas não para que o Ministério Público tenha legitimidade?

Prossigue a ilustre Desembargadora, linhas adiante:

“É certo que o Código de Defesa do Consumidor, no inciso III do parágrafo único do artigo 81, assegura a defesa, via a ação coletiva, também daqueles interesses e direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Ocorre que, para serem tutelados pelo Ministério Público, os direitos individuais homogêneos têm de ser, também, indisponíveis ante os encêrros do artigo 127 da Constituição Federal.

Direitos indisponíveis, sabidamente, são aqueles a respeito dos quais não se pode transigir.

Dos mesmos constituem exemplos: o direito à vida, à saúde e à educação.

Quando em discussão estiverem tais direitos de grande relevância social, como tais indisponíveis, a legitimação do Ministério Público para a propositura da ação estará sempre presente como adverte HUGO NIGRO MAZZILLI em sua obra já citada, página 117.

Foi na linha de tal entendimento e citado o magistério de HUGO NIGRO MAZZILLI que o Egrégio S.T.J. no Recurso Especial nº 108.577 - PI, em hipótese de ação civil pública, movida pelo Ministério Público, para obstar aumento nas mensalidades escolares, tidas como abusivas, entendeu justificada a atuação do Ministério Público, ‘por se tratar de direito à educação, fundamental à comunidade e definido pela própria Constituição como direito social’ (Acórdão publicado in *Rev. Sup. Trib. Just.* nº 99, pg. 224/237, Relator Ministro **Carlos Alberto Menezes Direito**). No caso dos autos, contudo, com todas as vênias do M.P. não se está, desenganadamente, diante de direitos indisponíveis, embora se reconheça que sejam os mesmos individuais, homogêneos.

¹⁶ Ap. Cível nº 15.076/98, 7ª C.C., *Ministério Público e outro v. Sersan – Sociedade de Terraplanagem, Construção Civil e Agropecuária e outros*, Rel. Des. Áurea Pimentel.

É que, submetidos a discussão estão direitos a respeito dos quais podem os interessados transigir, o que, aliás, já aconteceu, em relação a diversos prejudicados que, como é notório, celebram acordo com os réus para o recebimento de indenizações, em alguns casos, aliás já pagas.

Assim sendo, falecendo ao Ministério Público, à luz do estatuído nos artigos 127 e 129, III, da Constituição Federal, *legitimatío* para propositura da presente ação, pode e deve tal *ilegitimatío*, nesta fase processual ser reconhecida.”

Aderiu a Câmara, assim, à tese de que o Ministério Público apenas poderá pugnar por interesses individuais homogêneos indisponíveis, tese esta que se crê haver refutado, nos itens anteriores deste estudo. Como é natural, a Relatora, cujo voto foi acompanhado pelos demais membros do órgão colegiado, não atentou para os termos do art. 129, IX, nem para as cláusulas restantes do art. 127. Caso o fizesse, dificilmente teria como sustentar a ilegitimidade do *Parquet*.

Curioso é observar, contudo, que a preclara Des. **Marly Macedônio**, que acompanhou o voto da Des. **Áurea Pimentel**, um mês antes, exatamente em 09/03/99, havia relatado acórdão da 12ª Câmara Cível, no qual se lavrou:

“Merecem destaque e aplausos autores como ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO DINAMARCO, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA E KAZUO WATANABE que muito bem lecionam as diferenças entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e puramente individuais, destacando, outrossim, a distinção de direitos disponíveis e indisponíveis. Estes autores, e outros que enfrentam a matéria, são uníssonos em afirmar e clamar pela necessidade de remover obstáculos jurídicos representados pela dificuldade de litigar para a defesa de novos direitos que surgem na sociedade de massa, os denominados interesses supra-individuais, com vistas a, despidos de preconceitos, abrir-se portas para o ingresso de novas causas.

Ressalte-se que não é apenas a nova realidade social que reclama causas coletivas, o judiciário, assoberbado de trabalho, implora a concentração das ações, que indiretamente reduz o número de demandas.

Assim, não bastasse a Constituição vigente tutelar as ações coletivas (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo), o Código do Consumidor ampliar o âmbito de atuação do Ministério Público, prevendo expressamente a possibilidade de defesa dos direitos individuais homogêneos, além dos difusos e coletivos, as razões meta-jurídicas, acima expostas, já seriam suficientes para que toda vez que interesses individuais pudessem ser coletivamente tratados, fosse reconhecida a possibilidade jurídica de fazê-lo, na medida em que a satisfação de um implica a satisfação de todos. Desta forma, estar-se-ia evitando inúmeras demandas e decisões conflitantes que versam a mesma matéria, permitindo-se que uma única decisão se estenda a todos os interessados que se encontrem sob a mesma relação jurídica base,

sejam eles indeterminados (interesses difusos) ou determinados (interesses coletivos). [...]

No que concerne ao último pedido, de que a liquidação da possível sentença procedente seja promovida por cada vítima e seus sucessores, este sim seria um interesse individual homogêneo, que também não retira a legitimidade *ad causam* do *Parquet*, pois nem todo direito individual homogêneo é disponível, sendo que, como já salientado acima, na presente o Ministério Público pretende, apenas, o reconhecimento do dano, para que *a posteriori* cada vítima possa buscar judicialmente sua reparação, provando seu prejuízo individual e o nexo de causalidade entre este e o possível dano coletivo reconhecido na sentença.

É irrefutável a legitimação dos órgãos do Ministério Público para propor a presente ação [...]"¹⁷

Quanto à penetrante síntese da Des. **Marly Macedônio**, ressalve-se, tão-somente, que não foi uma peculiaridade daquela específica ação o pedido individual homogêneo limitar-se à genérica pretensão de reconhecimento do dano: **é da essência** da ação civil coletiva que, à condenação genérica, siga-se a habilitação dos indivíduos lesados, sem o que, em princípio, a execução não reverterá aos consumidores, procedendo-se ao *fluid recovery* em favor do Fundo do art. 13 da Lei nº 7.347/85.

Mais recentemente, em acórdão lapidar da lavra do ilustre Desembargador **Ronald Valladares**, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assentou:

"É verdade que alguns doutrinadores, e algumas decisões judiciais têm entendido que o Ministério Público só possui legitimidade para promover a ação civil pública, quando se for tratar de direitos individuais homogêneos indisponíveis. Esse modo de pensar, porém, não mostra-se consentâneo com o da maioria dos juristas que vêm examinando a matéria e decidindo sob a luz de ponto fundamental, que tem alicerce na Constituição Federal de 1988 e na lei sobre a Defesa do Consumidor.

Com efeito, as posições que apoiam a tese como a sufragada na respeitável sentença recorrida refletem uma tendência da corrente considerada individualista do Direito Processual Civil, que é mais tradicional e não ajustada ao sentido publicístico da disciplina jurídica enfatizada no vigente Código de Processo Civil, na Lei 7347/85, e no Código de Defesa do Consumidor, normas de direito editadas modernamente e de modo coerente com os atuais reclamos da sociedade.

[...] O que faz o *Parquet* legitimado a vir a Juízo propor ação do tipo presente, ou seja, a postular em favor de direitos e interesses individuais homogêneos, não é propriamente a indisponibilidade do direito, mas sim o interesse coletivo e a dimensão social do problema que está a exigir solução judicial equânime. [...]"¹⁸

17 Ap. Cível nº 3.663/98, 12ª C.C., *Ministério Público v. Mares do Sul Hotéis Camping Club*.

18 Ap. Cível nº 8432/98.

Também nos demais Estados da Federação a legitimidade do *Parquet* vem sendo reconhecida em uma pletera de julgados:

“1. A legitimidade do *Parquet* – É preciso, primeiramente, dizer que a antiga noção que dividia os interesses entre público e privado não mais satisfaz. O que a clássica doutrina liberal atribuía como mera eficácia moral acabou por constituir-se em interesses públicos latentes. Daí surgiram diversas categorias, antes desconhecidas dos operadores do direito no Brasil. Os interesses coletivos propiciaram uma revolução dentro do direito brasileiro. Permitiram o desenvolvimento das chamadas *class actions*. [...] Os interesses ou direitos dos consumidores, sem dúvida alguma, estão abrangidos pela cláusula de encerramento contida na parte final do texto [qual seja, do art. 129, III da Constituição].

Também incumbe ao Ministério Público proteger os interesses individuais, desde que homogêneos e tratados coletivamente, na forma do inciso III do parágrafo único do art. 81 do Código.¹⁹

1 – O Ministério Público tem legitimidade ativa, por mandamento constitucional, na ação civil coletiva, CF, art. 127 e 129, III, e por lei própria, Lei Complementar 75/93, art. 6º XXII.

2 – O conceito de interesses individuais homogêneos não pode ser óbice à atuação ministerial. O posicionamento do magistrado contra a matéria não significa que o mesmo tenha a discricionariedade de impedir o andamento da ação, indeferindo a inicial.

3 – O fato de serem identificados os titulares do interesse individual homogêneo não descaracteriza o direito à substituição processual. Acentua-a. O juízo de conveniência da ação é do Ministério Público e não do juiz.”²⁰

É extremamente coerente o posicionamento acima transcrito. De fato, quando analisa se intervém ou não na qualidade de *custos legis*, é o Promotor de Justiça quem afere se há ou não interesse público a justificá-lo. A Procuradora de Justiça aposentada e Professora Titular de Direito Civil da UERJ, HELOÍSA HELENA BARBOZA, em primoroso trabalho, discorreu acerca da discricionariedade do Ministério Público na aferição do *interesse público* que pudesse acarretar sua intervenção em uma determinada causa²¹. A tese aplica-se perfeitamente às hipóteses em que o Ministério Público atua como parte.

É fato que o Poder Judiciário, em regra, reverencia o modo como os demais agentes políticos integram e interpretam dispositivos vagos ou lacunosos que regulam suas funções respectivas. Para exemplificar tal assertiva, pode-se trazer à colação o entendimento do Supremo Tribunal Federal em sede de medidas provisórias: o Excelso Pretório sempre entendeu que cabia ao Executivo avaliar a *relevância* e a *urgência* da medida (admitindo-se, nos termos da Constituição, que o Legislativo, quando da análise da medida provisória, controle politicamente esta

19 TAPR., Ag. nº 65.998-3 – 6ª C. Civ., Rel. Juiz **Bonejos Demchuk**.

20 TJDF, Ap. Cível nº 35.388/96, Rel. Des. **João Mariosa**.

21 “O Poder Discricionário do Ministério Público na Avaliação dos Interesses Indisponíveis”, in *Revista do Ministério Público*, v. I, nº 2, pp. 44 e ss. A autora fundamenta seu entendimento, essencialmente, no princípio institucional da independência funcional, consagrado no art. 127, § 1º, da Carta de 1988.

avaliação). Reiteradamente, o Tribunal repisou que não lhe cabia, salvo hipóteses excepcionais de abuso do poder de legislar (que, afinal, se desenharam quando da edição da Medida Provisória nº 1577-6/97²²), desacreditar a avaliação de relevância e urgência feita pelo Executivo²³.

De modo análogo, se o órgão do Ministério Público, agente político dotado de independência, julga existir interesse público numa determinada ação, deve o Judiciário, em linha de princípio, acolher a avaliação realizada pelo *Parquet*, salvante hipóteses excepcionais em que o Magistrado, exercitando seu juízo de razoabilidade, venha a considerar totalmente absurda a posição ministerial.

Prosseguindo na exemplificação de jurisprudência favorável à legitimidade do *Parquet*, vale registrar o seguinte julgado, oriundo do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Similarmente ao caso do Palace II, a espécie cuidava de reparação coletiva por lesões perpetradas por construtores de imóveis. A conclusão, no entanto, contrapôs-se àquela a que chegaram os desembargadores fluminenses:

“1. Edifício residencial condenado ao desabamento, por defeito na construção, é fato socialmente relevante que legitima o Ministério Público à propositura de ação civil pública contra os construtores para defesa de interesses individuais homogêneos.

2. A sentença, na ação civil pública, não impõe aos beneficiários direitos que não queiram exercer; apenas reconhece a existência do dano e o dever de indenizar, respeitando a vontade individual quanto à iniciativa de executá-la.”²⁴

Vistos alguns exemplos colhidos da produção jurisprudencial dos tribunais estaduais, cumpre analisar o entendimento das cortes superiores.

Embora sua jurisprudência, até pouco tempo, se pautasse por uma certa vacilação, hoje em dia o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem-se posicionado reiteradamente em favor da legitimidade do Ministério Público:

“Processual Civil. Ação Civil Pública para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos. Taxa de iluminação pública. Possibilidade.

A Lei nº 7.345, de 1985, é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). É princípio de hermenêutica que, quando uma lei faz remissão a dispositivos de outra lei de mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante de seu contexto.

22 Um dos dispositivos desta medida provisória pretendia aumentar, de dois para cinco anos, o prazo decadencial das ações rescisórias de julgados contra a Fazenda Nacional, bem como definir um fundamento adicional para seu ajuizamento (indenização flagrantemente superior ao preço de mercado). O Excelso Pretório deferiu pedido liminar suspendendo os efeitos da referida medida provisória, por entender ostensiva a ausência de relevância e urgência (ADIMC nº 1753/DF, Órgão Pleno, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, Rte.: *Conselho Federal da OAB*, julg. em 16/04/98, publ. *DJ* de 12/06/98, p. 51).

23 Nesta direção, ADIn nº 162-1/DF, publ. no *DJU* de 19/09/97, p. 45525.

24 TJDF, 4ª TC, Ap. Cível nº 37.663/95, Rel. Des. **Getúlio Pinheiro**.

O artigo 21 da Lei nº 7.347, de 1985 (inserido pelo art. 117 da Lei nº 8.078/90) estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e 'direitos individuais homogêneos', legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-lo (artigo 81, parágrafo único, III, da Lei nº 8.078/90).

Os interesses individuais, '*in casu*' (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata - 'a ação coletiva'.

O incabimento de ação direta de inconstitucionalidade, eis que, as leis municipais nºs 25/77 e 272/85 são anteriores à Constituição do Estado, justifica, também, o uso da ação civil pública, para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas.

Recurso conhecido e provido para afastar a inadequação, no caso, da ação civil pública e determinar a baixa dos autos ao Tribunal de origem para o julgamento do mérito da causa. Decisão unânime".²⁵

Na mesma direção, o entendimento da Quarta Turma, em acórdãos que tiveram por Relator o eminente Min. **Sálvio Teixeira**:

"1. Sob o enfoque de uma interpretação teleológica, tem o Ministério Público, em sua destinação institucional, legitimidade ativa, uma vez caracterizados na espécie o interesse coletivo e a relevância social;

2. Na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil vinculado estritamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.²⁶

Como já assinalado anteriormente (REsp 34.155- MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estritamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica.

25 REsp nº 49.272-6/RS, Rel.: Min. **Demócrito Reinaldo**, v. un., 21.09.94, publ. DJ 17.10.94, Seção I, p. 27.868.
26 REsp. nº 89.646/PR.

Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.”²⁷

Compreensão semelhante esposou o douto Min. **Ruy Rosado de Aguiar**, em lapidar acórdão:

“São interesses metaindividuais, que não são nem públicos nem privados, mas interesses sociais, como ensina a douta Prof^a ADA PELLEGRINI GRINOVER: ‘São interesses de massa, de configuração coletiva, caracterizados por uma conflituosidade, também de massa, que não se coloca no clássico contraste indivíduo *versus* indivíduo, nem indivíduo *versus* autoridade, mas que é típica das escolhas políticas’ ... ‘Novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias da nossa época, que não é mais exclusivamente a tirania dos governantes: a opressão das maiorias, os interesses dos grandes grupos econômicos, a indiferença dos poluidores, a inércia, a incompetência ou a corrupção dos burocratas. E multiplicam-se as associações dos consumidores, defesa da ecologia, de amigos de bairros, de pequenos investidores’ (“A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos”, *Dir. do Consumidor*, nº 5/206). Enquanto essas associações não se organizarem, enquanto não se fortalece a consciência da cidadania, como recomenda a ilustrada mestra, oficia subsidiariamente o Ministério Público como titular das ações coletivas. Cortar a possibilidade de sua atuação, na fase em que vive a nossa sociedade, será cercear o normal desenvolvimento dessa tendência de defesa de interesses metaindividuais e impedir, através da negativa de acesso à Justiça, o reiterado objetivo das modernas leis elaboradas no país.

A aversão a estes novos instrumentos processuais, que surgiram exatamente para atender a novas expectativas e necessidades sociais, mantém-nos sempre presos ao modelo clássico da ação individual, como se só houvesse o interesse individual. Lembro, a propósito, as palavras do eminente Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, no encerramento de sua aula inaugural na Universidade do Rio de Janeiro: A filosofia do egoísmo, que impregnou a atmosfera cultural dos últimos tempos, não concebe que alguém se possa deixar mover por outra força que o interesse pessoal. Nem faltou quem ousasse enxergar aí a regra de ouro: a melhor maneira de colaborar na promoção do bem comum consistiria, para cada indivíduo, em cuidar exclusivamente de seus próprios interesses. O compreensível entusiasmo com que se acolheu há dois séculos e se cultua até hoje, em determinados círculos, essa lição de ADAM SMITH explica o malogro da sociedade moderna em preservar de modo satisfatório bens e valores que, por não pertencerem individualmente a quem quer que seja, nem sempre se vêem bem representados e ponderados ao longo do

27 REsp nº 105.215-96/DF.

processo decisório político-administrativo, em geral mais sensível à influência de outros fatores.” (*A Tutela dos Interesses Difusos*, p. 105).

Tratando de caso assemelhado aos dos autos, escreveu o Prof. NELSON NERY JR.: ‘O direito perseguido pelo Ministério Público nesse caso do AI nº 127.154-1, aqui analisado, poderia ser considerado coletivo, em face da relação jurídica base que existe entre uma das partes (grupo mantenedor da escola) e alunos e seus pais. Mas não é só. O direito seria coletivo porque os alunos e seus pais, embora indeterminados, não são indetermináveis, porquanto serão sempre determináveis, na medida em que se tiver o controle do quadro completo do alunado ou em que se puder dimensionar o universo desses consumidores, quantificando-os e qualificando-os’ (*Cód. Bras. de Defesa do Consumidor*, p. 622).

Registro que este Tribunal já examinou a mesma questão em julgados anteriores, inclinando-se pela ilegitimidade (REsp 37.171 e 35.644, relator em. Min. **Garcia Vieira**; REsp 47.019, rel. em. Min. **César Rocha**). Parece-me, data venia, melhor a corrente contrária.

Isto posto, conheço do recurso, pela alínea ‘a’, e lhe dou provimento, para afastar a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público, desconstituídos acórdão e sentença, para que outra seja proferida.”²⁸

Recentemente, em 06/05/99, em Recurso Especial interposto pelo Ministério Público deste Estado (REsp 168.859-RJ), o Min. **Ruy Rosado de Aguiar** relatou acórdão reconhecendo a legitimidade do *Parquet* para propor ação civil pública contra empresa de engenharia que, em seu contrato de adesão para aquisição de imóveis, estipulava cláusulas para correção monetária que desrespeitavam a legislação do Plano Real, impondo o pagamento de *resíduo inflacionário*.

Em seu voto, o eminente Ministro ressalta que a 3ª e a 4ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, que integram sua Seção de Direito Privado, “têm se inclinado por aceitar a legitimidade do Ministério Público para promover a ação coletiva de defesa de direitos individuais homogêneos, quando configurado interesse público relevante”. Do aresto em tela – em que o universo de beneficiários nem era tão grande, e onde os direitos em jogo eram fracamente disponíveis – conclui-se que a compreensão do STJ acerca da *relevância social* é bem mais elástica do que aquela admitida pelos doutrinadores avessos à legitimidade ministerial.

Resta abordar, por fim, a produção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Em acórdão unânime da 2ª Turma, da lavra do Min. **Maurício Corrêa**, a Corte posicionou-se claramente em favor da legitimidade do Ministério Público para tutela dos interesses individuais homogêneos, compreendidos como consectários lógicos dos interesses coletivos:

“O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, inciso III, considera os chamados interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum. A mensalidade escolar se constitui em interesse nitidamente homogêneo porquanto nasce de uma mesma origem e é aplicada a todos os usuários da escola.

²⁸ REsp nº 38.176-2/MG, v. un..

Como os interesses individuais homogêneos são uma subespécie dos interesses coletivos, o Ministério Público com amparo no art. 129, II da Constituição Federal de 1988 tem legítima capacidade postulatória ativa para propor a ação civil pública, na defesa de um grupo lesado pela estipulação abusiva de anuidades escolares.²⁹

27. Evidencia-se, *quantum satis*, que os interesses defendidos neste recurso são nitidamente homogêneos porquanto *nascidos de uma mesma origem*, ou seja, mensalidades escolares cobradas abusivamente, *com um mesmo índice de aumento, aplicado a todos os usuários da escola; por conseguinte homogêneos*, porque na verdade *todos da mesma natureza*; e como homogêneos são também *uma subespécie de interesses coletivos*, como antes abordei, *legítima é a capacidade postulatória do recorrente*.

28. Ao mencionar a norma do art. 129, III, da CF, que o MP está credenciado para propor a ação civil pública, relacionada a 'outros interesses difusos e coletivos', outorgou-se-lhe a prerrogativa para agir na defesa de um grupo lesado com a ilegalidade praticada. Não se trata de intromissão da iniciativa ministerial na área específica reservada à atuação de advogados, senão a de defender, em nome coletivo, pessoas vítimas de arbitrariedade praticada com aumento abusivo de mensalidades escolares. Dentre os atingidos, muitos dos pais não teriam condições de arcar com despesas judiciais e honorários, como é o caso daqueles que procuraram o MP indignados e revoltados com o aumento perpetrado; e por mal terem condições de pagar os estudos de seus filhos, não possuíam condições de suportar despesas extras. Ademais, estava o *Parquet* mais do que impelido a promover a ação, *pelo dever de ofício*, quanto mais quando se trata de interesses que se elevam à categoria de *bens ligados à educação*, amparados, como se sabe, *constitucionalmente, como dever do Estado e obrigação de todos* (CF, art. 205)".

Alguns doutrinadores que cuidam da questão da legitimidade do Ministério Público nas ações civis coletivas, conforme já visto, restringem-na às hipóteses de prestações vinculadas, ainda que indiretamente, a direitos sociais fundamentais tais como a educação, a saúde *etc.* Análise perfunctória do acórdão em tela poderia, assim, levar à conclusão apressada de que o Excelso Pretório se posicionou favoravelmente à legitimidade, *in casu*, exclusivamente por cuidar-se de mensalidades escolares.

Leitura mais acurada, todavia, permite constatar que em nenhum momento se cogitou da *indisponibilidade* do direito como requisito para a legitimidade do Ministério Público. Ela decorre, diretamente, do preceito insculpido no art. 129, III, da Constituição. Este, ao cometer ao Ministério Público, sem ressalvas, a tutela dos interesses difusos e coletivos, por via de consequência atribuiu, também, a persecução dos interesses individuais homogêneos. Tal legitimidade, conforme bem salientou o eminente Ministro Relator, resulta ainda mais incontestável quando se está diante de um fato de inegável repercussão social. De qualquer sorte, ainda assim não haveria que se falar, tecnicamente, em *indisponibilidade*.

29 REExt. nº 163.231-3-SP.

Saliente-se que a Primeira Turma deste Egrégio Pretório, em acórdão da lavra do eminente Min. **Imar Galvão** (RE-190976/SP), invocou as mesmas razões de decidir expostas pelo Min. **Maurício Corrêa** para fundamentar sua posição, favorável à legitimidade ministerial.

7. A legitimidade em sede de interesses de contribuintes

Atualmente, a defesa do contribuinte é o campo em que se verifica o maior dissenso no que toca à legitimidade do Ministério Público. Isto porque a Lei nº 7.347/85, ao listar os direitos perseguíveis por intermédio de ação civil pública, cuida expressamente da tutela do consumidor (inciso II), mas deixa de mencionar a defesa do contribuinte. Invoca-se, diante disto, o inciso IV – regra residual que alude à defesa de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” – como fundamento legal para a proteção molecular deste último grupo. Ocorre, porém, que o referido inciso, caso fosse interpretado de modo puramente literal, não ampararia os direitos *individuais homogêneos* dos contribuintes, mas só os interesses difusos e coletivos.

Dividem-se assim, tanto a doutrina quanto os tribunais, em duas correntes: a dos que, sensíveis ao espírito da nova processualística, procuram estender a ação civil coletiva aos direitos de contribuintes, e a dos que, mais apegados à letra da lei, consideram-na descabida.

Curiosa é a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça. Nos autos do Recurso Especial nº 168.415, a 1ª Turma proferiu acórdão assentando que “o Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuintes do IPTU, que não são considerados consumidores”³⁰. Causa espécie, porém, que o referido julgado tenha sido deliberado de forma unânime, quando, pouco tempo antes, três dos cinco Ministros que compunham a Turma manifestaram, na condição de relatores de outros recursos (todos julgados unanimemente, frise-se), entendimento diametralmente oposto.

No Recurso Especial nº 0109013/MG/96, julgado em agosto de 1997, o eminente Min. **Humberto Gomes de Barros** asseverou que “o Ministério Público está legitimado para o exercício de ação civil pública, no objetivo de proibir cobrança de taxa ilegal”.

O douto Min. **Demócrito Reinaldo**, por sua vez, foi relator do julgado proferido nos autos do Recurso Especial nº 49272/RS/94, cuja ementa foi reproduzida linhas acima.

Por fim, o Min. **José Delgado**, menos de seis meses antes de votar contrariamente à legitimidade do Ministério Público, cerrava fileiras com a tese defendida neste trabalho, em magistral acórdão cuja ementa ora se transcreve:

“Processual Civil. Ministério Público. Legitimidade. Ação Coletiva. Taxa de Iluminação.

1 - Conforme disposto na Constituição de 1988, a atuação do Ministério Público foi ampliada para abranger a sua legitimidade no sentido de promover ação civil pública para proteger interesses coletivos. Não há mais ambiente jurídico para se aplicar, em tal campo, a restrição imposta pelo art. 1º da Lei nº 7.347/85.

30 REsp nº 168.415 - São Paulo (98/0020858-5), Rel. Min. **Garcia Vieira**.

2 - Em se tratando de pretensão de uma coletividade que se insurge para não pagar taxa de iluminação pública, por entendê-la indevida, não há que se negar a legitimidade do Ministério Público para, por via de ação civil pública, atuar como sujeito ativo da demanda. Há situações em que, muito embora os interesses sejam pertinentes a pessoas identificadas, eles, contudo, pelas características de universalidade que possuem, atingindo a vários estamentos sociais, transcendem a esfera individual e passam a ser interesse da coletividade.

3 - O direito processual civil moderno, ao agasalhar a ação civil pública, visou contribuir para o aceleração da entrega da prestação jurisdicional, permitindo que, por via de uma só ação, muitos interesses de igual categoria sejam solucionados, pela atuação do Ministério Público.

4 - Agravo regimental improvido.”³¹

Difícil se afigura imaginar o que poderia ter causado tal alteração de entendimento. Uma coisa é certa: do trecho acima transcrito, pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que os Ministros conheciam a fundo o problema versado, o que salta aos olhos da cuidadosa fundamentação. Afasta-se, destarte, a possível precipitação nas deliberações anteriores, supostamente corrigidas através do acórdão mais recente, desfavorável ao Ministério Público.

Recentemente, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou julgado, proferido pela 4ª Vara Cível da Comarca de Niterói, em que se declarava a nulidade de reajustes ilegais de IPTU, rechaçando a tese da ilegitimidade ministerial. No acórdão, manteve-se a condenação do Réu à restituição dos valores cobrados a maior, enquanto vigeu o reajuste nulificado ³².

No que concerne ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, aliás, verifica-se a existência de um argumento adicional favorável à sua legitimidade em sede de direitos de contribuintes. A Lei nº 8.625/93, além de listar certas atribuições do *Parquet*, expressamente incorpora as “funções previstas nas Constituições Federal e Estadual”. Ora, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 170, III, consagra à instituição o *munus* de

“III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, do consumidor, **do contribuinte**, dos grupos socialmente discriminados e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.”

Torna-se, destarte, estreme de dúvidas a legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para a propositura de ação civil coletiva referente a interesses de contribuintes.

31 Agravo Regimental em Recurso Especial nº 98.286/SP/96, julgado em 15/12/97.

32 AC nº 7.096/98, 6ª C. C., *Ministério Público v. Município de Niterói*, julgado em 06/04/99.

8. Conclusão

Duas linhas forças podem ser identificadas como resultado dos esforços pela transformação do processo individualista, cunhado para acudir os conflitos de interesses individuais, num processo social, adequado à sociedade contemporânea. De um lado, o processo desperta para a necessidade de assegurar a tutela jurisdicional a conflitos de interesses que, por sua dimensão metaindividual, mal se acomodariam no quadro dos esquemas processuais clássicos. De outro, busca imprimir ao próprio tratamento dos conflitos interindividuais feição mais consentânea com certas exigências básicas do Estado Social de Direito, facilitando o acesso à Justiça, independentemente de desníveis culturais, sociais e econômicos, de modo a tornar operativo o princípio do plano substancial. As duas vertentes conduzem ao rumo da universalidade da tutela jurisdicional.³³

Ao longo desta exposição, procurou-se demonstrar a fragilidade da tese segundo a qual a legitimidade do *Parquet* para o ajuizamento de ação civil coletiva depende da indisponibilidade do direito versado. Expôs-se, inicialmente, que a titularidade do Ministério Público fulcra-se no art. 129, IX, do Texto Maior, que admite o cometimento de outras funções ao *Parquet*, em combinação com as cláusulas da defesa da ordem jurídica e do interesse social, estampadas no art. 127 da Constituição como finalidades da instituição. Demonstrou-se que os direitos salvaguardados através da ação civil coletiva – que uma vez tratados individualmente serão sempre disponíveis – tornam-se indisponíveis justamente por força de sua tutela molecular, já que a lei veda a desistência da ação pelo órgão ministerial.

Consoante a doutrina mais avançada, quando a Constituição, em seu art. 5º, XXXV, enuncia o princípio da inafastabilidade – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” –, está traçando não apenas uma regra *negativa* – a de que o legislador não pode, através de um ato normativo, excluir certo litígio da apreciação da Justiça – mas também uma regra **positiva**: o legislador está **obrigado** a estabelecer procedimentos destinados a assegurar eficientemente todos os direitos. Por ausência de instrumento processual, um direito material não pode ser simplesmente convertido em letra morta. Este princípio fundamental da inafastabilidade, que se aplica diretamente ao legislador, deve também orientar a aplicação da lei, de tal forma que o intérprete privilegie sempre a exegese que caminhe ao encontro deste postulado.³⁴

A interpretação restritiva dos poderes do *Parquet* poderia ter cabida em outras épocas, quando sua atuação era eminentemente repressora; atualmente, a atuação da Instituição na implementação dos direitos transindividuais, dado seu conteúdo promocional da liberdade e da dignidade dos cidadãos, deve ser compreendida de modo diverso, e interpretadas extensivamente as normas que a regulam. Reza

33 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. “Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil”, in *Temas de Direito Processual*, 3ª série, Saraiva, pp. 1 a 13.

34 Cf. MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH. *Acesso à Justiça*, Fabris, 1988; LUIZ GUILHERME MARINONI. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, Fabris, 1994.

a hermenêutica clássica que se deve restringir o odioso, e isto parece haver influído decisivamente na forma como são compreendidos os poderes do *Parquet*. A função promocional do Ministério Público, entretanto, não possui tal componente, e deve ser enxergada sob prisma diverso. A Constituição – e isto não pode escapar ao aplicador – pretendeu alargar o espectro de funções do Ministério Público na área cível; quando enumera princípios, funções e finalidades institucionais, não o faz com o intuito de ser taxativa ou restritiva, mas sim com o propósito de exemplificar e incentivar as diversas vertentes de atuação institucional no contexto da nova ordem democrática. Note-se a incoerência: houvesse a Constituição simplesmente silenciado acerca do Ministério Público, e não haveria espaço para a contestação de sua legitimidade; como os constituintes resolveram prestigiar a Instituição, outorgando-lhe uma série de finalidades socialmente relevantes, pretendem alguns pinçar expressões isoladas desta regulação para criar obstáculos à consecução dos fins evidenciados ao longo do Texto Maior. *Data venia*, invocar-se a cláusula da defesa dos interesses individuais indisponíveis para limitar a atuação do *Parquet* em outras áreas é uma clara usurpação.

A tutela coletiva – necessidade que o justamente admirado mestre BARBOSA MOREIRA já enfatizava, com sua pena elegante, há mais de quinze anos³⁵ – periga transformar-se em discurso vazio devido à compreensão estreita das funções institucionais do Ministério Público. Ao profissional do direito que se sensibiliza com esta questão, tanto o conformismo de capitular ante a tese aparentemente mais cômoda quanto o puro e simples *ativismo* de advogar a tese da legitimidade através de um manifesto panfletário vazio de argumentos jurídicos afiguram-se posturas igualmente impróprias. Conforme salientou LUÍS ROBERTO BARROSO em passagem lapidar, “ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas”³⁶.

Com o estudo que ora se conclui, pretende-se haver contribuído, através da sistematização de antigos e novos argumentos jurídicos, para a solução de um importante obstáculo ao almejado acesso à Justiça.

9. Bibliografia

1) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil” In: *Temas de Direito Processual*, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 1 a 13.

2) BARBOZA, Heloísa Helena. “O Poder Discricionário do Ministério Público na Avaliação dos Interesses Indisponíveis”. In: *Revista do Ministério Público*, v. I, nº 2. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos, 1995, pp. 44 e ss.

3) BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, 300p.

4) _____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, 231p.

5) CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça / Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, 168p.

35 V. epígrafe que encima esta Conclusão.

36 LUÍS ROBERTO BARROSO. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*, Renovar, 1ª ed., p. 78.

- 6) CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública – Comentários por Artigos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, 434p.
- 7) CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 266p.
- 8) FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (coord.). *Ministério Público - Instituição e Processo*. São Paulo: Atlas, 1997, 286p.
- 9) GRINBERG, Rosana. “O Ministério Público e a Defesa do Consumidor Individualmente Considerado”. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. XXII. São Paulo: RT, 1997, pp. 167 e ss.
- 10) GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, 451p.
- 11) _____. “A Ação Civil Pública e a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos”. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. V. São Paulo: RT, 1993, pp. 206 e ss.
- 12) _____; WATANABE, Kazuo, et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, pp. 607 e ss.
- 13) LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998, 223p.
- 14) MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994, 94 p.
- 15) MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor e outros*. São Paulo: Saraiva, 1995, 669 p.
- 16) NERY JUNIOR, Nelson. “O Ministério Público e sua Legitimação para a Defesa do Consumidor em Juízo”. In: *Justitia*, 54 (160). São Paulo, 1992, pp. 244 e ss.
- 17) _____ e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1997. p. 1029.
- 18) ZAVASCKI, Teori Albino. “O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos”. In: *Revista de Informação Legislativa*, 30 (117): 173-86. Brasília, jan./mar. de 1993, pp. 29 e ss.

*Publicado originalmente na Revista nº 11 jan./jun. 2000, p. 199.

A RESPONSABILIDADE COLETIVA DE TORCIDAS ORGANIZADAS

PEDRO RUBIM BORGES FORTES*

I - Introdução.

O presente trabalho consiste em breve estudo sobre a nova disciplina do Estatuto do Torcedor com relação à responsabilização civil das torcidas organizadas, a partir das inovações introduzidas na Lei n.º 10.671/03 pela Lei n.º 12.299/10, cujos artigos 37-A e 37-B dispõem o seguinte:

“Art. 39-A. A torcida organizada que, em evento esportivo, promover tumulto; praticar ou incitar a violência; ou invadir local restrito aos competidores, árbitros, fiscais, dirigentes, organizadores ou jornalistas será impedida, assim como seus associados ou membros, de comparecer a eventos esportivos pelo prazo de até 3 (três) anos.”

“Art. 39-B. A torcida organizada responde civilmente, de forma objetiva e solidária, pelos danos causados por qualquer dos seus associados ou membros no local do evento esportivo, em suas mediações ou no trajeto de ida e volta para o evento”.

Imediatamente após a promulgação da lei, surgiram dúvidas sobre a necessidade de citação dos membros de torcidas organizadas e da possibilidade de responsabilização integral de seus membros em razão de danos causados por apenas uma parcela da torcida. A rigor, não é necessária a citação individual dos torcedores, uma vez que se trata de uma hipótese em que uma coletividade figura no pólo passivo da demanda, representando seus associados. É uma hipótese de ação coletiva passiva, inspirada na *defendant class action*, já reconhecida pela jurisprudência brasileira e inspirada na tradição jurídica anglo-saxã. Também não há dúvidas a respeito da possibilidade de se responsabilizar civilmente todos os associados em decorrência da conduta de alguns dos associados. Trata-se de uma opção legislativa, de se canalizar a responsabilidade civil, de maneira a otimizar a observância do dever de cuidado na sociedade civil.

II - Da Ação Coletiva Passiva.

Apesar de alguns entendimentos em sentido contrário¹, a melhor doutrina e jurisprudência pátrias vinham reconhecendo a possibilidade de uma coletividade figurar no pólo passivo de uma ação civil pública.

* Professor de Tutela Coletiva de Direitos da FGV Direito Rio, Promotor de Justiça no MPRJ e integrante da Comissão Nacional de Prevenção e Combate à Violência nos Estádios de Futebol da CNPG/CBF de 2010 a 2012. 1 Neste sentido, por exemplo, é o entendimento de GEISA DE ASSIS RODRIGUES: “Não há no nosso sistema a possibilidade de ser proposta uma ação coletiva contra um réu que represente toda uma classe, a exemplo da *defendant class action*” do direito norte-americano. Assim, todos que estejam violando ou ameaçando um direito transindividual devem ser nominados na ação judicial. O ajustamento de conduta, dessa forma, só terá eficácia para aqueles que celebrarem o ajuste, manifestando expressamente seu intuito de cumprir as obrigações assumidas”, in Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática, Editora Forense, Rio de Janeiro 2ª edição, 2006, p. 174.

RODOLFO CAMARGO MANCUSO tem sistematicamente defendido a possibilidade de se ajuizar ações civis públicas em face de coletividades, inspirando-se na experiência norte-americana e na necessidade de se assegurar o acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional: “a excessiva amplitude da legitimação passiva nas ações voltadas à tutela de interesses metaindividuais (que pode chegar a uma não fixação apriorística dos demandados) não é casual, mas antes leva em conta fatores diversos, como as peculiaridades do caso concreto, as responsabilidades diversas, diretas e indiretas, emergentes segundo a natureza do dano produzido, o grau de informação das pessoas concernentes, a hierarquia entre os órgãos públicos envolvidos, a conveniência da extensão subjetiva da coisa julgada etc”². MANCUSO se referia ao problema das “demandas múltiplas”³, elogiando a solução de se evitar os litisconsórcios multitudinários, através da expansão da legitimação passiva para se solucionar os conflitos em que a coletividade é responsável por transgressões em massa.

Em edição mais recente de sua obra, MANCUSO já se referia expressamente à previsão da ação coletiva passiva no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos⁴, citando como exemplo de legitimação passiva das associações “o caso das ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Paulista contra algumas *torcidas organizadas* (Mancha Verde e Torcida Independente), para que fossem extintas, ao fundamento de distúrbios em estádios de futebol”⁵. Além do exemplo da responsabilização das torcidas organizadas, a realidade prática exibe uma série de situações em que é necessária a responsabilização da coletividade para se assegurar o respeito a direitos diante de transgressões em massa. FREDIE DIDIER JR e HERMES ZANETTI JR, a seu turno, se referem à hipótese de uma greve ilegal, conduzida pelo sindicato profissional e lesiva aos beneficiários do serviço essencial prestado por aquela categoria paralisada: “em 2004, em razão da greve nacional dos policiais federais, o Governo Federal ingressou com demanda judicial contra a Federação Nacional dos Policiais Federais e o Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal, pleiteando o retorno das atividades. Trata-se, indubitavelmente, de uma ação coletiva passiva, pois a categoria ‘policial federal’ encontrava-se como sujeito passivo da relação jurídica deduzida em juízo: afirmava-se que a categoria tinha o dever coletivo de voltar ao trabalho”⁶. Resta claro que, nestas ações coletivas passivas, não se está diante de uma coletividade de vítimas, mas de uma coletividade de transgressores, a quem a demanda deve ser dirigida.

A dificuldade prática é identificar uma entidade que possa representar adequadamente a categoria de transgressores. No caso de uma greve, é evidente que um sindicato pode representar adequadamente os interesses dos grevistas, até mesmo porque a entidade sindical é responsável pela articulação do movimento grevista, possuindo total condição de defender a legalidade do movimento grevista e, se for o caso, desarticular a paralisação, de modo a evitar sanções. Seria o caso também de uma ação coletiva ajuizada em face do Sindicato de Estabelecimentos de Ensino, em razão de práticas abusivas adotadas não pela entidade sindical, mas por cada um dos estabelecimentos de ensino individualmente na cobrança das mensalidades. Apesar de a prática não ser realizada pela entidade sindical, trata-se de atividade-fim da categoria, de modo que, em tese, o sindicato estaria adequadamente capacitado para exercer o papel de substituto

2 RODOLFO CAMARGO MANCUSO, Ação civil pública, RT, São Paulo, 2001, 7ª edição, p. 165.

3 *Idem*, p. 167.

4 RODOLFO CAMARGO MANCUSO, Ação civil pública, RT, São Paulo, 2007, 10ª edição, p. 188.

5 *Idem*, p. 177.

6 FREDIE DIDIER JR e HERMES ZANETTI JR, Curso de Direito Processual, Volume 4, Processo Coletivo, Jus Podium, Bahia, 2009, 4ª edição, p. 403-404.

processual dos supostos transgressores⁷. Antes do advento da Lei nº 12.299/10, RODOLFO CAMARGO MANCUSO já cogitava da possibilidade de que uma torcida pudesse figurar como representante adequado de seus membros: “presente esse ambiente normativo, e considerando ainda que o futebol é valor integrante do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216), pode-se figurar uma ação civil pública movida pelo Ministério Público tendo como causa de pedir atos de vandalismo praticados em estádio municipal, atribuídos a integrantes de certa “torcida (des...) organizada”, e, como pedido, a condenação à recomposição do *statu quo ante*: nesse contexto, haverá necessidade de saber se a citada torcida realmente pode ser considerada uma *adequada representante* dos aderentes da agremiação desportiva correspondente, como condição para sua regular imputação ao pólo passivo, e, também, para fins de eficácia prática da futura coisa julgada.”⁸ Essa possibilidade, com o advento dos artigos 37-A e 37-B do Estatuto do Torcedor, agora se tornou uma realidade indiscutível. É que atualmente existe previsão legal expressa de que, (i) enquanto coletividade, a torcida organizada pode figurar no pólo passivo de uma ação civil pública e (ii) a torcida organizada deve ser considerada a representante adequada dos interesses de seus membros, que poderão ser responsabilizados pela transgressão de uma parcela de seus associados.

A nova regra consolida uma tendência doutrinária e jurisprudencial, definindo claramente a possibilidade de se ajuizar a ação coletiva passiva nesses casos. Trata-se de uma prática judicial adotada há séculos nos Estados Unidos e na Inglaterra, conhecida como “*defendant class action*”, cuja utilidade é bem explicada por ANTONIO GIDI: “a vantagem de uma *defendant class action* é manifesta nos casos em que há um padrão de conduta ilegal entre um grupo de réus semelhantes situados, como, por exemplo, várias escolas, penitenciárias, lojas, municípios, cartórios, planos de saúde, franqueados, infratores etc. Com uma única ação coletiva é possível obrigá-los todos a cumprir a lei através de um único processo e uma única decisão, que terá força de coisa julgada em face de todos os membros do grupo”⁹. De acordo com o professor da Universidade de Houston, seria ideal que uma reforma legislativa delimitasse, no direito brasileiro, tal tipo de ação.¹⁰ Conforme já salientado, a regra está prevista no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, com a seguinte redação:

Capítulo III – Da ação coletiva passiva

“Art. 36. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (art. 19, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 3º) e a tutela se revista de interesse social”

“Art. 37. Coisa julgada passiva – A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso, inversamente, as disposições do artigo 12, *caput* e parágrafos 5º e 6º deste Código”.

7 Tal hipótese foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Fluminense em face do Sindicato de Estabelecimentos de Ensino do Rio de Janeiro, tendo a 20ª Câmara Cível superado as preliminares de ilegitimidade e enfrentado o mérito, julgando improcedente os pedidos formulados no Processo nº 2008.001.40179.

8 *Idem*, p. 172-3.

9 ANTONIO GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. RT, São Paulo, 2007, p. 391.

10 *Idem*, p. 414-5.

Comentando tais dispositivos, ADA PELLEGRINI GRINOVER esclareceu que “o capítulo III introduz no ordenamento brasileiro a ação coletiva passiva, ou seja, a ação promovida não pelo, mas contra o grupo, categoria ou classe de pessoas. A jurisprudência brasileira vem reconhecendo o cabimento dessa ação (a *defendant class action* do sistema norte-americano), mas sem parâmetros que rejam sua admissibilidade e o regime da coisa julgada”¹¹. Na verdade, tal inovação legal acaba de ser introduzida em nosso ordenamento através da Lei nº 10.671/10, através da adoção da ação coletiva passiva no âmbito do Estatuto do Torcedor, em que a torcida organizada é citada como ré, mas a coisa julgada *erga omnes* abrange também todos os seus torcedores. Cabe, portanto, aos legitimados o ajuizamento de ações civis públicas em face das torcidas organizadas para fins de responsabilização civil da associação e de seus associados.

III - Da Conclusão.

Recentemente, duas das principais torcidas organizadas do Rio de Janeiro foram investigadas por conta de envolvimento de seus integrantes na morte de torcedores rivais. Em maio de 2012, depois de uma partida entre Botafogo e Vasco, integrantes da Força Jovem do Vasco encontraram uma liderança da Torcida Jovem do Flamengo dentro de um ônibus, tendo havido uma frustrada tentativa de fuga do flamenguista, perseguido e encurralado por cerca de cem torcedores vascaínos. Ferido gravemente com pedradas, chutes e outros golpes desferidos por múltiplos alzoques, o torcedor veio a morrer depois de alguns dias no hospital. Dentre os envolvidos na morte estavam líderes regionais da torcida organizada em Jacarepaguá. Em agosto de 2012, antes de uma partida entre Flamengo e Vasco, um grupo de oitenta integrantes da Torcida Jovem do Flamengo abordou e atacou um reduzido grupo de torcedores vascaínos em um posto de gasolina, vindo a matar um integrante da Força Jovem do Vasco. Dentre os responsáveis pela morte estava um líder regional da torcida organizada em Resende. A vinda deste grupo do interior do Estado não foi comunicada ao policiamento e, unidos com torcedores da Baixada Fluminense e de São Gonçalo, os integrantes da Torcida Jovem mataram o torcedor rival. O crime, indicam as evidências, foi cometido por vingança, na medida em que, na chegada ao estádio, toda a torcida organizada entoou músicas em homenagem ao torcedor morto em maio, intitulado-se de “bonde do feio”, referindo-se ao apelido da vítima vingada naquele dia. Em ambos os casos, concluiu-se que a torcida organizada era coletivamente responsável pela morte de um integrante da torcida rival. Antes de ser ajuizada a ação civil pública com a finalidade de responsabilizar judicialmente as torcidas organizadas e proibir o seu ingresso dos estádios por até três anos, foi dada a oportunidade de celebrar um termo de ajustamento de conduta, que fixava o período do banimento em seis meses. Ambas as torcidas organizadas assinaram o TAC, admitindo seu banimento parcial – faixas, bandeiras, instrumentos musicais e quaisquer símbolos foram proibidos, mas seus integrantes permaneceram autorizados a ingressar nos estádios, na medida em que o investimento prometido pelo Ministério do Esporte em cadastramento e catracas digitais não foi realizado.

¹¹ ADA PELLEGRINI GRINOVER, Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos - Exposição de Motivos, in Tutela Coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON (org), Atlas, São Paulo, 2006, página 4.

O banimento das torcidas organizadas foi divulgado amplamente pela mídia, tendo sido apresentado como uma novidade no combate à violência no futebol no Rio de Janeiro. Apesar de a cobertura da imprensa ter sido, em regra, positiva, houve duas linhas bastante claras de criticismo ao banimento parcial das torcidas organizadas. O articulista ZUENIR VENTURA considerou que o banimento por seis meses era brando e que as torcidas organizadas “do mal” deveriam ser definitivamente extintas¹². Já os sociólogos MAURICIO MURAD e BERNARDO BUARQUE DE HOLLANDA tem criticado a responsabilização coletiva das torcidas organizadas, indicando que apenas os indivíduos violentos devem ser responsabilizados e punidos¹³. Diante das críticas de que as medidas adotadas pelo Ministério Público teriam sido brandas ou exageradas, o presente artigo pretendeu explicar o embasamento jurídico para a responsabilidade coletiva das torcidas organizadas. Por um lado, pretender extinguir uma torcida organizada seria inviável na medida em que o Estatuto do Torcedor autoriza o poder público apenas a suspender estas coletividades por, no máximo, três anos. Por outro lado, chega a ser curioso que estudiosos dos fenômenos sociais sejam contrários a um remédio jurídico criado sob medida para a transgressão coletiva. A especificidade da conduta humana realizada sob influência direta da massa ou de uma coletividade tem sido reconhecida na sociologia e na psicologia social desde o trabalho pioneiro desenvolvido pelos fundadores das respectivas disciplinas¹⁴. Finalmente, o direito brasileiro reconheceu, através do Estatuto do Torcedor, a existência da transgressão coletiva e definiu instrumentos concretos para a responsabilização coletiva.

No caso específico das torcidas organizadas, ainda é cedo para se fazer qualquer avaliação da efetividade desses novos instrumentos. O impacto do banimento da Força Jovem do Vasco e da Torcida Jovem do Flamengo somente poderá ser avaliado adequadamente no futuro, quando, retrospectivamente, observarmos eventual mudança de comportamento em seus integrantes. Por ora, contudo, ao apresentarmos o embasamento jurídico para a responsabilização coletiva das torcidas organizadas, esperamos que o criticismo prematuro seja devidamente superado e o banimento coletivo possa continuar a ser um remédio utilizado para prevenir e combater a violência nos estádios de futebol do Rio de Janeiro.

**Publicado originalmente na Revista nº 48 abr./jun. 2013, p. 211.*

12 ZUENIR VENTURA, Torcidas do Mal, em O Globo, 01.09.2012, disponível online: <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2012/09/01/torcidas-do-mal-por-zuenir-ventura-463267.asp>.

13 <http://oglobo.globo.com/rio/bernardo-buarque-de-hollanda-apanas-policia-nao-sera-capaz-de-tratar-disso-5977527>.

14 Confira-se, entre outros, EMILE DURKHEIM, As regras do método sociológico, Ed. Martins Fontes, 2ª edição, São Paulo (2007); MAX WEBER, Economia e Sociedade – Volume I, Ed. UnB, 4ª edição, Brasília (2009); SIGMUND FREUD, Psicologia das massas e análise do eu e outros textos [1920-1923] (volume 15 das obras completas), Ed. Companhia das Letras (2011).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA: COMPETÊNCIA PARA A CAUSA E REPARTIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE OS ÓRGÃOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TEORI ALBINO ZAVASCKI*

SUMÁRIO: 1. Legitimação do Ministério Público para tutela de direitos transindividuais: função institucional. 2. Organização do Ministério Público mediante distribuição interna de atribuições. 3. Repartição das atribuições para promover demandas judiciais: critério geral. 4. Repartição de atribuições para promover demandas perante a Justiça Comum. 4.1. Distribuição da competência jurisdicional comum entre Justiça Federal e Justiça Estadual. 4.2. Fixação da competência jurisdicional na ação civil pública. 5. Repartição de atribuições entre Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual para ações civis públicas. 6. Suma conclusiva.

1. Legitimação do Ministério Público para tutela de direitos transindividuais: função institucional

Entre as mais proeminentes funções institucionais atribuídas pela Constituição Federal ao Ministério Público está a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III), função reafirmada na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625, de 12.02.93, art. 25, IV) e no Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar 75, de 20.05.93, art. 6º, VII). A legitimação específica para o exercício, em juízo, dessa função institucional consta também nas leis especiais que estabelecem normas processuais para as várias “ações civis públicas”, como é o caso da Lei 7.347, de 24.7.85 (disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), da Lei 7.853, de 24.10.89 (dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiências, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes), da Lei 7.913, de 7.12.89 (dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários), da Lei 8.078 de 11.9.90, o chamado “Código de Proteção e Defesa do Consumidor” (“dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”) e da Lei 8.429, de 02.06.92 (dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos em de enriquecimento ilícito no exercício da função).

Quando a ação civil pública tem por objeto a tutela de direitos e interesses transindividuais (difusos e coletivos), a legitimação atribuída ao Ministério Público, pela Constituição (art. 129, III), deve ser entendida no sentido irrestrito e mais amplo possível, em limites suficientes e necessários para a obtenção da tutela jurisdicional

* Ministro do STF.

completa e compatível com a natureza e a magnitude da lesão ou da ameaça aos bens e valores tutelados. Inclui, portanto, legitimação para buscar tutela cognitiva, preventiva e reparatória, declaratória, constitutiva ou condenatória. Inclui também poderes para pleitear medidas de tutela provisória, de antecipação de tutela e cautelar. Estende-se a legitimação para as medidas de cumprimento das liminares e das sentenças, inclusive, quando for o caso, para a propositura da ação autônoma de execução.

Convém observar, embora não seja esse o objetivo específico do presente estudo, que os direitos sujeitos à irrestrita tutela pelo Ministério Público, são apenas os direitos difusos e coletivos, ou seja, os subjetivamente *transindividuais* (= sem titular determinado) e materialmente *indivisíveis*, que não se confundem, portanto, com os direitos individuais homogêneos. Esses não são direitos *transindividuais* mas, simplesmente, direitos subjetivos *individuais*, os mesmos “direitos comuns ou afins” de que o art. 46 do CPC, nomeadamente em seus incisos II e IV. A sua natureza “coletiva” tem um sentido meramente instrumental, para fins de defesa conjunta em juízo, viabilizada pelas características comuns (= homogeneidade) do conjunto desses direitos individuais. Em outras palavras, os direitos homogêneos “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais”.¹

Nessa condição, diferentemente do que ocorre com os de natureza transindividual, os direitos individuais homogêneos não são irrestritamente tuteláveis pelo Ministério Público, só podendo sê-lo nas hipóteses expressamente previstas em lei (*v.g.*, os direitos dos consumidores lesados Lei 8.078 de 11.9.90, art. 82, I) ou quando essa tutela assumir relevante interesse social. E, conforme observou o Ministro Sepúlveda Pertence, “a afirmação do interesse social para o fim cogitado há de partir de identificação do seu assentamento nos pilares da ordem social projetada pela Constituição e na sua correspondência à persecução dos objetivos fundamentais da República, nela consagrados. Afinal de contas – e malgrado as mutilações que lhe tem imposto a onda das reformas neoliberais deste decênio – a Constituição ainda aponta como metas da República ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ e ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’”.² Esse critério (...) se poderia denominar de interesse social segundo a Constituição”.²

2. Organização do Ministério Público mediante distribuição interna de atribuições

Ocorre que o Ministério Público é instituição de caráter nacional, subordinada aos princípios institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional (CF, art. 127), dela fazendo parte o Ministério Público da União, com suas várias ramificações e especialidades, e os Ministérios Públicos dos Estados (CF, art. 128).

1 BENJAMIN. Antônio Herman. “A insurreição da aldeia global contro o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”, *apud* “Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação”, obra coletiva, coordenação de Edis Milaré, SP, RT, 1995, p. 96.

2 Voto proferido no RE 195.056-1, relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 14.11.2003, p. 18. No mesmo sentido: REsp 58.682, 3ª Turma, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 16.12.96.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, embora órgão da União (CF, art. 128, I, *d*), desempenha, no âmbito distrital, atribuições correspondentes às dos Ministérios Públicos estaduais, razão pela qual são com eles equiparados para os fins do presente estudo.

Afirmar que o Ministério Público é uno e indivisível significa dizer, como anotou ARRUDA ALVIM³, que a manifestação de qualquer de seus agentes, no cumprimento do dever funcional, vinculará a própria instituição como um todo. Por ser assim, é evidente que a atuação de Ministério Público, a exemplo do que se passa no Poder Judiciário – que tem sua jurisdição limitada pelas regras de competência –, se dá em forma organizada e hierarquizada. Seus agentes exercem as funções sob determinadas regras e limites impostos pela estrutura do organismo. Seria inconcebível imaginar, com efeito, pudessem todos e cada um dos agentes da instituição, legitimamente, falar em nome dela e assim comprometê-la, perante todo e qualquer órgão ou instância, ou em qualquer lugar, ou nos momentos que lhes aprovessessem.

É, portanto, decorrência do caráter nacional da instituição e dos princípios constitucionais da unidade e indivisibilidade que a regem, a sua organização mediante repartição de atribuições. Não tem outro sentido o art. 128 da CF, ao estabelecer que o Ministério Público abrange o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados, aquele compreendendo o Ministério Público Federal, o do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal e Territórios, cada qual, portanto, com atribuições delimitadas, a serem estabelecidas em leis complementares (art. 128, § 5º). Seria inconcebível a atuação do Ministério Público sem tais delimitações. Os princípios da unidade e indivisibilidade afastam a suposição de que o Ministério Público Federal possa atuar, indiscriminadamente, perante a Justiça do Trabalho ou a Militar ou a dos Estados. Da mesma forma e pelo mesmo motivo não se compadece com a estrutura da instituição afirmar-se legitimidade aos agentes do Ministério Público Estadual para atuar fora da sua Comarca, ou fora de seu Estado, ou fora da jurisdição local (salvo, evidentemente, quando autorizados, como *v.g.*, na hipótese prevista no ADCT, art. 29, § 5º). Sob este aspecto, se a instituição é uma só e indivisível, não há como compatibilizar com esses princípios institucionais certas disposições normativas que admitem a possibilidade de litisconsórcio entre Ministério Público Federal e Estadual em determinados processos (Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 5º). Esse estranho “litisconsórcio consigo mesmo”, se cabível, importaria, invariavelmente, o deslocamento da competência da causa para a Justiça Federal, já que, conforme se fará ver, o princípio federativo não comporta a submissão de um órgão da União à Justiça de um Estado-Membro.

A organização estruturada e hierarquizada do Ministério Público é também condição para o adequado atendimento do terceiro princípio institucional: o da independência funcional. Anotou PAULO CEZAR PINHEIRO⁴ que a “garantia da independência do Ministério Público passa, necessariamente, pela exigência de figurar em cada processo específico, o Promotor ou Procurador, investido de atribuição legal para tal finalidade, e somente ele, ressalvadas, obviamente, as exceções legais que permitem a substituição. A atribuição para oficiar no processo depende de prévia regulamentação legal⁵”. O princípio da independência supõe, portanto, “que cada

3 Manual de Direito Processual Civil, 8ª ed., vol. 1, São Paulo, Ed. RT, 2003, p. 564.

4 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal: Promotor Natural, Atribuições e Conflito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 45.

5 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal: Promotor Natural, Atribuições e Conflito, op.cit.*, p. 48.

órgão da instituição tenha, de um lado, as suas atribuições fixadas em lei e, de outro, que o agente, que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, seja aquele que irá officiar no processo correspondente”⁶.

3. Repartição das atribuições para promover demandas judiciais: critério geral

No que se refere às atribuições que envolvam o ajuizamento de demandas, a sua repartição, no âmbito interno, entre os vários órgãos do Ministério Público, deve guardar compatibilidade com a distribuição da competência dos órgãos do Poder Judiciário, estabelecido pela Constituição.

Sob esse aspecto, não é difícil visualizar os limites de atribuições entre os vários órgãos do Ministério Público quando se tratar de demandas sujeitas à jurisdição especializada do Poder Judiciário. É o caso da Justiça do Trabalho, pertencente ao Poder Judiciário da União (CF, art. 92, IV) e que tem sua competência delimitada por especialização da matéria (CF, art. 114). Perante ela funciona um órgão, também especializado, do Ministério Público da União (art. 128, I, *b*). Situação análoga é a da Justiça Eleitoral, que integra o Poder Judiciário da União (art. 92, V) e cuja competência é igualmente definida *ratione materiae* (CF, art. 121). Perante ela atua, promovendo, se for o caso, as ações cabíveis, o Ministério Público Federal (LC 75/93, art. 37, I).

As dificuldades surgem quando se trata de definir critérios para a repartição de atribuições do Ministério Público em demandas da competência da Justiça Comum, tema que merece atenção destacada.

4. Repartição de atribuições para promover demandas perante a Justiça Comum

4.1. Distribuição da competência jurisdicional comum entre Justiça Federal e Justiça Estadual

Seguindo o critério acima definido, cumprirá ao órgão especializado do Ministério Público da União promover as causas de competência da Justiça Federal e ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal as de competência estadual e distrital.

Todavia, ao contrário do que ocorre com a Justiça Eleitoral e do Trabalho, a competência cível da Justiça Federal é definida na Constituição, em geral, em razão das pessoas envolvidas no processo, e não da matéria nele tratada. Segundo o art. 109, I, da CF, cabe aos juízes federais processar e julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho”. Ressalvadas as exceções assinaladas na parte final do dispositivo (causas de falência, acidentes do trabalho e as de competência dos ramos especializados da Justiça da União) e, mais, as dos incisos III (“causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional”) e XI (“a disputa sobre direitos indígenas”), o critério constitucional para repartir a competência cível entre Justiça dos Estados e Justiça Federal é, como se percebe, *ratione personae*, isto é, leva em consideração as pessoas envolvidas no processo.

6 CARNEIRO, Athos Gusmão. (*Jurisdição e Competência*, Saraiva, 128 edição, de 2002, págs. 160/161 e 165/166). No mesmo sentido: CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da Justiça Federal*, 4º ed., Juruá Editora, 2000, págs. 26/27; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Competência Cível da Justiça Federal*, Saraiva, 1998, págs. 34/35 e 65).

É irrelevante, para esse efeito (ressalvadas as exceções mencionadas) a natureza da controvérsia sob o ponto de vista do direito material ou do correspondente pedido, postos na demanda. Mais ainda: ao lado desse *requisito subjetivo* (a qualidade da pessoa jurídica interessada), a Constituição agrega um *requisito objetivo*: a *efetiva presença* dessa pessoa na relação processual, que deverá, necessariamente, nela ser figurante na condição de autor, ou de réu, ou como assistente ou como oponente.

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência sempre salientaram a indispensabilidade da conjugação desses dois requisitos como pressuposto necessário à fixação da competência federal. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO observa: “A competência das “jurisdições especiais”, como já foi dito (verbetes n. 17 a 21), é aquela prevista taxativamente na Constituição da República; por exclusão, as demais causas são processadas e julgadas perante a Justiça comum, ou Justiça ordinária, integrada pelos juízes e tribunais dos Estados e do Distrito Federal. Lei ordinária, ou mesmo lei complementar não poderá ampliar nem restringir a competência das “jurisdições especiais...” (..) No plano cível, a competência da Justiça Federal de primeira instância define-se *ratione personae*, pela condição como parte (ou como assistente da parte) da União, entidade autárquica ou empresa pública (ou fundação) federal – CF, art. 109, I –, bem como nos casos de demandas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País – CF, art. 109, II (se em lugar do Município, ou da pessoa física, for interessada a União, Estado-Membro ou o Distrito Federal, competente originariamente será o STF – CF, art. 102, I, e), e bem assim nos casos de mandado de segurança ou *habeas data* impetrados contra ato de autoridade federal- CF, art. 109, VIII. (..) Em assim sendo, é irrelevante para fixar a competência cível da Justiça Federal a circunstância de ser objeto da lide matéria que possa ser considerado de alto interesse da União, salvo se esta (ou entidade pública federal) participa da causa como parte, ou vier a participar como interveniente.”⁷

Nesse mesmo sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que “não é possível deslocar a competência, ao juiz federal,(...) sem que suceda intervenção da União, ou de autarquia federal, ou de empresa pública federal, a teor do art. 109, da Constituição, na condição de autora, ré, assistente ou oponente”.⁸ E

7 STF, CJ 6866/ES, Tribunal Pleno, Min. Neri da Silveira, DJ de 24/02/ 89. No mesmo sentido: Ag. Reg. Ag. Instrumento 204619/SP, 2ª T., Ministro Carlos Velloso, DJ de 06/03/98 e CJ 6692/RS, Pleno, Min. Sydney Sanches, DJ de 24/06/88.

8 CC 39.824, 1ª Seção, julg. em 10.12.2003, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de, cuja ementa foi a seguinte: “CONFLITO DE COMPETÊNCIA: AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM MOVIDA POR ALUNO CONTRA INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DE SISTEMA ESTADUAL DE ENSINO. AUTONOMIA. ART. 211 DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A competência cível da Justiça Federal, estabelecida na Constituição, define-se, como regra, pela natureza das pessoas envolvidas no processo: será da sua competência a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou oponente (art. 109, I, a), mesmo que a controvérsia diga respeito a matéria que não seja de seu interesse. Nesse último caso, somente cessará a competência federal quando a entidade federal for excluída da relação processual. 2. Não é da competência federal, e sim da estadual, por isso, a causa em que não figuram tais entidades, ainda que a controvérsia diga respeito a matéria que possa lhes interessar. Nesse último caso, a competência passará à Justiça Federal se e quando uma das entidades federais postular seu ingresso na relação processual, até porque “compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas” (súmula 150/STJ). 3. No que se refere a mandado de segurança, compete à Justiça Federal processá-lo e julgá-lo quando a autoridade apontada como coatora for autoridade federal, considerando-se como tal também o agente de entidade particular investido de delegação pela União. Nesse último caso, é logicamente inconcebível hipótese de competência estadual, já que, de duas uma: ou o ato é de autoridade (caso em que se tratará de autoridade federal delegada, sujeita à competência federal), ou o ato é de particular, e não ato

no STJ, a orientação é igualmente no sentido de que a competência cível da Justiça Federal “define-se, como regra, pela natureza das pessoas envolvidas no processo: será da sua competência a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou oponente (art. 109, I, a) (...). Não é da competência federal, e sim da estadual, por isso, a causa em que não figuram tais entidades, ainda que a controvérsia diga respeito a matéria que possa lhes interessar”⁹.

Não é diferente quanto se trata de mandado de segurança e *habeas-data*. Conforme estabelece o art. 109, VIII da Constituição, são da competência dos juízes federais os mandados de segurança e os *habeas-data* “contra ato de autoridade federal”. A essas duas espécies de ações de natureza cível (e ao *habeas corpus*, no plano criminal), a Constituição deu tratamento especial e destacado, não apenas no que se refere à competência dos Juízes Federais, mas também em relação à competência dos demais órgãos do Poder Judiciário, como o STF (art. 102, I, d, i; e II, a), o STJ (art. 105, I, b, c; e II, a, b) e os TRFs (art. 108, I, c, d). Assim o fez, certamente, pela configuração especial que detém essas garantias constitucionais, diferente da que se estabelece nos procedimentos comuns. Nelas, a relação processual se instala validamente com a presença, não da própria pessoa jurídica, mas sim da “autoridade” praticante do ato ou responsável pela omissão que se visa a coibir. O critério, como no inciso I, continua sendo *ratione personae*, com a única peculiaridade de que, aqui, se leva em consideração, não o ente com personalidade jurídica (que até pode ser ente privado, em casos de atividade delegada), mas a autoridade detentora do plexo de competência para prática do ato (ou da omissão) acoimado de causar lesão a direito líquido e certo.

4.2. Fixação da competência jurisdicional na ação civil pública

No que se refere à ação civil pública, a regra de competência para a causa é também a prevista no art. 109, I, da Constituição. Ocorre que, nessa espécie de ação, o direito tutelado tem natureza *transindividual*, a significar que são indeterminados os respectivos titulares. Daí a questão: não estando legitimado, para o pólo passivo, nenhum ente federal, estaria descartada a competência da Justiça Federal?

Essa pergunta envolve, não um problema de competência, e sim de legitimidade. Com efeito, para fixar a competência da Justiça Federal, basta que a ação civil pública seja proposta pelo Ministério Público Federal. É que, assim ocorrendo, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art. 109, I, da Constituição. Embora sem personalidade jurídica própria, o Ministério Público está investido de personalidade processual, e a sua condição de *personalidade processual federal* é por si só bastante para determinar a competência da Justiça Federal. Aliás, é exatamente isso o que ocorre também em mandado de segurança, em *habeas-data* e em todos os demais casos em que se reconhece legitimidade processual a entes não personalizados: a competência será fixada levando em consideração a natureza (federal ou não) do órgão ou da autoridade com personalidade apenas processual, e essa natureza é a mesma da ostentada pela pessoa jurídica de que faz parte.

de autoridade (caso em que o mandado de segurança será incabível), e só quem pode decidir a respeito é o juiz federal (súmula 60/TFR). 4. Os Estados e Municípios gozam de total autonomia para organizar e gerir seus sistemas de ensino (CF, art. 211), e os dirigentes de suas instituições de ensino superior não agem por delegação da União. Por isso, também, que a apreciação jurisdicional de seus atos é da competência da Justiça Estadual. 5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Patos de Minas-MG, o suscitante”.

Figurando o Ministério Público Federal, órgão da União, como parte na relação processual, a um juiz federal caberá apreciar a demanda, ainda que seja para dizer que não é ele, e sim o Ministério Público Estadual, o que tem legitimação ativa para a causa. Para efeito de competência, portanto, pouco importa que a parte seja legítima ou não. Essa, a da legitimidade, é uma questão logicamente posterior à da fixação de competência. A existência ou não da legitimação ativa deve ser apreciada e decidida pelo juiz considerado competente para tanto, o que significa que a questão competencial antecede à da legitimidade ativa.

Convém enfatizar também que, para efeito de competência, o critério *ratione personae* é considerado em face apenas dos termos em que foi estabelecida a relação processual. Em outras palavras, o que se leva em consideração, para esse específico efeito, é a *parte processual*, que não é, necessariamente, *parte legítima* para a causa. Parte *processual* é a que efetivamente figura na relação processual, ou seja, é aquela que pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional numa determinada demanda. Já a parte *legítima* é aquela que, segundo a lei, *deve figurar* como demandante ou demandada no processo. A legitimidade *ad causam*, conseqüentemente, é aferível mediante o contraste entre os figurantes da relação processual efetivamente instaurada e os que, à luz dos preceitos normativos, nela deveriam figurar. Havendo coincidência, a parte processual será também parte legítima; não havendo, o processo terá parte, mas não terá parte legítima. Em suma: proposta a demanda por ente federal ou contra ente federal, a causa será, necessariamente, de competência da Justiça Federal, pouco importando que o autor ou o réu não sejam partes legitimadas. Quem deve decidir sobre a legitimação, nesse caso, é o juiz federal.

Reafirma-se, assim, que a simples circunstância de se tratar de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal é suficiente para fixar a competência da Justiça Federal. O mesmo ocorre se a demanda for proposta pelo Ministério Público do Estado ou do Distrito Federal: independentemente da matéria discutida e, mesmo, da legitimidade do órgão autor, a competência para a causa será da Justiça Estadual ou do Distrito Federal. Por isso mesmo se afirmou que a resposta à pergunta antes formulada envolve, não um problema de competência e sim de legitimidade, a ser enfrentado pelo juiz (federal ou estadual, conforme o caso), à luz dos preceitos normativos próprios. Cumprir-lhe-á, para tanto, investigar se a demanda se comporta no âmbito das atribuições do Ministério Público que a promoveu. Convencendo-se de que, pelas suas características, a demanda foge das atribuições do Ministério Público Federal, caberá ao juiz federal extinguir o processo sem julgamento de mérito, já que terá presente hipótese de ilegitimidade ativa (CPC, art. 267, VI), o mesmo devendo fazer, quando for o caso, o juiz estadual, nas ações propostas pelo Ministério Público Estadual. Seria errôneo, em tais casos, simplesmente declinar da competência. O vício, repita-se, não é de competência, mas sim de legitimação para a causa, de modo que a declinação não o apagaria.

5. Repartição de atribuições entre Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual para ações civis públicas

Chega-se, assim, ao ponto nuclear para definir a legitimidade: o da repartição institucional de atribuições entre os órgãos do Ministério Público para a promoção de ações civis públicas.

Quando se trata de repartir competências (legislativas, administrativas ou jurisdicionais), o princípio amoldado ao sistema federativo e adotado pela Constituição é o de reconhecer como da esfera estadual toda a matéria residual, ou seja, toda aquela que não estiver conferida, por força de lei ou do sistema, a ente federal. Para os fins aqui perseguidos, o princípio é exatamente o mesmo.

Ocorre que a Lei Complementar 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, que seria a sede normativa adequada para explicitar as atribuições desse órgão (CF, art. 128, § 5º), não foi nada feliz no particular. Os seus artigos 5º e 6º, por exemplo, ao tratar das funções institucionais e da competência do “Ministério Público da União”, elencou, na verdade, funções institucionais e competências do Ministério Público como um todo, que são também comuns, portanto, às do Ministério Público dos Estados. No ponto que aqui interessa, outorgou-se ao Ministério Público “da União” competência para “promover o inquérito civil e a ação civil pública”, entre outras hipóteses, quando destinados à proteção “dos direitos constitucionais” (art. 6º, VII, a), “do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (VII, b) (...) e de “outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos” (VII, d). Bem se vê que tais dispositivos não podem ser entendidos na extensão que decorre de sua interpretação puramente literal, já que transformaria a ação civil pública em verdadeiro monopólio do Ministério Público da União, já que, na prática, estaria virtualmente eliminada qualquer atribuição residual. Ao contrário, os dispositivos devem ter seu alcance compreendido à luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente do antes referido princípio federativo.

O limitador implícito na fixação das atribuições do Ministério Público da União (ressalvado, obviamente, o do Distrito Federal e Territórios) é, certamente, o da existência de interesse federal na demanda. Caberá a ele promover, além das ações civis públicas que envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral), todas as que devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais). Será da alçada do Ministério Público Federal promover ações civis públicas que sejam da competência federal em razão da matéria - as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI) - ou em razão da pessoa - as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou as que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I).

Este último ponto merece explicitação. Na ação civil pública, a legitimação ativa é em regime de substituição processual. Versando sobre direitos transindividuais, com titulares indeterminados, não é possível, em regra, verificar a identidade dos substituídos. Há casos, todavia, em que a tutela de direitos difusos não pode ser promovida sem que, ao mesmo tempo, se promova a tutela de direitos subjetivos de pessoas determinadas e perfeitamente identificáveis. É o que ocorre nas ações civis públicas em defesa do patrimônio público ou da proibidade administrativa, cuja sentença condenatória reverte em favor das pessoas titulares do patrimônio lesado. Tais pessoas certamente compõem o rol dos substituídos processuais. Havendo, entre elas, ente federal, fica definida a legitimidade ativa do Ministério Público Federal.

Outras hipóteses de atribuição do Ministério Público Federal para o ajuizamento de ações civis públicas serão configuradas quando, por força do princípio federativo, ficar evidenciado o envolvimento de interesses nitidamente federais, circunstância que, se for o caso, poderá ser contestada pela parte contrária e aferida, inclusive de ofício, em sede jurisdicional.

À luz desse mesmo critério constitucional de repartição de atribuições, caberá ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal o ajuizamento de ações civis públicas residuais, assim consideradas todas as que não estiverem compreendidas no âmbito de atribuições do Ministério Público da União.

6. Suma conclusiva

Em suma, eis o que se pode deixar assentado como conclusões gerais:

a) o Ministério Público é instituição de caráter nacional de que fazem parte o Ministério Público Federal, com suas várias ramificações, e o Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (CF, art. 128), do que decorre a necessidade de sua organização mediante repartição de atribuições;

b) no que se refere às atribuições que envolvam o ajuizamento de demandas, a sua repartição entre os vários órgãos do Ministério Público deve guardar compatibilidade com a distribuição da competência dos órgãos do Poder Judiciário, estabelecida pela Constituição;

c) quando se tratar de demandas sujeitas à jurisdição especializada da União (Justiça do Trabalho e Justiça Eleitoral), sua propositura caberá ao correspondente órgão especializado do Ministério Público da União;

d) relativamente à Justiça Comum, cumprirá ao Ministério Público Federal promover as demandas de competência da Justiça Federal e ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal as de competência estadual e distrital;

e) a competência cível da Justiça Federal é definida, como regra, em razão das pessoas *ratione personae*, e não da matéria nele tratada: cabe aos juízes federais “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho” (CF, art. 109, I);

f) assim, ressalvadas as exceções assinaladas (causas de falência, acidentes do trabalho e as de competência dos ramos especializados da Justiça da União) e, mais, as dos incisos III (“causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional”) e XI (“a disputa sobre direitos indígenas”), o critério constitucional para repartir a competência cível entre Justiça dos Estados e Justiça Federal leva em conta as pessoas que efetivamente figuram na relação processual, e tal critério se aplica também para a ação civil pública;

g) o Ministério Público Federal é órgão da União, e, por isso mesmo, a sua presença na relação processual é suficiente para fixar a competência da Justiça Federal: caberá a um juiz federal, nessa hipótese, processar e julgar a causa, ainda que seja para dizer que não é o órgão autor, e sim o Estadual, o que tem legitimação ativa para promovê-la;

h) a questão da competência, portanto, é logicamente antecedente à da legitimidade: a existência ou não da legitimação ativa só pode ser decidida pelo juiz considerado competente para a causa;

i) convencendo-se, pelas características da causa, que a sua propositura foge das atribuições do órgão do Ministério Público demandante, cumprirá ao juiz extinguir o processo sem julgamento de mérito, já que terá presente hipótese de ilegitimidade ativa (CPC, art. 267, VI) e não de incompetência;

j) a legitimidade de cada órgão do Ministério Público para a propositura de ação civil pública está diretamente relacionada com o âmbito de suas atribuições, fixadas segundo o princípio constitucional da competência residual: será atribuição do Ministério Público local toda aquela que não estiver conferida, por força de lei ou do sistema, a órgão da União;

l) é atribuição do Ministério Público da União promover, por seu correspondente ramo especializado, além das ações civis públicas que envolvem matéria de competência da Justiça do Trabalho e Eleitoral, todas as que devem ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais);

m) é também atribuição do órgão especializado do Ministério Público da União promover ações civis públicas que sejam da competência federal em razão da matéria (CF, art. 109, III e XI), ou em razão da pessoa (CF, art. 109, I), bem como as que, por força do princípio federativo, envolvem interesses nitidamente federais, circunstância que, se for o caso, poderá ser contestada pela parte contrária e aferida, inclusive de ofício, em sede jurisdicional.

**Publicado originalmente na Revista nº 47 jan./mar. 2013, p. 207.*

Direito Penal



CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTRODUÇÃO DA MEDIDA DE REDUÇÃO QUÍMICA DA LIBIDO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

ANDRÉ GUILHERME TAVARES DE FREITAS¹

SUMÁRIO: Introdução. 1 - A compatibilidade da Redução Química da Libido com as normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos. 2 - A possibilidade de previsão da medida penal de Redução Química da Libido no âmbito do Ordenamento Jurídico Brasileiro. 3 - A imperatividade de sancionamento penal severo nos crimes de “pedofilia”. 4 - A proporcionalidade da sanção penal de Redução Química da Libido. 5 - As alternativas de previsão da medida de Redução Química da Libido dentro do Direito Penal Brasileiro. Conclusão.

Introdução

O presente estudo versa sobre a compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e com os mandamentos universais humanitários de medida no âmbito penal que importe em redução da libido daqueles agentes condenados por infrações penais que atentem contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, crimes estes vulgarmente conhecidos como “pedofilia”.

Temos como necessário, desde logo, o esclarecimento sobre a nomenclatura relacionada à medida objeto deste estudo, posto soar como inapropriado o nome que vem sendo atribuído à mesma, qual seja “castração química”. Falar em “castração” masculina é mencionar a extirpação dos testículos, expressão esta que acrescida da palavra “química” pode dar ensejo à conclusão de que a medida acarreta algum tipo “amputação”, através de meios químicos, da gônada sexual masculina, mesmo que esta não seja retirada fisicamente, ou seja, nesta concepção estaria este órgão sendo inutilizado em definitivo, ainda que não extraído fisicamente.

O raciocínio não deve ser este, posto que a providência de contenção da libido masculina objeto desta análise não importa em inutilizar este órgão produtor das células sexuais com função reprodutora e, muito menos, em alguma providência com cunho de definitividade. Trata-se de intervenção química contentora da libido, que importará na perda ou atenuação dos instintos sexuais do homem e que terá a característica da transitoriedade, permitindo, por conseguinte, o retorno ao estado orgânico anterior.

A abordagem feita, neste estudo, partiu do pressuposto de que uma medida penal, principalmente uma sanção penal, não pode ser livremente estabelecida pelo legislador, posto que, dentre os ramos do Direito, o Direito Penal é aquele que possibilita

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Mestre em Ciências Penais pela UCAM/RJ, Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal, Professor de Direito Penal e Promotor de Justiça do MPRJ.

ao Estado a intervenção mais severa, sentida e estigmatizante na individualidade humana. Daí então a necessidade de uma prévia filtragem de qualquer providência que se queira implementar no Direito Penal à luz da Constituição da República e das regras internacionais de respeito e proteção ao Ser Humano.

Sem embargo, não se olvidou nesta abordagem que as condutas atentatórias à dignidade sexual de crianças e adolescentes também são extremamente graves, muito sentidas e altamente estigmatizantes para os ofendidos, produzindo-lhes danos irreparáveis, e fazendo com que estas vítimas, em imensa maioria, não retornem ao estado orgânico e psicológico anterior, em razão da intervenção violenta e drástica promovida em seus corpos e mentes ainda em formação.

Em decorrência disso, foram feitas considerações sobre a medida de contenção química da libido em consonância com o princípio da proporcionalidade, a fim de viabilizar uma conclusão sobre sua adequação e necessidade quanto aos fins pretendidos, como também, sobre a ponderação propriamente dita que deve obrigatoriamente ser feita entre os direitos colidentes, quais sejam a garantia da dignidade sexual e integridade físico-psicológica das crianças e dos adolescentes, da segurança pública e da paz social, de um lado, e do direito de liberdade e de integridade física do condenado pelos crimes de “pedofilia”, de outro.

Buscamos empreender um estudo com fiel respeito ao preceito da Dignidade Humana, escudo protetor de todo Ser Humano, ainda que possua a qualidade de criminoso.

Por esse mesmo motivo, foi considerado que as vítimas dos crimes de “pedofilia” também devem receber a proteção deste preceito, pois são também Seres Humanos e têm a sua dignidade ferida de forma grave com os crimes sexuais contra si praticados. Ademais, a sociedade na qual vivemos, que a todo o momento é atingida por tal espécie de crime, é igualmente composta por Seres Humanos.

Importante ressaltar que as opiniões emitidas no presente estudo não refletem qualquer posicionamento oficial da instituição a qual o autor integra (MPRJ). Ademais, os dados relacionados às pesquisas feitas acerca da contenção química da libido foram extraídos de forma fidedigna do parecer de lavra do Exmo. Sr. Senador MARCELO CRIVELLA, Relator do projeto que visa incluir a medida no ordenamento jurídico brasileiro.

1 - A compatibilidade da Redução Química da Libido com as normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos

O Brasil, como qualquer outra nação, deve observância aos mandamentos universais de respeito e proteção ao Ser Humano. Há um conjunto de normas internacionais que ingressam em qualquer Estado, independentemente de sua anuência expressa, vinculando todo o tipo de sociedade, seja qual for a forma civilizatória observada. Este composto de normas é denominado de *Ius Cogens*, e muitas de suas regras encontram-se consagradas expressamente em tratados internacionais.

Induvidosamente, inseridas no *Ius Cogens* temos normas que são pertinentes ao presente estudo: o respeito à Dignidade Humana, ao Direito à Vida, à Integridade Física e à Liberdade. Estes mandamentos referem-se à própria existência humana, isto é, integram de forma indissociável o Ser Humano.

Essas modalidades de normas compõem os principais tratados internacionais, conforme verificado, *v.g.*, nos arts. 1º a 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Porém, mesmo que não fossem consagrados expressa ou tacitamente nos diplomas internacionais, ainda assim seu respeito e proteção seriam obrigatórios, pois a essência do Ser Humano nem sempre consegue ser proclamada de forma completa pelo próprio, dado sua condição de ente imperfeito, passível, portanto, de falhas.

Qualquer Estado que se pretenda democrático deve ter como pilar de seu sistema social e jurídico o respeito à Dignidade Humana. Ocorre que, constantemente se atribuem conceituações a este preceito que acabam por enfraquecê-lo ou o descaracterizar. Necessária se faz uma delimitação séria de seu conteúdo, para que possamos ter a segurança de seu alcance e, por conseguinte, possamos avaliar as medidas que porventura estejam em choque com esta norma.

A noção de Dignidade Humana decorre do *princípio da humanidade*, idealizado por IMANUEL KANT, segundo o qual o Ser Humano deve ser sempre um fim em si mesmo e nunca um meio para outras finalidades que possam transformá-lo em coisa, em objeto de pretensões espúrias, isto é, que não estejam associadas à essência e à solidariedade humana². O Ser Humano é a razão da existência do Estado e do Direito. Nunca podemos perder de vista esta verdade, pelo que, quando se põe em risco a Dignidade Humana, igualmente ameaçados estarão a Sociedade e a Ordem Jurídica Democrática.

Porém, nem tudo que se diz ofensivo à Dignidade Humana efetivamente o é, justamente por se dar a este mandamento uma elasticidade desmedida que, ao revés de consagrá-lo, o enfraquece.

Quando se estabelece como aplicável a Dignidade Humana a incontáveis e desmedidas situações, viabiliza-se, indiretamente, que esta norma entre em choque consigo mesma, o que permitirá, por conseguinte, a eventual prevalência na situação concreta da alternativa que talvez não fosse verdadeiramente daquela decorrente.

Para se falar que uma medida penal, ou mais especificadamente, que uma sanção penal é ofensiva à Dignidade Humana, algumas características devem estar presentes. Uma delas é a *irreversibilidade*.

Toda e qualquer sanção penal que seja por natureza irreversível indubitavelmente é atentatória à Dignidade Humana, visto extirpar a possibilidade de recuperação do delinquente.

A pena nunca pode chegar a tal ponto que não permita o regresso do condenado ao estado que ostentava antes de sua punição (*status quo ante*). Qualquer sancionamento que impeça o regresso ao estado anterior do condenado é naturalmente indigno. Possuem esta qualidade a pena de prisão perpétua, a pena de morte e as penas de amputação de membros.

O sancionamento penal apesar de severo não pode ser definitivo, infinito ou irreversível. Não se coadunam com um Estado Democrático de Direito as situações que possuam caráter absoluto e que não permitam ao condenado a chance do regresso ao convívio social. Daí a obrigatoriedade da pena de prisão ser fixada por prazo certo e possível de ser cumprido pelo condenado.

2 Cf. IMMANUEL KANT. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pp. 341-347.

Com efeito, os estudos científicos desenvolvidos sobre a medida de contenção química da libido informam que esta providência não é irreversível, visto que, uma vez cessada a aplicação medicamentosa, é possível ao condenado recuperar a libido³.

Assim, um possível sancionamento penal que envolva esta intervenção química não ostentará a qualidade de irreversível e, por conseguinte, permitirá àquele sobre o qual recaiu tal medida recuperar sua libido.

Outro aspecto que, quando observável, confere a qualidade de indigno ao sancionamento penal é a *crueldade*. Ocorre que, esta expressão, de acordo com quem a lê e a interpreta, pode ter variados significados. Acreditamos que a mais sensata das definições atribuíveis a esta expressão pode ser extraída de seu significado linguístico. Crueldade é sinônimo de atrocidade, barbaridade, brutalidade e desumanidade, circunstâncias que não podem ser confundidas com a severidade que deve estar presente em determinados sancionamentos penais atribuíveis a condutas igualmente gravosas.

Em verdade, a expressão “cruel” pode ter múltiplas facetas de acordo com seu intérprete. Poderíamos dizer que a sanção penal de prisão é cruel, por privar o Ser Humano de um dos seus atributos naturais que é a liberdade, colocando-o em situação equiparada a de um animal, isto é, enjaulado, com alimentação restrita e contato externo inexistente ou altamente limitado. Porém, cabe indagar, isto é crueldade ou severidade?

Sem dúvida a privação de liberdade é uma medida necessária e justificável em determinadas situações nas quais se constate, pelas circunstâncias do caso concreto, que, caso não aplicável, certamente poderá haver comprometimento da paz social e da Dignidade de outros Seres Humanos, eventuais vítimas das posturas maléficas daqueles tendentes a praticar graves e atentatórios atos contra os direitos alheios.

Evidentemente, na ótica daquele que recebe este tipo de sancionamento, seja uma pena de prisão ou qualquer outra de cunho severo, a medida será sempre cruel, em razão do gravame que lhe é imposto. Porém, não é através desta ótica que a sanção penal deve ser avaliada, e sim através de uma análise social, prudente e sensata sobre o grau de restrição que a medida impõe ao Ser Humano que a recebe, até mesmo porque não há como se vislumbrar um sancionamento penal que não imponha uma restrição, total ou parcial, aos direitos do apenado.

Por outro lado, igualmente não servirá de critério para se taxar uma pena como cruel o fato da mesma ser aplicada sem a anuência do apenado. Desta forma se conclui, pois a anuência do apenado acerca da sanção penal é em regra inútil, posto versar a pena sobre direito que não pode ser renunciado ou negociado, que é o Direito à Liberdade.

Com efeito, a ausência de voluntariedade não será pertinente para a avaliação do cabimento da medida de redução química da libido e para taxá-la de pena cruel. Definitivamente é uma sanção severa, que deve ser aplicável em situações graves, porém não pode ser tida como uma pena cruel. Em reforço a esta assertiva, vale sublinhar, esclarecedor é o parâmetro com a pena de prisão, a mais gravosa das sanções penais no ordenamento jurídico brasileiro, que não tem (e nem poderia ter) para seu cabimento o pressuposto da voluntariedade.

³ Esta é a experiência observada no Canadá e na Europa com a substância chamada “acetato de cyproterona” e nos Estados Unidos, com a substância conhecida como “depo-provera”.

Eventual *crudeldade* da medida de redução química da libido também não pode decorrer da intervenção compulsória na integridade física do condenado. A sanção penal necessariamente envolve uma restrição de direitos, que, para não ser cruel, não pode ser definitiva, e isto já vimos que esta medida não é. O fato de intervir compulsoriamente em direitos do condenado, da mesma forma, não é algo que conduza à crueldade, pois na essência do sancionamento penal está a desnecessidade de aceitação daquele que recebe a pena.

Será então que a *crudeldade* residiria na circunstância de atingir um direito fundamental do apenado, qual seja seu direito à integridade física, que será afetada pela intervenção química? A brutalidade não decorre deste fator, mas sim se coadunássemos com uma intervenção que gerasse consequências definitivas, o que não é o caso. Normalmente uma sanção penal intervirá em um direito fundamental que é a liberdade, e será possível se não for definitiva (prisão perpétua).

Falar que a redução química da libido é medida cruel em razão de consistir numa “invasão corporal”, tendo sido o corpo humano abandonado como sede de sancionamento penal há tempos, também acreditamos que não é um argumento válido. Primeiro porque, o fato de uma sanção penal ter sido retirada do sistema jurídico não impede que em oportunidade futura a mesma retorne de forma idêntica ou remodelada à modernidade, desde que, evidentemente, não ofenda os mandamentos universais e constitucionais pertinentes.

Veja, por exemplo, a sanção de desterro, prevista no Código Criminal do Império de 1830, em seu art. 52, no qual se lia: “*A pena de desterro, quando outra declaração não houver, obrigará os réos a sahir dos termos dos lugares do delicto, da sua principal residencia, e da principal residencia do offendido, e a não entrar em algum delles, durante o tempo marcado na sentença*”.

A sanção de desterro foi retirada há muito do nosso ordenamento jurídico penal, porém na modernidade retornou através da Lei 11.340/06 – Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que em seu art. 22 estabelece a possibilidade de serem impostas ao ofensor as medidas de afastamento do lar ou do local de convivência com a ofendida, a proibição de se aproximar da ofendida, seus familiares e testemunhas, fixando-se o limite mínimo desta distância, que poderá compreender, até mesmo, a proibição de ingressar no bairro onde residem estas pessoas.

Assim, sublinhe-se, o fato da redução química da libido intervir no corpo do apenado não é um fator que se traduza em crueldade.

Não vemos como uma sanção penal não seja tida como cruel quando intervém em um direito fundamental que é o direito à liberdade e seja taxada de cruel quando intervém em outro direito fundamental que é o direito à integridade física, considerando, ainda, que estes direitos compõem o mesmo grupo de direitos que por alguns é denominado de *fundamentalíssimos*⁴, isto é, integram o núcleo dos direitos fundamentais, núcleo este também composto pelo direito à vida, único deste grupo que não pode ser atingido pela sanção penal, dada a irreversibilidade da pena de morte.

Além disso, é sempre bom lembrar que a redução química da libido não será imposta a determinada pessoa por questões outras (religião, origem, raça, doença, etc.) que não o fato de ter praticado um crime que atinja a dignidade sexual de uma criança ou adolescente. Não se estará punindo a pessoa pelo que ela é, mas sim pelo o

4 Cf. JOSÉ CASALTA NABAIS. *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudo sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 73.

que ela fez, aliás, como deve acontecer com qualquer espécie de sancionamento penal, motivo pelo qual soarão como completamente desarrazoadas eventuais comparações com medidas empreendidas por Estados totalitários.

2 - A possibilidade de previsão da medida penal de Redução Química da Libido no âmbito do Ordenamento Jurídico Brasileiro

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê, em seu art. 5º, XLVII, as penas vedadas em nosso ordenamento jurídico, que são as de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis.

Em nenhuma dessas vedações se insere a medida de “redução química da libido”, posto rigorosamente não se tratar de uma pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado ou de banimento, como também, conforme destacado em tópico anterior, não se tratar de pena cruel.

Ademais, no mesmo art. 5º, inciso XLVI, da Constituição da República, observamos o rol das sanções penais possíveis, elenco este nitidamente exemplificativo, tendo em vista não ter sido afastada a possibilidade de estabelecimento de outras sanções penais ali não previstas e que não estejam englobadas dentre as penas vedadas (inciso XLVII), conforme destacou expressamente o legislador constitucional ao mencionar que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, *dentre outras*, as seguintes”.

Esse aspecto, aliás, ficou evidenciado com a nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06) que trouxe inovação em nosso sistema ao estabelecer a sanção penal de advertência e de admoestação verbal, não previstas no rol clássico das sanções penais (art. 33 do CP), porém perfeitamente possíveis, por não se chocarem com as normas constitucionais.

Cabe também destacar que, a redução química da libido pode se enquadrar no art. 5º, XLVI, alínea *a*, da Constituição da República (“*privação ou restrição da liberdade*”), por representar uma restrição da liberdade sexual, espécie de liberdade englobada pelo genérico “direito de liberdade”, cuja restrição, desde que não seja definitiva, pode ser imposta através de medida penal.

3 - A imperatividade de sancionamento penal severo nos crimes de “pedofilia”

A Constituição Brasileira estabelece em seu art. 227 a necessidade de proteção integral às crianças e aos adolescentes. Pertinentes à seara penal, temos neste artigo as seguintes normas:

Caput: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito, à **liberdade** e à convivência familiar e comunitária, além de **colocá-los a salvo** de toda forma de negligência, discriminação, **exploração**, **violência**, **crueldade** e opressão.

§ 4º: A lei punirá **severamente** o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. (grifos nossos)

Constata-se, através dessas normas, que a necessidade de ser estabelecido um sancionamento penal mais severo aos autores de crimes sexuais contra crianças e adolescentes não é só um mandamento social, mas, além disto, um imperativo constitucional, que, por conseguinte, deve ser impreterivelmente e de forma mais abrangente possível cumprido pelo legislador infraconstitucional.

Pensar de outra forma é tornar a Constituição um mero aglomerado de papéis, um conjunto de letras mortas, que se desvanecem com o vento, idéia com a qual não se pode anuir. Devemos, pois, reforçar a força normativa de nossa Carta Maior, tornando-a um texto vivo, eficaz e operante, isto é, devemos dar-lhe verdadeira *eficácia social* ⁵.

Para tanto, normas constitucionais como as transcritas linhas acima devem ser respeitadas e cumpridas da forma mais abrangente possível, pelo que o fato de haver um sancionamento penal na atualidade para as condutas ofensivas à dignidade sexual das crianças e dos adolescentes não significa dizer que essas normas constitucionais estejam sendo satisfeitas.

Desta forma, há uma imperiosa necessidade de se reforçar e incrementar as providências penais relacionadas aos chamados crimes de “pedofilia”, para que seus autores recebam, efetivamente, uma resposta estatal proporcional as suas condutas criminosas e que seja capaz de prevenir futuras práticas de idêntica natureza.

Oportuno salientar que a proteção reforçada imposta pela Constituição se dirige às crianças e adolescentes que, nos termos do art. 2º da Lei 8.069/90, são todos aqueles menores de dezoito anos, motivo pelo qual não se justifica que o Código Penal e eventuais modificações a este concedam maior atenção apenas aos menores de quatorze anos.

Sem embargo, o que constatamos atualmente é a pouca distinção entre os crimes sexuais contra adultos e contra crianças e adolescentes, tendo o legislador praticamente equiparado a sanção penal de ambos. Assim, pode-se visualizar que um crime de estupro praticado contra um adulto (maior de dezoito anos) tem como sanção penal em abstrato 6 (seis) a 10 (dez) anos de prisão (art. 213, *caput*, do CP). Já quando for contra um menor com idade entre 14 e 18 anos a pena será de 8 (oito) a 12 (doze) anos de prisão (art. 213, § 1º, do CP), e contra um menor de 14 anos a pena será de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de prisão (art. 217-A, *caput*, do CP).

Considerando que em grande parte dos casos a pena em concreto é fixada próximo ao mínimo, chega-se à conclusão de que a diferença de pena entre um estupro praticado contra um adulto e contra uma criança ou adolescente é de apenas dois anos.

Porém, essa diferença torna-se ainda mais tênue quando submetida ao cálculo que se deve fazer para fins de progressão de regime de cumprimento de pena nestes crimes, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), com a redação que lhe foi atribuída pela Lei 11.464/07, que estabelece o percentual de 2/5 (dois quintos) de cumprimento de pena para os não reincidentes e 3/5 (três quintos) para os reincidentes.

5 A “eficácia social” também denominada de “efetividade” é um fenômeno extrajurídico e se relaciona ao fato da Constituição ser aceita no meio social, ser reconhecida (*Anerkennung*), realmente cumprida e respeitada pela sociedade, pois caso isso não aconteça a mesma não passará, na expressão de LASSALLE, de um mero pedaço de papel. A efetividade, portanto, é a realização do Direito, simbolizando a aproximação, quão mais próxima possível, entre o “dever-ser” normativo e o “ser” da realidade social, ou seja, o desempenho concreto da função social do Direito.

Com efeito, fixada a pena mínima ao autor do crime de estupro contra um adulto, este poderá obter a progressão do regime fechado para o semi-aberto após cumprir aproximadamente 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de prisão; já o condenado pela prática de um estupro contra uma criança ou um adolescente, poderá obter a progressão de regime após cumprir aproximadamente 3 (três) anos e 2 (dois) meses de prisão. Veja que a diferença entre uma hipótese e outra é de apenas 10 (dez) meses de prisão, ou seja, quase nenhuma.

Essa situação representa claro descumprimento da norma constitucional do art. 227, § 4º, na qual, vale repetir, há a obrigatoriedade de que a lei puna “**severamente** o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Fica evidente que o legislador constitucional quis tratamento diverso aos crimes denominados de “pedofilia”, mandamento este não cumprido efetivamente até a presente data.

Em razão desses fatores, acreditamos que a previsão legal do sancionamento penal de redução química da libido estará satisfazendo o mandamento constitucional acima referido, estabelecendo providência diferenciada e mais gravosa a esta modalidade altamente nociva de crime.

Nunca podemos perder de vista que a sanção penal não tem apenas a função de retribuição e ressocialização, mas, também, a função de neutralização do agente delitivo, impedindo que durante o período de sua execução o condenado encontre as mesmas possibilidades e facilidades que tinha para praticar o ilícito.

4 - A proporcionalidade da sanção penal de Redução Química da Libido

Em sua essência a sanção penal envolve naturalmente uma *colisão de direitos*, na qual de um lado observam-se os direitos do condenado e de outro os direitos dos membros da coletividade. Em relação ao sancionamento penal em exame, identificamos como direitos especificadamente envolvidos e colidentes, o direito à dignidade sexual e à integridade físico-psicológica das crianças e dos adolescentes, e o direito à segurança pública e à paz social dos membros da coletividade, de um lado, e do outro, o direito à liberdade e à integridade física do condenado.

Assim, versando a hipótese sobre colisão de direitos, coloca-se como pressuposto indispensável para a busca da solução a aplicação do *princípio da proporcionalidade*⁶, pois este, através de seus subprincípios (adequação, necessidade ou exigibilidade, e proporcionalidade em sentido estrito), utiliza a *metodologia da ponderação de interesses*, que é justamente o método a ser adotado para a solução da colisão de direitos.

A origem do princípio da proporcionalidade decorre das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII, nas quais foi criada a ideia

6 As nomenclaturas “princípio da proporcionalidade” e “princípio da razoabilidade” possuem significados distintos, porém são utilizadas como sinônimos pela doutrina e jurisprudência do Brasil e da Europa Continental (cf. LUÍS ROBERTO BARROS. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 204), tendo em vista que, apesar de possuírem matizes históricas diversas, na prática são fungíveis, por buscarem o mesmo resultado, qual seja, impedir o arbítrio ou excesso do Poder Público, contrários à pauta de valores abrigada pelas Constituições Democráticas. Segundo WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, a diferença entre os dois princípios reside no aspecto de que “o princípio da proporcionalidade tem um conteúdo, não sendo como aquele dito da razoabilidade um princípio negativo, capaz tão-somente de evidenciar que dado ato administrativo não cumpre sua finalidade, por absurdo ou arbitrário” (*Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 67).

da existência de direitos oponíveis ao próprio Estado, e este, por sua vez, tinha o dever de propiciar o respeito a tais direitos, isto é, a semente deste princípio foi a ideia de dar garantia à liberdade individual quando em choque com os interesses da administração⁷, funcionando como uma espécie de medida para as restrições administrativas que fossem impostas às liberdades individuais. Veja que desde a origem este princípio se associa com a colisão de direitos.

A ideia de proporcionalidade relacionava-se inicialmente, e com exclusividade, ao Direito Penal, pois graças a BECCARIA sedimentou-se a noção de que as sanções penais não poderiam ser excessivas, mas proporcionais à gravidade do crime praticado. A partir desta máxima suprapositiva, no século XIX, em França (através da jurisprudência do *Conséil D'État*) o princípio da proporcionalidade (também conhecido como Princípio da Proibição do Excesso) é introduzido no Direito Administrativo como princípio geral do direito de polícia.

Observa-se, contudo, que na condição de regra de razoabilidade – *rule of reasonableness* – o princípio da proporcionalidade logo cedo começou a influenciar a jurisprudência nos países do *Common Law*⁸, tendo sua origem remota neste sistema na cláusula *Law of the land*, disposta no art. 39 da Magna Carta das Liberdades da Inglaterra (1215)⁹, seguindo para os Estados Unidos, onde foi acolhido a partir de uma interpretação evolutiva da cláusula do *due process of law* (devido processo legal) constante da 5ª (1791) e 14ª (1868) emenda à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte de 1787.

Na Europa Continental o princípio da proporcionalidade ganhou patamar constitucional após a Segunda Grande Guerra, primeiramente na Alemanha, como reflexo do nazismo que justamente teve como característica a utilização da própria lei e do conceito formal de Estado de Direito como fundamentos de suas barbaridades, pelo que, o Tribunal Constitucional, preocupado com a proteção dos direitos fundamentais frente a eventual abuso do legislador, passou a utilizar este princípio (também nominado de princípio da proibição do excesso – *Übermassverbot*) para efetuar o controle de constitucionalidade das leis¹⁰.

Através da influência alemã, ao longo do tempo, vários outros Estados Europeus passaram a albergar em sede constitucional o princípio da proporcionalidade, que inclusive hoje é adotado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Atualmente é inegável o caráter de norma constitucional do princípio da proporcionalidade, tenha ou não previsão expressa nas Constituições¹¹, tendo sido

7 SUZANA DE BARROS TOLEDO. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 33.

8 Cf. J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 267.

9 Art. 39: “Nenhum homem livre poderá ser detido ou encarcerado, ou privado dos seus direitos ou dos seus bens, nem considerado fora-da-lei, nem desterrado ou privado da sua posição de qualquer outra forma, nem usaremos de força contra ele nem ordenaremos a outros que o façam, a não ser em virtude de sentença judicial de seus pares e de acordo com a lei do Reino” (número 29 na versão original, passando ao número 39 na versão da Magna Carta reafirmada solenemente em 1225). Esta disposição da Magna Carta também é apontada como a origem histórica do Princípio do Devido Processo Legal, do qual deflui o Princípio da Proporcionalidade.

10 Veja-se que a origem na Europa Continental deste princípio, na qualidade de norma constitucional, está fortemente relacionada com a garantia dos direitos fundamentais e a necessidade de estabelecer limites ao exercício do Poder Público.

11 Na Constituição da República Portuguesa (1976), este princípio aparece expresso em diversas oportunidades (v.g.: art. 18º, n. 2, 2ª parte; art. 19º, n. 4; art. 270º). Na Constituição do Reino de Espanha não tem previsão expressa, porém a jurisprudência o adota amplamente. Na Lei Fundamental de Bonn

erigido a verdadeiro princípio axiológico fundamental, desempenhando o papel de garantia dos direitos fundamentais e da limitação do poder político¹², isto é, assumiu a roupagem de um “*princípio de controle exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coativos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito*”¹³.

Através do princípio da proporcionalidade se descortina o chamado *método da ponderação*, que é entendido a partir de três *princípios* (ou *subprincípios*), o da adequação ou da *conformidade* (“*Geeignetheit*”), o da *necessidade* ou *exigibilidade* (“*Erforderlichkeit*”), e o da *proporcionalidade em sentido estrito* ou *racionalidade* (“*Verhältnismässigkeit*”).

Exige o *princípio da adequação* que a via utilizada seja apta para atingir o fim almejado pela providência. Sempre que se quer alcançar determinado fim, geralmente podemos imaginar diversas hipóteses que conduzem ao mesmo. Este princípio não exige que a providência escolhida seja a *mais* adequada; não se impõe através dele a perfeição, até porque esta é divina. Exige-se tão-somente a *adequação*.

O *princípio da necessidade ou exigibilidade* impõe que a medida adotada seja a menos gravosa dentre as providências possíveis para a hipótese, bem como suficiente para se atingir o fim almejado (pois não diante se vislumbrar outra hipótese menos gravosa, mas insuficiente para alcançar aos objetivos pretendidos)¹⁴.

Doutrinariamente (onde também é conhecido como *princípio da menor ingerência possível*) diz-se que este princípio cria para o cidadão o “*direito à menor desvantagem possível*”, cuja aplicação prática deve ter as seguintes referências: “*a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais ‘poupado’ possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados*”¹⁵.

Através do *princípio da proporcionalidade stricto sensu* ou da *racionalidade* se realiza a autêntica ponderação, conduzindo o intérprete à avaliação da relação custo-benefício na solução a ser empreendida, colocando-se na balança, de um lado, os interesses a

(1949), também não possui referência expressa, sendo a doutrina e jurisprudência alemãs uníssonas ao afirmarem que é um princípio constitucional implícito, decorrente da cláusula do Estado Democrático de Direito. No Direito Brasileiro, este princípio também não tem previsão expressa na Constituição, sendo, no entanto, amplamente aceito pelos operadores e intérpretes da constituição, predominando, contudo, a orientação de que o mesmo é extraído da cláusula do devido processo legal, esta com previsão expressa na Constituição (art. 5º, LIV), apesar dos entendimentos de que decorreria da cláusula do Estado de Direito, ou do princípio da isonomia, ou até mesmo do princípio da legalidade. Sua primeira referência textual no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro foi observada em decisão proferida em 1993 (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 855-2 contra lei do estado do Paraná, que criou a obrigação de pesagem dos botijões de gás, diante dos consumidores, no momento da venda do produto); já doutrinariamente, o estudo pioneiro foi de SAN TIAGO DANTAS, em 1948, que o extraiu a partir do princípio da igualdade.

12 Cf. JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV – Direitos Fundamentais, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 205-207.

13 J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 268.

14 Imaginemos a hipótese em que um Juiz Criminal pretenda que o réu não deixe o país onde está sendo processado. Quais as providências possíveis? Adverti-lo verbalmente; determinar sua vigilância; prendê-lo; apreender seu passaporte ou documento equivalente que o impeça de deixar o país; etc. Dentre essas providências, certamente a menos gravosa é a advertência, mas que se mostra, contudo, insuficiente para se atingir o fim referido. Já a mais gravosa é a prisão, que é apta para se alcançar o fim. Contudo, caso se visualize que outra medida (v.g. a apreensão dos mencionados documentos) é suficiente para se atingir o fim e é menos gravosa do que a prisão, esta será a medida necessária, exigível, apropriada para o caso.

15 J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270.

serem protegidos (a dignidade sexual e a integridade físico-psicológica das crianças e dos adolescentes, a segurança pública e a paz social), e de outro, os bens jurídicos a serem restringidos ou sacrificados (a liberdade sexual e a integridade corporal do condenado pelos crimes de “pedofilia”).

Feito isso, deve-se observar se o sacrifício pesa mais do que os benefícios a serem alcançados com a medida, caso em que a mesma será desproporcional, e, portanto, vedada na situação, ante a proibição do excesso, ou, ao revés, os benefícios entram com maior peso na análise, hipótese na qual a medida será proporcional.

Vale sublinhar, as restrições (totais ou parciais) a serem impostas aos direitos colidentes deverão ser estabelecidas através do emprego do *princípio da proporcionalidade*, ou, conforme denominação de ROBERT ALEXY, *máxima da proporcionalidade*¹⁶, em sua tríplice dimensão, a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.

Devemos, então, avaliar se a medida de redução química da libido é apta para atingir a finalidade buscada (adequação), qual seja prevenir as práticas de crimes sexuais contra crianças e adolescentes, se é suficiente e menos gravosa para a implementação deste fim (necessidade), bem como se gera mais benefícios do que sacrifícios.

Segundo estudos realizados pela pesquisadora KATHERINE AMLIM, o tratamento efetivado com o emprego da substância acetato de medroxiprogesterona (depo-provera) reduziu de 75% para 2% o percentual de reincidência naqueles condenados que foram submetidos a este tratamento. Devemos destacar que esta medida é reconhecida pela Associação Internacional para Tratamento de Agressores Sexuais, e está em fase de implementação na França. Fica, pois, evidenciado que a medida em análise é adequada ao alcance do fim mencionado¹⁷.

Em relação a ser a via menos gravosa para se atingir esse fim, constatamos que a mesma se apresenta como menos eficaz do que outras medidas imagináveis, como, *v.g.*, aumento do período de encarceramento, remoção cirúrgica dos testículos, que poderiam ser, com maior certeza, mais eficazes na prevenção de novas práticas de “pedofilia”. Porém, esta última encontra óbice nos mandamentos humanitários e constitucionais em razão da sua qualidade de irreversibilidade e é dentre as medidas eficazes a mais gravosa. O aumento do período de prisão, ante as possibilidades de contato com a liberdade (regime semi-aberto, regime aberto, e livramento condicional), não seria tão eficaz quanto à contenção da libido.

Deve-se destacar que, em razão dos autores dessa modalidade de crimes serem movidos por instintos sexuais que beiram a patologia psíquica, a pena de prisão ou o monitoramento eletrônico não se colocam como suficientes por si só para evitar novas práticas delitivas, sendo, pois, necessário que a estas medidas seja agregada a providência da Redução Química da Libido, para que se possa satisfazer com a maior plenitude possível o caráter preventivo da sanção penal.

16 O autor justifica a nomenclatura *Máxima da Proporcionalidade* em razão de *princípio* significar um mandamento de otimização, isto é, pode ser ponderado no caso concreto, tendo em determinadas situações precedência e em outras não. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas frente a algo diferente, razão pela qual o que se deve perguntar é se estas máximas parciais foram satisfeitas ou não, e, em caso de não satisfação a consequência será a ilegalidade. Assim, estas três máximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) devem ser catalogadas como regras (*Teoría de los Derechos Fundamentales – Theorie Der Grundrechte*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, 3ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 112, nota 84).

17 Conforme dados extraídos do referido parecer de lavra do Senador Marcelo Crivella.

No que se refere à *proporcionalidade em sentido estrito*, oportunidade na qual se realiza a autêntica ponderação, constatamos que a relação custo-benefício da medida sugerida é proporcional.

Assim se conclui, pois conforme já mencionado em estudo prévio realizado acerca deste projeto de lei, é fato comprovado que as crianças e adolescentes que são vítimas de práticas criminosas atentatórias a sua dignidade sexual em grande parte dos casos desenvolvem problemas psiquiátricos¹⁸.

Esses distúrbios podem se traduzir em depressão, ansiedade, pensamentos suicidas, estresse pós-traumático, agressividade, impulsividade, delinquência, hiperatividade, abuso de substâncias, etc., afetando, inclusive, o regular desenvolvimento do cérebro, o que gerará anomalias insanáveis no futuro, como, *v.g.*, a dificuldade de absorver novas informações e problemas na fala.

Impedir que essas consequências extremamente graves se produzam nas crianças e nos adolescentes são os benefícios buscados através da medida penal ora em estudo. Já os sacrifícios que esta medida irá gerar relacionam-se à restrição da liberdade sexual e da integridade física do condenado, limitações estas, vale sublinhar, temporárias, ao revés dos danos causados nas vítimas, que são definitivos.

Induidoso é que na solução da colisão de direitos em análise, em consonância com o princípio da proporcionalidade, a medida de Redução Química da Libido coloca-se como apta aos fins a que se destina, é a menos gravosa para atingir estes fins, como também gera benefícios superiores às desvantagens.

Ademais, cabe salientar que o princípio da proporcionalidade não estabelece apenas a *proibição do excesso*, mas igualmente veda a *proteção deficiente*, sendo este último fator vislumbrado nas medidas penais que não protegem de forma suficiente o respectivo bem jurídico.

5 - As alternativas de previsão da medida de Redução Química da Libido dentro do Direito Penal Brasileiro

Embora tenhamos a medida de Redução Química da Libido como proporcional, imprescindível avaliar de que forma e em que momento a mesma deve ser imposta e efetivada, a fim de evitar eventuais excessos em sua aplicação.

Desde logo, não vemos como possível a imposição desta medida quando o apenado estiver cumprindo pena em regime fechado, posto que, sendo a mesma destinada a evitar práticas criminosas sexuais contra crianças e adolescentes, e não podendo o apenado ter contato com o mundo externo neste momento da execução penal, não haveria qualquer sentido em impor a medida nesta oportunidade, em razão de não haver possibilidade de contato do apenado com crianças e adolescentes¹⁹.

Assim, temos que esta medida só será cabível nas hipóteses em que houver possibilidade do apenado ter contato físico com crianças ou adolescentes, ou seja, nas espécies de execução penal em que o apenado está em liberdade ou tem contato com

¹⁸ A respeito, conferir o artigo da lavra de GASTÃO RIBEIRO: *Feridas Ocultas: a triste realidade de crianças que sofrem abusos*. O autor é criador do projeto *Trauma Infantil*, cujo fim é a assistência a crianças e adolescentes vítimas de abusos sexuais.

¹⁹ Bom frisar, que mesmo cumprindo pena em regime fechado, há a possibilidade de contato do apenado com crianças e adolescentes. Isto ocorre nas hipóteses de visitação no presídio de familiares ou pessoas próximas àquele. Porém, nesta situação, há a vigilância ostensiva por parte dos agentes penitenciários, pelo que, o apenado não tem contato isolado com possíveis vítimas, o que impede a prática da pedofilia.

a liberdade, mesmo estando preso, quais sejam, nos regimes semi-aberto e aberto, e no livramento condicional.

Com efeito, a medida de Redução Química da Libido pode ser estabelecida de duas formas em nosso ordenamento jurídico penal: *a*) como sanção penal ou condição para a progressão de regime, a ser executada de forma prévia à inserção do apenado nos regimes semi-aberto ou aberto; *b*) como condição para obtenção e manutenção do benefício do livramento condicional.

Em ambas as hipóteses o tratamento só se manterá enquanto perdurar a execução da pena, pelo que, havendo a extinção da punibilidade por qualquer motivo, deve cessar a imposição da redução química da libido. Cessando a execução da pena e sendo mantida a medida de Redução Química da Libido também se configurará o excesso de sancionamento.

Conclusão

Acreditamos que o cabimento da medida de Redução Química da Libido deve ser avaliado de forma desapegada das ideologias exacerbadas que normalmente emergem dos meios de comunicação sempre que inovações penais são lançadas.

Sem embargo, importante destacar que em nenhum momento deste estudo se olvidou a natureza de Ser Humano do apenado, digno, por conseguinte, de respeito e proteção, independente da qualidade que ostente. Contudo, também não nos esquecemos da necessária proteção que deve obrigatoriamente ser atribuída às crianças e aos adolescentes, constantemente vítimas destas práticas nefastas que são os crimes atentatórios a sua dignidade sexual, denominados de “pedofilia”.

Destacou-se que é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e com os mandamentos universais humanitários a medida, no âmbito penal, que importe em redução da libido daqueles agentes condenados por infrações penais que atentem contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

Foi salientado que a medida de Redução Química da Libido não importa em inutilizar o órgão sexual masculino, e, muito menos, em alguma providência com cunho de definitividade, tratando-se de intervenção química contentora da libido, que importará na atenuação dos instintos sexuais do homem, e que terá a característica da transitoriedade, permitindo, por conseguinte, o retorno ao estado orgânico anterior.

Frisou-se, outrossim, que os abusos sexuais infligidos às crianças e aos adolescentes são condutas extremamente graves, muito sentidas e altamente estigmatizantes àqueles, produzindo danos irreparáveis, fazendo com que as vítimas, na maior parte dos casos, não retornem ao estado orgânico e psicológico anterior, desenvolvendo anomalias físicas e psíquicas, decorrentes da violenta, drástica e criminosa intervenção feita em seus corpos e mentes ainda em formação.

Ademais, foi considerada a proporcionalidade da medida estudada, concluindo-se ser a mesma adequada e necessária aos fins pretendidos, como também possível de produzir maiores benefícios do que sacrifícios, posto ser de maior peso na balança da razoabilidade a garantia da dignidade sexual e da integridade físico-psicológica das crianças e dos adolescentes, e da segurança pública e paz social, do que o direito de liberdade e de integridade corporal do condenado pelos crimes de “pedofilia”.

**Publicado originalmente na Revista nº 38 out./dez. 2010, p. 3.*

O PANORAMA NACIONAL A RESPEITO DAS PENAS DE PRISÃO

ANTONIO VICENTE DA COSTA JÚNIOR *

1. O conflito doutrinário sobre o proveito das penas privativas da liberdade e sua repercussão no panorama nacional.
2. A estrutura do regime penitenciário brasileiro e as deficiências na sua aplicação.
3. A organização de sistema penitenciário e os impedimentos básicos para a eficiência da administração penitenciária.
4. As formas do tratamento penitenciário e os obstáculos maiores para a sua rentabilidade.
5. As recentes medidas legislativas e administrativas para o aperfeiçoamento das instituições penitenciárias brasileiras.

1. O conflito doutrinário sobre o proveito das penas privativas da liberdade e sua repercussão no panorama nacional.

Vem de longe e é ardente, o debate doutrinário sobre o proveito das penas privativas da liberdade. Dissentem, vigorosamente, os estudiosos da matéria penal, na avaliação da eficácia atribuída à segregação dos criminosos. E a tal ponto se radicalizam, que bem poderíamos classificar tais extremistas como céticos ou ufanistas. De um lado os que descreem de qualquer bom efeito para as penas de prisão; do outro os que lhe apregoam a excelência qualificando-as como poderoso suprimimento capaz de refundir uma personalidade ou, até mesmo, de transmutar uma sensibilidade. Os céticos buscam fundamentar o seu desalento na inviabilidade dos sistemas penitenciários, repetindo a distante afirmação de Ferri, segundo a qual, as penitenciárias são escolas de crimes e laboratórios de reincidências. Os ufanistas pretendem arrimar sua desmedida concepção na idéia de que as instituições penitenciárias são apropriados reformatórios para as manipulações éticas e as transformações morais. Vê-se, pois, que, no cerne, a divergência está na descrença excessiva ou na crença demasiada. Não se diga, portanto, que tais posicionamentos estão isentos de tinturas emocionais e diga-se, outrossim, que ambas as correntes não se esteiam na realidade total e que as soluções preconizadas por um e outro grupo, porque extremadas, são irrealistas e impossíveis. O que importa, no entanto, focalizar agora, é que, neste conflito doutrinário, o radicalismo existe e dele decorrem conseqüências nocivas ao penitenciarismo brasileiro. Fundamentalmente, este debate emocional impede o conhecimento e o reconhecimento, pela consciência jurídica nacional da sedimentada conclusão científica que proclama a existência do Direito Penitenciário. Basta ver que as soluções alvitradas para os problemas penitenciários são, sempre, endereçadas à legislação penal, como se o Código Penal

* O Professor Antonio Vicente da Costa Júnior foi Assessor Técnico do Grupo de Trabalho instituído pelo Ministro da Justiça, para estudo da Reforma Penitenciária no Brasil. Em razão desse desempenho foi convidado pelo Diretor Geral do Departamento do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro a proferir esta conferência na Escola de Serviço Público do referido Estado, no dia 30 de março de 1976.

ou o Código de Processo Penal pudessem resolver questões que vão além das suas finalidades e transbordam dos seus lindes. A legislação penal substantiva, por mais que se esmerem os denominados penalistas evoluídos, jamais se libertará do seu caráter eminentemente repressivo. Poderá, é certo, favorecer as soluções tendentes à melhoria da execução das penas mas jamais alcançará a adoção das normas que extirpem os vícios básicos da fase executória. Porque seu objetivo é diverso. E se pretender acomodá-las no seu elenco estará desfigurando os fundamentos básicos dos seus institutos e, conseqüentemente, comprometendo o seu prestígio e a sua eficácia.

Sustentamos, diante do exposto, que as soluções para as questões penitenciárias se encontram no Direito Penitenciário, ramo do direito cuja autonomia foi reconhecida desde o Congresso Internacional Penitenciário de Praga, realizado em 1930. Em aval desta sustentação acode a própria definição que foi dada, no III Congresso Internacional de Direito Penal realizado em 1933, na cidade de Palermo, nestes termos:

Direito Penitenciário é o conjunto das normas legislativas que regulam as relações entre o Estado e o condenado, desde o momento em que a sentença condenatória legitima a execução até o cumprimento da referida execução, no mais amplo sentido da palavra.

Indiscutível, portanto, que o Direito Penitenciário tem objetivo próprio, distinto daquele a que está voltado o Direito Penal. Cabe aqui o ensinamento do eminente mestre Oscar Stevenson que em sua exposição de motivos ao anteprojeto de Código Penitenciário de 1957 doutrina, com a precisão de sempre:

“O direito penitenciário não se reduz a mero direito penal executivo, em que se conjuguem subsídios oriundos dos direitos penal, processual penal e administrativo. Incontestável a sua autonomia. Tem ele esfera, própria e específica finalidade, a ressocialização. Ao passo que o direito penal, no tocante à pena é, primariamente, retribucionista, dentro dos princípios da justiça comutativa e da necessidade, ditada pelas exigências do bem comum, o direito penitenciário penetra o conteúdo da pena e erige, como principal o escopo secundário desta, a recuperação quanto possível do condenado. Todo ele se ordena pela justiça distributiva, que dá em conformidade com os carecimentos.”

Indispensável, portanto, para os desfechos pretendidos no setor penitenciário, a autonomização do Direito Penitenciário e a conseqüente dicotomia entre o Direito Penal e o Direito Penitenciário. Assim sendo, não mais serão propostas soluções penais para os problemas penitenciários. Porque o jurista, ao invés de se estafar com as indagações teóricas sobre a finalidade da pena, poderá consumir o seu estudo, em campo próprio e de modo objetivo, na busca de uma disciplina útil e exequível para a execução penal. E isso é o que importa para a realização proveitosa da pena privativa da liberdade.

A ausência desse lastro científico no penitenciarismo brasileiro ocasiona, portanto, a impropriedade e a inadequação das soluções pretendidas. Autentica

esse raciocínio o fato de inexistir acatamento à legislação penitenciária. Esta, porque superficial e restrita, é anódina, o que lhe torna postergada até por regulamentos administrativos, decisões ou provimentos judiciais. E neste vazio contemplamos o espargimento das fabulações mais excêntricas. Sem o parâmetro constituído por uma definição científica, o penitenciarismo passa a ser um tema apaixonante para os diletantismos jurídicos e conseqüentemente se reduz a uma atividade inspirada pelo sentimento e desamparada de uma proteção legal exequível. E em decorrência dessas concepções empíricas e aligeiradas exige-se de um estabelecimento prisional além daquilo que ele pode e deve ser. Os céticos, por intuito rigoroso, os ufanistas, por pretensão temerária, convertem, ambos, a pena de prisão num sagrado e irrenunciável compromisso que o Estado assume com a purificação do condenado, o que, convenhamos, nenhuma instituição humana consegue. E em função deste ideal irrealizável se agitam as críticas e se multiplicam os ápodos ao aproveitamento das penas privativas da liberdade.

Desse clima doutrinário, é evidente, não podem decorrer conseqüências promissoras na realidade penitenciária. E delas não se acha livre o penitenciarismo brasileiro. Basta que atentemos para as inúmeras tentativas de codificação penitenciária que, em razão disso, não obtiveram êxito. Em 26 de maio de 1933 foi apresentado à Câmara dos Deputados um anteprojeto de Código Penitenciário da autoria dos eminentes Professores Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Brito e Heitor Pereira Carvalho. Vale aqui citar o parecer da Comissão de Justiça sobre este projeto:

“O trabalho da 14ª Subcomissão legislativa é o mais moderno que se conhece e recolhe as mais recentes aquisições científicas dos últimos Congressos Penitenciários. Ele, pois, é que servirá à Câmara para atacar de frente uma questão que reclama tão urgente e humanitária solução.”

Em verdade, o trabalho era credor de tal tributo. Seu destino, porém, foi o arquivo, malgrado a urgência da solução humanitária! Depois, em 28 de abril de 1957, foi apresentado ao governo um anteprojeto de Código Penitenciário elaborado por uma comissão que foi constituída em 30 de julho de 1956 e integrada pelos Professores Anibal Bruno, Oscar Stevenson, Rodrigo Ulisses de Carvalho, Justino Carneiro e o Revmo. Padre Fernando Bastos de Ávila. Desse trabalho também não adveio qualquer resultado legislativo. Posteriormente, em 1963, foi mandado publicar, pelo Ministério da Justiça o anteprojeto de Código das Execuções Penais elaborado pelo Professor Roberto Lyra, o qual não logrou seqüência. Por último, em fase de apreciação governamental, se encontra o anteprojeto do Código das Execuções Penais elaborado pelo Professor Benjamin Moraes Filho e apresentado ao Ministério da Justiça em 29 de outubro de 1970.

Constatamos, pois, que as tentativas para a autonomização do Direito Penitenciário não conseguiram superar as fases preliminares. Seja pela subalternização da questão penitenciária, seja, ainda, pela ausência de uma conscientização jurídica de maior vulto ou seja, enfim, pelo preciosismo dos que alegam ser prematura a implantação de um Código, continuam a viger os dispositivos de ordem geral insertos em lei inobservada. Em suma, perderam os efeitos do conflito emocional.

2. A estrutura do regime penitenciário brasileiro e as deficiências na sua aplicação.

O Regime Penitenciário Brasileiro está estruturado e disciplinado segundo a Lei nº 3.274 de 2 de outubro de 1957. Sua origem é o projeto nº 636 de 11 de junho de 1951 da autoria do Deputado Carvalho Neto. Tal projeto pretendia suprir a incompreensível lacuna legislativa quanto à regulamentação do regime penitenciário e continha, originariamente, 38 artigos que expressavam um ordenamento tecnicamente valioso. Todavia, para que fosse convertido em lei, sofreu, exatamente, 39 vetos em vários dos seus artigos e parágrafos. Não valeu, sequer, o estrênuo empenho do seu autor que, visando preservar-lhe a integridade, embasou-o com um opúsculo explicativo, de exímia feitura, denominado “Bases Constitucionais do Regime Penitenciário”. Restou dessa iniciativa uma lei, que pode ser qualificada como bastante para a estruturação e o funcionamento de um regime penitenciário proveitoso. Todavia, as deficiências atestadas na sua aplicação impedem a consecução desse resultado. Sem temor de erro podemos afirmar que esta lei não é integralmente observada em nenhum estado brasileiro. E o que é mais, por vezes, esta inaplicação decorre, até, do seu desconhecimento. Para cifrar esta constatação basta ver que, hoje, segundo essa norma legal, não mais se admite a denominação Penitenciária para designar o estabelecimento penitenciário. No seu artigo 2º a referida lei 3.274 obriga “a padronização dos estabelecimentos penitenciários no mínimo estabelecido por esta lei”. E mais adiante, no artigo 35 dispõe: “Constituem mínimo de estabelecimentos penitenciários padronizados, ou adaptados, e de órgãos técnicos necessários ao cumprimento das prescrições desta lei: a) Reformatórios para homens; b) Reformatórios para mulheres; c) Institutos, ou Escolas, para menores infratores; d) Colônias Penais; e) Colônias para liberados; f) Sanatórios Penais; g) Casas de Custódia e Tratamento; h) Manicômios Judiciários; i) Institutos ou Gabinetes de Biotipologia Criminal.” E, no entanto, as denominações diversas persistem, testilhando como este enfático mandamento legal. Outra inobservância, sem dúvida a mais relevante, é quanto ao determinado no artigo 3º que estipula como elemento essencial para a execução da pena, “a classificação dos sentenciados com o objetivo de estudar-lhes a personalidade, individualizar-lhes o tratamento corretivo e educacional e distribuí-los pelos estabelecimentos adequados.” Acrescente-se que a lei obriga a existência, em cada unidade federativa ou onde estiverem sediados os principais estabelecimentos penitenciários, de uma Comissão de Classificação. Atendendo a carências regionais, em termos de pessoal técnico, não fixou critério de composição para essas Comissões, fazendo, portanto, depender a sua constituição da disponibilidade de cada unidade federativa. Apesar disso, na quase totalidade dos estados, tais comissões não existem e quando existem se minimizam em atribuições meramente disciplinares. Argumentam, alguns, que os efeitos pretendidos por essa norma são inatingíveis. Não há o estabelecimento adequado, sustentam, e muito menos é possível a individualização do tratamento. E, em nome dessa desalentada justificativa não se efetiva a providência mínima, essencial e passível, para um regime penitenciário oferecer resultados: o conhecimento do homem. E sabem, os que conhecem a realidade penitenciária, que não havendo o estabelecimento adequado haverá, ao menos, um pavilhão, uma galeria, um alojamento até, onde será possível agregar, adequadamente, um grupo. Não sendo possível o tratamento ideal, pela classificação, ter-se-á, ao menos, de que forma se poderá tornar menos nociva aquela segregação. O essencial e indispensável

é que se conheça o homem condenado e que se tenha a dimensão das ausências ou insuficiências de sua personalidade. E, paradoxalmente, em sistemas onde inexistente a classificação, instituem regimes de prisão-albergue ou de prisão aberta. Como podem funcionar a contento se o critério de seleção é empírico e, na maior parte das vezes, intuitivo. Como admiti-los rentáveis se a razão da outorga é a natureza do crime, muito mais, que a personalidade do criminoso. De que forma realizam as finalidades da fase executória se enfocam o homem na fase processual.

Porque ainda que se concebam aprimorados critérios para a aferição da personalidade, é fora de dúvida que, durante a fase processual, o homem está em duelo com a Justiça. Interessa-lhe só e unicamente a imagem positiva que exerça influência favorável em seu julgador. É, portanto, um momento de bloqueio em que a pesquisa se torna inidônea ou impossível. Já depois de condenado, os motivos que determinaram a resistência cessam porque, ao invés de luta, existe a derrota. E, sem qualquer dúvida, esta hora é mais reveladora da sua verdade. Por isso, o início da fase executória é o momento azado para o exame de classificação. Não merece acolhimento a generalizada afirmativa de que é complexa e, por vezes, impossível, pela precariedade dos meios, a realização de um exame produtivo. Confunde-se, freqüentemente, o exame de classificação com uma aprofundada análise psiquiátrica. Aqui, como em outros pontos, mediciniza-se o direito, conforme observa o mestre Roberto Lyra. Para os fins da execução penal, este exame pode configurar-se, até, em sucinto questionário preenchido por um servidor qualificado, e analisado por uma comissão credenciada. Seria impossível, é certo, pretendê-lo realizado unicamente por psicólogos ou psiquiatras. E antes de impossível, seria desnecessário. O que se deve auscultar no condenado, para tratá-lo convenientemente, não se encontra acobertado pelos esconderijos de sua alma. Um dirigente penitenciário, medianamente capacitado e interessado, constata sem adestramentos técnicos, os motivos maiores que incompatibilizam a personalidade do sentenciado com os limites da licitude. E quando essa constatação é efetivada por uma comissão experimentada o resultado será, sempre, satisfatório e bastante. Tudo, aqui, também resulta daquela desmedida pretensão de que a penitenciária realize uma transformação para a qual jamais estará instrumentada. Concluimos, portanto, que a inexistência desse processo classificatório pode ser qualificado como o mal dos males.

Outra deficiência aguda, quanto ao regime penitenciário brasileiro, debitável esta à legislação, é a ausência de disciplina jurídica para o regime presidiário. Em razão dela proliferam as cadeias públicas, os minipresídios, as carceragens e tantos outros sucedâneos, que melhor seriam definidas como depósitos humanos descompromissados de uma atividade legal. E o quadro se torna mais grave quando se constata que, em inúmeros deles, existem condenados cumprindo penas. Nada impede, ao contrário, tudo impõe, que o regime presidiário seja estruturado sob a égide de uma norma penitenciária, de modo a evitar que nesta fase de segregação sejam impressos, no homem, vincos irremovíveis por qualquer tratamento penitenciário posterior. Entendemos que a Lei 3.274, definidora das normas gerais do regime penitenciário deveria conter dispositivos que ordenassem essa matéria. Em conclusão existem normas legais capazes para uma estruturação penitenciária mais proveitosa. Daí a nossa convicção de que as falhas existentes na estrutura do regime derivam sobretudo das deficiências verificadas na sua aplicação.

3. A organização do sistema penitenciário e os impedimentos básicos para a eficiência da administração penitenciária.

A organização dos sistemas estaduais se ressentem de carências que impedem a maior efetividade da administração penitenciária. Na atualidade a maioria dos sistemas estaduais é dirigida por um órgão central. Seus ocupantes embora todos gabaritados não são especializados sequer na sua minoria. Ocorre, então, e com frequência, a implantação de critérios administrativos em moldes emocionais ou particularistas. Se o dirigente é utópico, as penitenciárias se convertem em instituições de caridade, se é cético, os estabelecimentos são transformados em entidades expiatórias. É certo que há estados, cujos dirigentes estão distanciados desses extremos. Mas não constituem parte ponderável. Porque, essencialmente, ainda não se conferiu à função penitenciária o relevo e a dignidade científica a ela inerentes. A imagem do carcereiro ainda envolve os que se devotam a essa missão. Entre os juristas a que confere **status** e recomenda é ser indiferente ou contra o penitenciarismo; é reduzi-lo a uma atividade inócua. Os penitenciaristas são os pregoeiros de um credo impropriedade que se abastam dos sonhos que acalentam. Na maioria das vezes não têm os pés no chão nem os olhos na realidade, e sua crença é a devoção utópica própria das almas generosas. E, convenhamos, não é certo nem justo que assim se diga. Porque penitenciarismo é ciência e é direito e não apenas técnica ou arte. Mas a verdade é que este conceito diminutivo é propagada e com isso impede que muitos se devotem ao seu estudo e que um grande número não se disponha a dar-se às suas missões. Começa, então, a organização penitenciária encontrando obstáculos no recrutamento dos dirigentes penitenciários. E note-se, porque usual, aquele que não tem compleição para o encargo, fatalmente, superdimensiona as dificuldades para com isso racionalizar a sua inércia ou justificar a sua deserção. Os obstáculos de relevantes passam a insuperáveis, estagnando dessa forma a ação e, mais, necrosando o sentimento para as iniciativas. E a questão avulta quando se tem em conta os problemas enfrentados por um administrador penitenciário, que resumiria, basicamente, em subjetivos e objetivos. Como problemas subjetivos situamos a incompreensão da comunidade e os desafios humanos de uma população penitenciária. Entre os objetivos classificamos em destaque o alto custo da administração penitenciária e a falta de recursos humanos compatíveis.

Da incompreensão generalizada resulta um principal obstáculo: o conceito do dirigente é condicionado às oscilações emocionais da opinião pública. E isso influencia a sua administração. Se humaniza a execução é caracterizado como o insensato que regala os criminosos com as concessões inacessíveis aos homens livres que não delinquiram. Se exerce o poder corretivo está fazendo retroagir o sistema àqueles tempos pretéritos das sanções primárias e cruéis. A fuga e a amotinamento são sempre alardeados e debitados à sua ineficiência. Não se cobra dele, porém, como precisamente disse Augusto Thompson, a reincidência que gerou. Para a comunidade, os condenados são sempre classificados como coitados ou celerados. No cadastro da opinião pública os criminosos não têm nomes mas vulgos. Não se quer saber da sua vida mas do seu crime. E no âmago desta ambiência passional, o administrador penitenciário tem que desempenhar a sua missão com isenção e lucidez.

E na comunidade se encontram, também os teóricos, sem qualquer vivência da realidade penitenciária que, em suas elucubrações conceptualistas, se arvoram, até, em doutrinadores de procedimentos, ou programações administrativas. São os estudiosos de gabinete que somente conhecem a verdade penitenciária por congressos, visitas

ou informações, porque sequer estatísticas precisas possuímos. Seus pensamentos e suas conclusões são sempre evitados de preconceitos ou preciosismos e se atrelam a um ideal particularista, porque jamais testado em qualquer experiência prática. Cultuam veleidades jurídicas e não prestam ao administrador penitenciário qualquer contribuição efetiva. Mas não é só.

Os desafios humanos de uma população penitenciária são constantes e imprevisíveis. Não há lei ou livro que ensine a enfrentá-los ou resolvê-los. E o administrador há que solucioná-los, sem descumprir o seu dever nem agredir a sensibilidade do condenado. O decantado e verdadeiro problema do custo da administração penitenciária é também relevante. A ninguém é lícito desconhecer que um sistema penitenciário exige investimentos de grande monta. Em suma, o penitenciarismo é caro. Mas aqui é cabível uma consideração sobre a realidade nacional. É notório que, em nossos dias, consolidou-se a denominada arquitetura correcional ou prisional. Hoje, a construção de um estabelecimento prisional não mais exige a soma de recursos das construções do passado. Isto porque, à luz de informes estatísticos, concluiu-se que os estabelecimentos de segurança máxima são necessários a uma restrita proporção de presos. Além disso, os progressos arquitetônicos fizeram surgir forma de segurança mais econômica, superando as concepções longevas de que só o ferro e o cimento armado compunham uma estrutura penitenciária garantida. Ante essa evidência é seguro afirmar que as construções de agora são erguidas, sem prejuízo da indispensável segurança, por um custo, proporcionalmente inferior. Em nossos sistemas penitenciários estaduais, no entanto, inexistem uma arquitetura especializada. Geralmente, com escassas exceções, as construções penitenciárias são entregues a órgãos inteiramente desinformados deste ramo arquitetônico e estanques das administrações penitenciárias. Dessa forma, a maioria dos projetos se pautam por aqueles padrões ultrapassados e o custo dos estabelecimentos atinge a montantes vultosos. Há projetos que além de enfatizarem, desnecessariamente, os obstáculos de segurança, exibem ornamentos arquitetônicos incompatíveis com a indispensável sobriedade de um estabelecimento prisional. Nestes termos, é evidente, não há orçamento possível. Se porém, os estabelecimentos de segurança máxima forem reduzidos aos limites necessários e os projetos forem elaborados por especialistas, será possível e exequível, sem gastos excessivos, a instrumentação material dos sistemas. É certo que, a esse custo de implantação deve ser adicionado o custo operacional. Um sistema penitenciário é uma prefeitura sem o auxílio da iniciativa privada. Sofre portanto, o administrador penitenciário, o rigor dos orçamentos insuficientes. É traço comum, nos sistemas estaduais. Todavia, por maior que seja a agrura não se constata que, em qualquer unidade federativa, a precariedade das instalações materiais se deva, necessariamente, à ausência de recurso. É devida, muito mais, à inexistência de um planejamento bem ordenado ou a descontinuidades administrativas que dispersam os recursos em iniciativas de talento pessoal e não de cunho penitenciário. É a conseqüência da administração sentimental e não científica. Por estas evidências estamos em que, o problema do custo existe mas não em dimensão insuperável. Superior a ele e agravante dele é o problema do pessoal penitenciário. Daí sustentarmos que a solução das questões penitenciárias depende muito mais dos recursos humanos que dos recursos materiais.

Sem dúvida, a ausência de servidores qualificados impede a administração penitenciária de bem desenvolver as suas finalidades. E o quadro que se faz encontrado, no panorama brasileiro, é bem diverso daquele almejado e necessário. A maioria

dos Estados não mantém escolas de preparação para os servidores penitenciários e sequer os organiza em carreira. Excetue-se, honrosamente, o Estado do Rio Grande do Sul. Em grande número de sistemas os servidores dos estabelecimentos prisionais pertencem a quadros administrativos estranhos à administração penitenciária e, na quase totalidade, não têm formação específica. Os de nível inferior desempenham as suas atribuições de forma empírica e os de nível superior, geralmente, realizam ciência própria e não a missão ancilar que lhes compete, em torno da finalidade penitenciária. A falta de uma preparação ou até de uma orientação técnica, se ativam em moldes inteiramente emocionais. Inevitavelmente, pois, surgem os conflitos, principalmente, entre os responsáveis pela segurança e os mentores do tratamento penitenciário. Impõe-se, ainda, observar que é muito difundido o vício de atribuir-se aos guardas ou vigilantes todas as funções penitenciárias. Há estabelecimentos em que, dos encargos burocráticos até àqueles relacionados com o tratamento, todos, são desempenhados por guardas. Daí a impossível, desnecessária e até nociva conclusão de que se deva especializar tais servidores, também para as funções atinentes ao tratamento penitenciário. Tais atribuições, além de não se compatibilizarem com os limites da sua aptidão devem, necessariamente, caber a outra categoria de pessoal especializado. O tipo de convivência entre o preso e o agente de tratamento não pode ser o mesmo que entre o preso e o vigilante. São especialidades diversas e que a administração necessita sejam exercidas separadamente. Jamais se conseguiu ou se conseguirá dotar um servidor de habilitação bastante para acumular as funções de tratamento e de vigilância. Não se faça com o guarda penitenciário o que se faz com a penitenciária, ou seja, exigir mais do que aquilo que ele pode dar. Ao nosso ver esses impedimentos básicos precedem em relevância aos óbices de ordem material que estiolam as administrações penitenciárias.

4. As formas de tratamento penitenciário e os obstáculos maiores para a sua rentabilidade.

As regras básicas do tratamento penitenciário estão contidas nos incisos I, IV, XIII e XV da referida Lei 3.274. Por elas se infere, que os instrumentos para a sua realização consistem na assistência moral, material e jurídica, na educação, no trabalho e na disciplina. Os dispositivos que complementam estas normas deixam evidente a imprescindibilidade do processo de classificação. Como vimos que esse exame inexistente, temos, de imediato, um obstáculo fundamental para a rentabilidade do tratamento penitenciário. Considere-se, ainda, que sob este aspecto, prevalece o conceptismo de que o tratamento penitenciário deve ser o condimento básico daquela já referida purificação. Para estes, tratar do condenado significa realizar a transmutação de uma consciência ou de uma sensibilidade. Como tal objetivo é inacessível, ou não aceitam que haja um tratamento ou anulam as suas prescrições sob o pretexto da sua inocuidade. Indispensável, portanto, que se assente a concepção lógica e lúcida de que o tratamento visa a abastecer o conhecimento e a vontade do homem preso para que conheça e respeite o limite da licitude. Que se obtenha mais é excelente mas não essencial. Daí o entendimento que nos parece o mais acertado, segundo o qual, o tratamento penitenciário deve ter como escopo a preparação do sentenciado para a vida futura em sociedade, sem a prevalência apriorística de objetivos idealistas. Somente este rumo utilitário evita os atalhos traçados pelos céticos ou ufanistas. É também de ser escoimado da tonalidade radical que, reiteradamente, o converte em

mero assistencialismo paternalista. Decorre desse precedente a adoção de critérios e até de institutos que, embora generosos, e, por vezes, de refinamento teórico, não sintonizam com as exigências reais de um autêntico tratamento. Mostras frisantes de tais distorções encontramos, por exemplo, nos denominados aldeamentos, que, pretendendo o amparo da família do preso, favorecem a acomodação do homem; nos trabalhos artesanais, que ocupam o tempo mas não preparam para uma atividade profissional; na chamada penitenciária-empresa, que visa, primordialmente, o lucro da administração e conseqüentemente subalterniza o objetivo pedagógico do trabalho penitenciário; nos regimes abertos quando não baseados no exame de classificação; nas iniciativas comunitárias, quase sempre episódicas e filantrópicas, e em inúmeros outros critérios ou instituições que, bem aferidas na realidade, reduzem-se a conceitos ou empreendimentos distoantes das premissas e dos fins do tratamento penitenciário. É de ser ainda assinalada a inadequada aplicação dos meios de tratamento, pela ausência de um critério cientificamente disciplinado. A verdade é que, cada sistema ou estabelecimento aplica o tratamento, conforme a interpretação pessoal do seu dirigente. Se o concebe como o rito da expiação, estabelece normas de sujeição com o feito de um reformador de costumes; se o tem como a dulcificação da penitência, adultera os meios de tratamento, com o ópio da piedade; se dele descrê, o reduz a uma atividade de mera rotina ou exibição administrativa. Muitas vezes a assistência se minimiza a um assistencialismo que, ao invés de despertar ou aprimorar no sentenciado a consciência dos seus deveres sociais, nele inculca a errada convicção de que ao Estado e não a ele compete o provimento das necessidades mínimas de todo cidadão. Em inúmeros casos, a educação se limita a episódicas campanhas de alfabetização ou a aprendizados primários, sem o lastro de qualquer mensagem educativa. O trabalho, quando não se constitui numa singela forma de ocupação do tempo, consiste no aproveitamento daquelas aptidões anteriores à segregação, visando, precipuamente, o lucro para o estabelecimento. Ora, esse não é o trabalho educativo pois, em muitas ocasiões é necessário mudar a profissão do homem porque ela foi fator criminógeno, seja por haver favorecido a prática daquele tipo de crime, v.g. o linotipista e a falsidade documental, seja por não tê-lo conduzido à realização profissional. A disciplina é confundida com a segurança e, de instrumento para o tratamento, passa a meio de prevenção ou forma de contenção. É óbvio que, nesta acepção, o tratamento não conduz a qualquer resultado.

O verdadeiro tratamento somente se realiza com uma assistência que não derive ao assistencialismo; com uma educação que não se restrinja a campanha de alfabetização; com um trabalho que não seja expiatório e não vise apenas o lucro da administração ou a ocupação do tempo; com uma disciplina que não se estreite em providências contra fugas e contra motins. Há que ser informado por uma filosofia utilitária e desenvolvido, tendo em conta a estrutura pessoal de cada sentenciado. Não deve importar só o motivo do crime mas, também, a origem do criminoso que sempre corresponderá a uma ausência, a uma insuficiência ou a uma inadequação, supríveis pelos meios do tratamento. Não deve ser organizado como o ideal para todos mas sim como o indispensável para cada um. Não se pode caracterizar como compulsório e genérico mas sim como persuasivo e individualizado. O essencial é exterminar em todo homem preso a razão do seu duelo com a licitude que estará sempre, no desamparo a que foi relegado, ou na educação que não teve ou não aproveitou, ou, ainda, no trabalho que não conheceu ou que jamais o realizou, ou, enfim, no desprezo pelo hábito da ordem e do sentimento de respeito ao semelhante.

Esta, uma projeção sucinta do panorama nacional a respeito da execução das penas privativas da liberdade, em atendimento ao tema que nos foi proposto, neste ciclo de conferências. Por certo, não é uma visão confortadora como não a oferece qualquer sistema penitenciário do mundo. Porque o problema é universal.

5. As recentes medidas legislativas e administrativas para o aperfeiçoamento das instituições penitenciárias brasileiras.

Creemos que, passamos uma hora em que o penitenciário brasileiro pode esperar, com procedência, reformas promissoras. Prenunciam essa fase, as inovações contidas nas legislações penal e processual penal, em vias de aplicação. O Código Penal de 1969 favorece a implantação de soluções penitenciárias ao adotar, dentre outros institutos, a pena relativamente indeterminada para os criminosos habituais ou por tendência; a ampliação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional; a detenção substitutiva e a finalidade do trabalho penitenciário. Tais inserções, embora inadequadas, porque pertinentes a uma legislação penitenciária, constituem premissas valiosas para um ordenamento penitenciário mais proveitoso. Também no Código de Processo Penal é de ser realçado o relevo conferido ao processo executório. Foram definidos como órgãos da execução penal o juízo das execuções e a administração penitenciária. Foi instituído o incidente de excesso ou desvio de execução, que assegura a jurisdicionalidade da execução e demarca, com nitidez, a competência da autoridade judiciária e da autoridade administrativa no processo executório. A essas medidas legislativas somam-se meritorias providências de ordem administrativa. O Ministério da Justiça desenvolve, na atualidade, uma ação efetiva com vistas à estruturação e ao aparelhamento condignos das instituições penitenciárias. Daí a constituição de um Grupo de Trabalho, do qual participamos na qualidade de assessor técnico, com a missão de estudar a realidade penitenciária brasileira, oferecer sugestões e elaborar um anteprojeto de Normas Gerais do Regime Penitenciário. O referido Grupo realizou o trabalho determinado sem cingi-lo a uma formulação doutrinária. Delineou os rumos da reforma pretendida inspirado nos princípios científicos mas, sobretudo, balizado pelas imposições de ordem prática que só a vivência ensina. Das iniciativas que promoveu destaca-se a criação de dois órgãos da administração penitenciária federal, efetivada pelo Decreto nº 76.387 de 2 de outubro de 1975: o Conselho Nacional de Política Penitenciária e o Departamento Penitenciário Federal. O Conselho, com a atribuição de elaborar projetos objetivando aperfeiçoar a execução penal e o regime penitenciário e o Departamento, com a incumbência de acompanhar a execução penal e zelar pela observância das normas gerais do regime penitenciário, bem como prestar apoio técnico, administrativo e financeiro ao Conselho, constituem os órgãos básicos para a implementação e homogeneidade do sistema penitenciário brasileiro. Foi também elencada, em documento de orientação técnica, uma série de recomendações básicas para uma programação penitenciária visando à uniformidade de critérios na constituição ou aperfeiçoamento dos sistemas penitenciários das diversas unidades federativas. Tais recomendações concernem à organização e estrutura do sistema penitenciário; aos pressupostos dos projetos; à ordem de prioridade para as construções de novos estabelecimentos prisionais; ao estilo, localização e capacidade que devem observar. Culminou a atividade desse Grupo de Trabalho, a elaboração de um anteprojeto de Lei que define e disciplina as Normas Gerais do Regime Penitenciário, o qual trata

dos objetivos e das espécies de regime penitenciário, do tratamento penitenciário, dos direitos e deveres dos presos, dos estabelecimentos prisionais, da administração penitenciária, além das disposições introdutórias gerais e transitórias. Registre-se, ainda, que se encontra em execução um plano de auxílio às unidades federativas para a construção de estabelecimentos prisionais, consistindo esta colaboração na transferência de recursos e orientação técnica. Essas mostras são a prova inconcussa de que se encontra, em desenvolvimento, uma ação efetiva e eficaz visando a suprir aquelas deficiências que comprometem o penitenciarismo brasileiro.

As considerações aqui expendidas não pretendem vislumbrar rumos inusitados e, menos ainda, exaurir a crítica ou as soluções. A questão penitenciária tem conteúdo crescente e dimensão avultada. Cremos, no entanto, que é possível controlar o seu crescimento e reduzir a sua dimensão. Antes de lhe ser conferido o timbre da insolubilidade, como hoje tanto se faz, é preciso esgotar a aplicação dos princípios mínimos ditados pela ciência penitenciária e editados pela legislação em vigência. Entendêmo-los exeqüíveis, desde que exercidos cientificamente por uma administração conscientizada da função penitenciária, e não apenas estreitada num desempenho administrativo condicionado por inflexões puramente emocionais. As naturais e evidentes dificuldades de ordem material não ocasionam as mais significativas deficiências verificadas no panorama nacional. A razão delas está mais e, por vezes, unicamente, na ausência desse espírito de missão ou na inexistência de um critério científico inspirando e presidindo a atividade das administrações penitenciárias. Auguramos que, das marcantes iniciativas aqui assinaladas, advenham a existência desse critério e a presença desse espírito.

**Publicado originalmente na Revista nº 4 jul./dez. 1976, p. 32.*

A TEORIA NORMATIVA DO DOLO E A IRRELEVÂNCIA DO ÉRRO DE DIREITO

BASILEU RIBEIRO FILHO*

- SUMÁRIO: I - Introdução;
II - Direito Romano;
III - Direito Alemão;
IV - Direito Italiano;
V - Direito Brasileiro;
VI - Conclusões.

I

Entendemos que no Direito Penal Brasileiro, onde está consagrado o princípio segundo o qual “a ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena” (art. 16 do C. Penal), não se pode considerar o conhecimento, por parte do agente, da ilicitude de seu ato, como requisito da punibilidade do mesmo. É nesse sentido que pretendemos demonstrar a incompatibilidade entre a *consciência da injuricidade* ou a *teoria normativa do dolo* e a irrelevância de direito.

Elucidemos desde já o aspecto terminológico da questão. A terminologia jurídica, como toda terminologia técnica, tem por finalidade designar conceitos mais ou menos complexos por palavras mais ou menos simples. Para isto, é fundamental, no entanto, que seja respeitado o princípio de que a um determinado termo corresponde sempre um conceito e um conceito só. Esse rigor que é característico das ciências exatas, não se verifica em matéria jurídica; no campo do direito, muitas vezes, o mesmo termo é usado para designar conceitos afins. O estudo jurídico, mais do que qualquer outro, corre, assim, o risco da imprecisão de linguagem e dos mal entendidos que ela pode originar, levando-nos a discutir sobre palavras quando pensamos estar discutindo sobre idéias.

Devemos, por conseguinte, de início, fixar o debate quanto a seu aspecto terminológico, de modo a colocá-lo ao abrigo das eventuais flutuações de sentido de certas fórmulas consagradas, como “*erro de direito*”, “*culpabilidade normativa*” etc.

Tomamos a expressão *consciência da injuricidade* como “conhecimento da ilicitude do ato”, jamais como “conhecimento de circunstâncias do fato”, seja qual for, para o direito, a significação dessas circunstâncias. Tomamos, por outro lado, a expressão *teoria normativa do dolo* no sentido, aliás consagrado, daquela teoria que exige a mencionada consciência da injuricidade como elemento do dolo e constitui a principal variante, pelo menos a mais antiga, da doutrina da culpabilidade normativa. Quando nos referimos a *erro de direito*, fazemo-lo no sentido de ignorância ou errada compreensão da lei.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara.

Antes de passarmos à demonstração de nossa tese, que é de direito positivo brasileiro, procuraremos resumir como o problema se situa historicamente, assim como em algumas das principais legislações estrangeiras e dentro das doutrinas mais conhecidas.

Sob o aspecto histórico, é interessante assinalar, de início, que a questão da irrelevância do *error iuris* sempre esteve ligada àquilo que, hoje, se denomina *consciência da injuricidade*; ambas as questões sempre fizeram parte de uma indagação maior que, durante muito tempo, se apresentou como pertinente à natureza do dolo. Deve o dolo compreender o conhecimento da ilicitude do ato ou basta a vontade de praticar conscientemente um ato ilícito?

A questão, colocada em toda sua amplitude, é complexa porque nela se defrontam, desde sua origem, dois argumentos de igual relevância: um argumento de justiça e um argumento de segurança, como ocorre em muitas instituições jurídicas. Por um lado, o argumento de justiça nos leva a exigir, para que uma ação seja punível, que o agente não só tenha querido um resultado proibido por lei, mas que o tenha feito sabendo que esse resultado é proibido. É o que R. MAURACH (*Tratado de Derecho Penal*, vol. I, pág. 135) expressa de maneira tão incisiva, quando diz: “Toda renúncia al conocimiento de la antijuricidad privaría al derecho penal de su ética razón de ser, y daría entrada a la pena sin culpa”. Portanto, o requisito da consciência da ilicitude decorre do princípio, talvez o mais fundamental na evolução do direito penal e no progresso da civilização, que é o de não haver pena sem culpa. Mas, por outro lado, o argumento de segurança levou ao tradicional *error iuris nocet*, consagrado, ainda hoje, na maioria das legislações modernas, entre elas, a nossa.

Assim, se há razões imperiosas de justiça para só punir aquele que age sabendo que viola a lei e, por conseguinte, para não punir aquele que age sem saber que a viola, há razões de política criminal, como se diz hoje, que levam a presumir o conhecimento da lei por parte de todos.

Notemos, pois, e isto já favorece nossa tese, que, desde que se remonte às raízes do princípio da irrelevância do erro de direito e desde que se remonte, também, à consciência da injuricidade, se chega a uma mesma questão. Por dois caminhos diversos, atingimos um problema só; mais precisamente: abordamos esse problema por suas duas faces.

Trata-se das duas respostas contraditórias que se podem dar à mesma pergunta: pode punir-se alguém que praticou um ato criminoso sem saber que esse ato era criminoso ou não? O princípio de justiça que tomou sucessivamente a forma do *dolus malus*, do requisito da perversidade, da teoria normativa do dolo, do erro de proibição, nos leva a responder negativamente. Por outro lado, o princípio de segurança que revestiu a forma do dogma tradicional *nemo censetur...*, reiteradamente consagrado na maioria das legislações, até hoje, nos leva a responder afirmativamente.

O que é preciso reter, portanto, é o indisfarçável conflito entre os dois institutos, desde sua origem; não devemos procurar escamotear esse antagonismo; não devemos, por um lado, satisfazer nossa preocupação de justiça, afirmando que não há dolo sem consciência da injuricidade, e, por outro, atender a nossa exigência de segurança, dizendo: “não há dolo sem consciência da injuricidade, mas isto nada tem a ver com o princípio da irrelevância do erro de direito, que deve ser mantido”. Assim procedendo – como faz grande parte de nossos juristas – estamos nos iludindo e afirmando duas proposições contraditórias.

Estudaremos, adiante, as vãs tentativas esboçadas no sentido de conciliar o inconciliável e concluiremos que é preciso tomar sobre essas questões a posição que elas exigem: uma posição unitária; ou fazemos prevalecer o elemento justiça e, então, exigimos o conhecimento do ilícito e, por outro lado, suprimimos o dogma *error iuris nocet*; ou, inversamente, fazemos prevalecer o requisito de segurança e anulamos a exigência da consciência da injuricidade. É também possível, sem dúvida, conceberem-se soluções intermediárias, mas, então, necessariamente, na medida em que se dará *mais* ao elemento justiça, ter-se-á que dar *menos* ao princípio *error iuris nocet*; reduzindo o seu rigor, como, aliás, é reconhecido nas poucas legislações modernas que levam expressamente em conta o eventual erro sobre a ilicitude do ato, como ocorre no Cód. Penal Norueguês (art. 57), no Cód. Penal Soviético (art. 8.º) e no Cód. Penal Suíço (art. 20), que se referem, respectivamente, ao “erro no que concerne o caráter ilícito do ato”; à “consciência do caráter socialmente perigoso do ato” e à “crença, por parte do agente, de que “estava no direito de agir.” (*apud, Les Codes Pénaux Européens e La Réforme Pénale Soviétique, Paris, 1962*).

II

No Direito Romano, a questão apresenta as dificuldades próprias de todo estudo dessa natureza, que consiste em extrair, de textos não sistematizados e, por vezes, contraditórios, uma solução geral do problema.

G. FALCHI, *Diritto Penale Romano*, Padova, 1957, Vol. II, pág. 106, considera que o Direito Romano se colocou numa posição intermediária entre a doutrina que exige a consciência do ilícito e a que se contenta com a vontade do fato que constitui o crime.

C. FERRINI, *Diritto Penale Romano, in Trattato de Cogliolo*, Vol. I, parte I, págs. 49-50, depois de analisar uns textos em que o erro de direito escusa e em que “o desprezo da norma conhecida parece ser considerado como elemento essencial do dolo”, e outros em que, pelo contrário, o erro de direito é irrelevante, resolve essa aparente contradição por uma distinção entre os atos “cujo caráter anti-social ninguém pode, normalmente, ignorar” (como o homicídio, o furto, etc) e outros cujo caráter criminoso não é intuitivo, concluindo: “È quindi naturale che per reati violatori della prima categoria di norme non si ammette di regola la scusa della ignoranza, mentre più facilmente si ammette per quelli che violano la seconda”. Essa distinção, que constitui um argumento histórico em favor da teoria normativa do dolo e do abrandamento do princípio *error iuris nocet*, mostra também que, como dissemos há pouco, os dois institutos estão ligados desde sua origem.

III

É no Direito Alemão que a teoria normativa do dolo foi mais elaborada. O Cód. Penal Alemão contém o controvertido § 59, onde se lê: “Lorsqu’au moment de la commission d’un acte punissable, l’auteur ignorait l’existence des circonstances qui en constituent les éléments légaux ou qui sont aggravantes, ces circonstances ne seront pas retenues à son encontre” (*apud Les Codes Pénaux Européens*).

Sobre essa base legislativa, VON LISZT, *Diritto Penal Alemão*, trad. José Higinio, Vol. I, pág. 285, ed. 1899, acolhe a teoria psicológica e afirma: “Segundo o que fica dito,

é fora de dúvida que a idéia de dolo não compreende a consciência da ilegalidade”, esclarecendo, em nota, que não se pode invocar o § 59 em favor desse requisito, como pretendem BINDING e outros, diante da referência que a lei faz a “circunstâncias”. Teremos ocasião de voltar a esse argumento: com efeito, não se deve confundir o conhecimento das circunstâncias valoradas pela lei com o conhecimento dessa valoração. Neste segundo conceito é que reside a teoria normativa do dolo, e não se deve invocar indevidamente, a seu favor, o primeiro.

Entretanto, é sobre essa mesma base legislativa que grande número de juristas germânicos, notadamente Mezger, constrói a teoria normativa do dolo. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Vol. II, pág. 87, reconhece, de início, que o direito vigente não contém preceito algum em que “se desenvolva de modo detalhado o conceito de dolo” e acrescenta, referindo-se ao § 59: “La ley solo da a entender que para la existencia del dolo es necesario un determinado conocimiento de circunstancias de la acción punible” e formula a seguinte definição de dolo: “Age dolosamente quem conhece as circunstâncias de fato e a significação de sua ação e admitiu em sua vontade o resultado”. Como se vê, o dolo pressupõe não apenas o conhecimento dos fatos, mas também o da significação da ação. Em seguida, o autor passa a analisar separadamente esses elementos: 1.º) o conhecimento dos fatos; 2.º) o conhecimento da significação, que, por sua vez, compreende, “o conhecimento da significação dos elementos normativos do tipo” e “o conhecimento da significação antijurídica da ação”; este último elemento constitui a característica essencial da teoria.

Analisemos, em primeiro lugar, o conhecimento da significação dos elementos normativos do tipo. MEZGER dá os seguintes exemplos: o art. 176, 2, pune as relações sexuais com mulher “alienada ou privada de conhecimento ou vontade”. Pois bem, o conhecimento da significação do tipo consistiria, aqui, no conhecimento não apenas dos sintomas da doença mental, nem, por outro lado, exigiria um diagnóstico preciso, “pero sí, debe ser consciente el autor de que la persona de que se abusa estaba mentalmente perturbada, tal como este concepto es entendido en el círculo y ambiente propios” (pág. 123). Para ser punido por um dos delitos praticados no exercício de uma função pública, o autor deve estar consciente de que entrou para o serviço público. Para ser punido pela prática de ato contrário ao pudor (art. 176) é preciso que o agente tenha conhecimento da “desaprovação social de dita conduta”. Essa “valoração paralela do autor na esfera do profano”, fórmula muito repetida, como veremos, se distinguiria da valoração jurídica, embora “ande na mesma direção” (pág. 122).

Parece-nos que esses exemplos merecem uma distinção: era alguns deles, como nos casos de “doença mental” e “função pública”, é muito discutível que se trate do conhecimento da significação e não do simples conhecimento do fato. Quanto ao exemplo do ato contrário ao pudor, a exigência da consciência da “desaprovação social” constitui, sem dúvida, um elemento normativo, mas, então, não se vê como admiti-lo sem quebra do princípio *error iuris nocet*. Raciocinemos: se o agente pratica um ato socialmente considerado, contrário ao pudor, como poderá ele alegar que ignorava essa reprovação sem estar alegando a ignorância da lei, pois a norma compreende, também, o sentido jurídico, que não é mais do que o social dos elementos de que se compõe? “Ato impudico”, para o art. 176, 3, é aquêle que a sociedade, no seu conjunto, assim considera e, por conseguinte, todo indivíduo que praticar um desses atos e alegar o desconhecimento da censura social, estará invocando a má compreensão da lei penal.

Não há como evitar o conflito: desde que se chega a um elemento *puramente normativo*, esbarra-se no princípio da irrelevância do erro de direito.

Passemos ao conhecimento da significação antijurídica da ação, chegando, assim, ao âmago da teoria normativa do dolo. O autor (págs. 126-127) reconhece que o § 59 não consagra expressamente a consciência da injuricidade, mas argumenta que tampouco a repele. Deduz esse elemento da própria essência da culpabilidade que é “ação como expressão juridicamente reprovada da personalidade”. Em que consiste, precisamente, esse conhecimento do caráter antijurídico da ação? Voltamos, aqui, à valoração “na esfera do profano”. É a “apreciação da ação no círculo de pensamentos da pessoa individual e no ambiente do autor, orientada no mesmo sentido que a valoração legal-judicial” (pág. 129). Basta que o autor saiba que faz algo proibido.

Vê-se, desde já, como se tentará conciliar a teoria normativa do dolo com o princípio *nemo consetur...*: dir-se-á que não se exige o conhecimento da lei, mas uma simples consciência de praticar um ato reprovado. Mostraremos quanto é ilusória essa distinção.

Analisemos, agora, como se coloca o problema perante a teoria finalística da ação. Sob essa denominação, tem-se designado a moderna escola alemã que se caracteriza, essencialmente, por incluir o dolo na própria ação, restando, para a culpabilidade, não mais a relação psicológica do agente com o resultado, mas a probabilidade que incide sobre o agente em virtude de sua ação.

É o que R. MAURACH assim resume: “Enquanto que as teorias causalistas da ação postulam que a direção da vontade do agente não desempenha papel algum na determinação do tipo do delito cometido, e que o dolo, em consequência, deve localizar-se na culpabilidade, a teoria finalista considera o dolo, pelo contrário, como elemento subjetivo do tipo. Subtrai, por assim dizer, o dolo do domínio da culpabilidade.” *A teoria da culpabilidade no direito penal alemão, na Revista Brasileira de Criminologia*, Vol. 15, página 24-25. Explica o autor, a seguir, de que se constitui a culpabilidade, dizendo: “Os elementos constitutivos da culpabilidade são: a exigibilidade de uma conduta conforme a lei; a imputabilidade do autor e a possibilidade concreta de conhecer o caráter ilícito do fato realizado” (pág. 25). Precisando este último requisito (o requisito normativo) diz: “Tampouco exigimos a presença positiva e atual do conhecimento do injusto: contentamo-nos, com o chamado conhecimento potencial do injusto: o autor agiu de modo culpável tão-só se tinha a possibilidade de conhecer a antijuricidade de seu ato, e não importa se a conheceu em realidade”. (*O conceito finalista da ação e seus efeitos sobre a teoria da estrutura do delito, na Revista Brasileira de Criminologia*, Vol. II. 14, pág. 32-33). Assinale-se, mais uma vez, que esse potencial conhecimento do injusto não é incluído no dolo (como a consciência da injuricidade o é na teoria normativa do dolo). “Delito es acción, un proceso tipicamente antijurídico, que se reprocha al autor por haber podido conocer el injusto de su hacer. El potencial conocimiento del injusto se encuentra fuera de este proceso: no puede ser elemento del dolo” (R. Maurach, *Tratado*, Vol. II, pág. 144).

A nosso ver, caberia observar que, apesar de se colocar fora do dolo, essa “possibilidade de conhecer a injuricidade da ação” *pressupõe* uma relação psicológica do agente com seu ato, e não, estamos, no fundo, tão longe da “consciência da injuricidade”, segundo a teoria normativa do dolo. Nesta se pune na medida em que o agente sabia que seu ato era contrário ao direito; na teoria finalística se pune na medida em que a conduta do agente é reprovável porque ele podia saber que ela era contrária ao direito. Através do juízo de reprovação, volta-se ao psicológico.

O conceito de erro, por sua vez, sofre uma alteração dentro dessa doutrina: seria mesmo um dos pontos em que ela demonstra sua excelência, segundo seus seguidores: “Também a questão do erro de fato e erro de direito, que na doutrina alemã é envolvida no tratamento do erro de tipo e do erro de proibição, estaria resolvida, uma vez por todas, com a teoria finalista”, observa Nelson Hungria, embora discordando em *A teoria finalista no Direito Penal*.

A distinção *erro de fato, erro de direito* é substituída por outra: *erro de tipo, erro de proibição*. O primeiro exclui o dolo, o segundo, a culpabilidade (H. WELZEL, *Derecho Penal*, pág. 177); se o agente se engana sobre uma característica que pertence ao tipo objetivo do injusto, ocorre o primeiro, “el error de prohibicion, en cambio, deja intacto el dolo del hecho y se refiere – con pleno conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho, – a otros fundamentos que están fuera del tipo y excluyen la antijuridicidad según la opinión del autor,... el autor o no conoce la norma jurídica o la desconoce (la interpreta erroneamente), o acepta erroneamente un fundamento de justificación”. O autor, a seguir, dá como exemplo desta segunda hipótese (erro sobre uma excludente da injuricidade), entre outros, o da legítima defesa putativa, mostrando que a teoria dominante entende haver, neste caso, um erro de tipo, o que é incorreto, pois a excludente da injuricidade não é uma “característica negativa do tipo, exclui tão-somente a injuricidade, não o tipo, nem o dolo.

Concluindo, diz H. WELZEL: “Por lo tanto, error de hecho y error de derecho, por una parte, y error de tipo y de prohibición, por la otra, son dos pares de conceptos de índole completamente distinta. Hay errores de derecho que son errores de tipo: por ej el error sobre características normativas del tipo, como lo ajeno de la cosa; y hay errores de hecho que son errores de prohibición: el error sobre los presupuestos reales de un fundamento de justificación” (pág. 178).

A afirmação nos parece excessiva: a distinção não é completa. São pares de conceitos relacionados de tal sorte que o binômio *erro de tipo, erro de proibição* absorve os termos do binômio *erro de fato, erro de direito*, do seguinte modo: o *erro de tipo* compreende o que recai sobre as circunstâncias de fato que integram o tipo (*erro de fato*) e o que recai sobre a significação dessas circunstâncias (*erro de direito*); o *erro de proibição* compreende o que recai sobre a lei (*erro de direito*) e o que incide sobre uma excludente da injuricidade (*erro de fato*).

Vimos, assim, como se alteram perante a teoria finalística da ação os dados do problema. Cabe-nos, agora, verificar se, em virtude dessa alteração, o problema se torna mais fácil ou não. Sobre esse ponto, os seguidores da doutrina parecem divergir. R. MAURACH diz: “A consciência da ilicitude do fato não apresenta, em absoluto, nada em comum com o conhecimento que o autor do delito tenha sobre a pena cominada pela lei ao mesmo. Que o delinqüente saiba ou não que a ação ilícita traz como consequência uma sanção penal, não exerce influência alguma sobre a configuração do delito. *Error iuris criminalis nocet*. A consciência da ilicitude do fato não se faz extensiva à pena estabelecida pelo C. Penal para o respectivo delito; ela se relaciona com a norma proibitiva ou ordenadora que sempre constitui o fundamento da lei penal e que, logicamente, precede à ameaça de pena que contém.” (*A teoria da culpabilidade no direito penal alemão, Revista de Criminologia*, Vol. 15, pág. 29). Estamos, assim, diante dos mesmos argumentos apresentados perante a teoria normativa do dolo por aqueles que pretendem que inexistente conflito entre a consciência da injuricidade e o princípio *error iuris nocet*. Por outro lado, entretanto, H. WELZEL parece reconhecer esse conflito quando diz: “La clara verdad es que se puede hacer el reproche de culpa solamente

quando el autor estuvo en condiciones de conocer la antijuricidad de su hacer: el autor hubiera podido formar su voluntad de acción conforme al derecho, en lugar de hacerlo antijuridicamente. Esta simple verdad ha necesitado mucho tiempo un gran esfuerzo para imponerse y no es hoy todavía indiscutida. La autoridad del precepto romano *error iuris nocet* y la preocupación infundada de que pueda darse al infractor del derecho una excusa cómoda y una absolución no justificada han impedido hasta la actualidad el reconocimiento de la consecuencia logicamente obligatoria del concepto de la culpabilidad” (op.cit. pág. 172).

Na verdade, o antagonismo entre o elemento normativo da culpabilidade e o princípio da irrelevância do erro de direito conserva, perante a teoria finalística, a mesma intensidade, e não podia ser de outro modo, pois, como vimos, os dados sofrem – em relação à teoria normativa do dolo – uma nova formulação, mas permanecem, essencialmente, os mesmos. O potencial conhecimento do injusto equivale, no fundo, à consciência da injuricidade; por outro lado, a distinção entre erro de tipo e erro de proibição absorve mas não exclui a que, tradicionalmente, se faz entre erro de fato e erro de direito. Ocorre mesmo que, a ignorância da lei sendo absorvida pelo erro de proibição, o antagonismo se torna mais flagrante, pois a construção do erro de proibição está expressamente ligada à do potencial conhecimento do injusto, não sendo mais do que sua outra face. Se, perante a teoria normativa do dolo, em que se separa o estudo da consciência da injuricidade do estudo da ignorância da lei, é possível que passe despercebido o antagonismo em questão, na teoria finalística da ação, o conflito entre o potencial conhecimento do injusto e o erro de proibição é da essência mesma da teoria: toda a construção gira em torno do erro de proibição como excludente da consciência da injuricidade. É por isto que R. Maurach, apesar de dizer, como vimos, que o conhecimento da ilicitude do ato nada tem que ver com o conhecimento da lei, reconhece (*Tratado de Derecho Penal*, Vol. II, pág. 147) que o erro de proibição é o seu “pólo oposto”, o seu “reverso” (pág. 149) e entre os exemplos que cita de erro, de proibição inclui casos típicos de ignorância da lei, como o do imigrante italiano que infringe o art. 175 do C. Penal Alemão, ignorando que na Alemanha é punida a prática do homossexualismo; a do indivíduo que mantém relações sexuais com mulher doente mental, “sem saber que essa conduta é proibida”; o que viola as medidas de isolamento em caso de doença contagiosa, ignorando que tais infrações são punidas pelo art. 327 do C. Penal. É incontestável que a ignorância da lei, que é absorvida pelo erro de proibição, está, ela também, no “pólo oposto” ao do conhecimento potencial do injusto.

IV

A noção de consciência da injuricidade, embora tecnicamente mais elaborada pela doutrina alemã, existe, como já dissemos, desde que existe o direito penal, do mesmo modo que o problema da ignorância da lei.

Carrara a aceitava, quando dizia: “Il dolo si definisce – La intenzione più o meno perfetta di fare un atto che si conosce contrario alla legge” (*Programma*, Vol. I, § 6.º). Não se podia exigir de maneira mais clara o que hoje se denomina de consciência da injuricidade.

Vejamos como a questão tem sido colocada e resolvida perante o vigente Código Penal Italiano; êsse estudo, para nós, tem um interesse direto, pois, na matéria, nossa legislação se assemelha muito à italiana.

Por um lado, a definição de dolo é formulada em ambos os Códigos de maneira semelhante; por outro, ambos consagram expressamente o princípio da irrelevância da ignorância da lei (art. 5.º do C. Penal Italiano).

É interessante notar, em apoio de nossa tese, que grande número de juristas italianos, talvez a maioria, assinala a impossibilidade de sustentar que o direito positivo daquele país acolheu a teoria normativa do dolo em face do que dispõe o art. 5.º do C. Penal Italiano.

Assim, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, pág. 251: “Qui sorge un grave quesito. Si domanda se, oltre alla conoscenza degli elementi ora indicati, ocorra per l’esistenza del dolo qualche cosa di più: in particolare se sia necessaria la coscienza dell’illiceità del fatto.

Non pochi antichi criminalisti erano d’avviso che non si possa parlare di dolo ove manchi nell’agente la consapevolezza di compiere un’azione contraria alla legge penale. Tale opinione ora non ha più seguaci, perchè urta inesorabilmente contro il disposto dell’art. 5.º del codice penale, secondo cui l’ignoranza della legge penal e non scusa”. Do mesmo modo, O. VANNINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, pág. 95, segundo o qual definir o dolo, como fazia Carrara, seria esquecer o art. 5.º do C. Penal. T. NAPOLITANO, *Il Nuovo Codice Penale Sovietico*, pág. 97, comentando o art. 8.º do referido Código que, como já assinalamos, exige para a caracterização do dolo a consciência do caráter “socialmente perigoso do ato”, acrescenta que eminentes juristas italianos dispensam requisito análogo e diz: “Tale opinione si ravvisa fondata nel nostro sistema penale, perchè la mancanza della coscienza dell’illiceità si potrebbe provare solamente adducendo quell’ignoranza della legge che il disposto nell’art. 5º del nostro c. p. vieta che possa invocarsi come scusa.” A ponderação do autor coincide precisamente com nosso argumento que desenvolveremos a respeito do direito brasileiro: por mais que se diferencie a consciência da injuricidade do conhecimento da lei penal, é inegável que só se poderá invocar a falta da primeira, invocando, *ipso facto*, a ignorância da lei penal pois, se pode haver consciência da injuricidade sem haver conhecimento da lei penal, não pode haver ignorância da injuricidade sem haver ignorância da lei penal.

P. NUVOLONE, *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, 1966, pág. 225 e segs., também repele a teoria normativa do dolo, pois a inclusão no dolo de qualquer “elemento de conhecimento dos valores jurídicos penais” negaria toda validade ao princípio do artigo 5.º do C. Penal. Nega, também, que, para evitar o obstáculo, do art. 5.º, se possa invocar uma “ilicitude que não se identifique plenamente com a injuricidade penal” R. PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale*, Vol. I, pág. 357, é categórico; referindo-se ao requisito normativo, diz: “Sotto il profilo del diritto positivo si osserva che, nel vigente Codice, questo elemento deve essere senz altro escluso, essendo in contrasto col disposto dell’art. 5 C. Penale, per il quale l’ignoranza della legge penale no scusa.” Do mesmo modo, R. A. FROSALI, *Sistema*, Vol. I, pág. 358, que considera a teoria normativa do dolo, “senza base dogmatica”, em face do caráter absoluto do princípio da irrelevância do erro de direito. MANZINI, *Trattato*, Vol. I, ed. 1950, pág. 652, sustenta o mesmo ponto de vista. Convém analisar com cuidado o que êle diz ao tratar da boa-fé (*Trattato*, Vol. I, pág. 735, 1961) para evitar a falsa impressão de que ali estaria aceitando o requisito da consciência da injuricidade. Afirma êle que a boa-fé é o oposto do conceito de dolo, porque êle é constituído”... “dalla previsione e dalla volontà, cioè dall’intenzione di cagionare un evento contrario al diritto”, enquanto que “per buona fede si deve intendere la ragionevole credenza di compiere un fatto

lecito". Note-se que o autor se refere à intenção de ocasionar um fato que é contrário ao direito, mas não se refere ao conhecimento da ilicitude do fato, distinção sutil mas fundamental para a correta solução do problema. Prosseguindo, diz MANZINI: "Il soggetto ha agito obbiettivamente in modo contrario al diritto penale, non solo senza la intenzione di violare la legge penale (il che non escluderebbe il dolo, come abbiamo veduto), ma altresì senza la coscienza di commettere un fatto illecito... La buona fede, pertanto, si risolve sempre in un errore di fatto, o in un errore di diritto non penale incidente sul fatto che costituisce il reato (art. 47 e 48). Tornou-se claro, portanto, que MANZINI tem em vista, ao tratar da boa-fé, o erro de fato, jamais o erro sobre a injuricidade. A análise que acabamos de fazer da opinião de MANZINI, nos leva a um aspecto importante da questão: a possibilidade de enxergar na relevância de um erro sobre circunstância de fato (como, por exemplo, na hipótese da legítima defesa putativa) um pseudo-argumento em favor da normatividade do dolo. Constantemente teremos que refutar essa confusão entre conhecer um fato de significação jurídica e conhecer a significação jurídica do fato.

Em sentido oposto, encontramos a opinião de G. MAGGIORE, *Diritto Penale*, Vol. I, pág. 439, ed. 1949: "In conseguenza deve ritenersi che il dolo è escluso dalla buona fede, cioè dalla convinzione di non agire illegalmente; dalla ignoranza del carattere delittuoso del fatto; dalla ragionevole opinione della legittimità del fatto volontariamente causato. A chi oppone come una specie di barriera insormontabile il principio "ignorantia legis non excusat" (art. 5.º), rispondiamo che altro è l'ignoranza (o l'errore) che cadono sulla norma oggettiva, altro è l'antigiuridicità materiale, che incide sul valore etico-giuridico dell'azione. L'errore su questa, ossia la "buona fede" e inconciliabile col dolo". Encontramos aqui, mais uma vez, a tradicional distinção – que vem de Mezger – com a qual se quer salvar a compatibilidade da irrelevância da ignorância ou má compreensão da lei penal com a teoria normativa do dolo; distinção cuja inoperância demonstraremos desenvolvendo argumento já assinalado. Em favor da teoria normativa do dolo também encontramos V. CAVALLO, *Diritto Penale*, Vol. II, pág. 289, que não parece ver o conflito com a irrelevância do erro de direito por ele longamente analisada, Vol. II, página 565 e segs.

V

Chegamos, agora, ao Direito Brasileiro. Já assinalamos a quase identidade de nossa legislação com a italiana, na matéria. Apesar dessa circunstância, nossa doutrina, contrariamente à italiana, é quase unânime em afirmar que nosso sistema acolheu a teoria normativa do dolo.

A não ser Costa e Silva, que se limita a afirmar, sem aprofundar a questão, que nosso Código está no rol dos que acolheram a teoria psicológica do dolo (C. Penal, pág. 107), e Basileu Garcia, cuja opinião teremos ocasião de invocar, várias vezes, em favor de nossa tese, nossos grandes penalistas sustentam, *de lege lata*, que a consciência da injuricidade é um dos requisitos do dolo.

Pode-se dizer que essa doutrina dominante é encabeçada por NELSON HUNGRIA, desde sua tão conhecida tese sobre *Legítima defesa putativa*, até os seus magistrais *Comentários ao C. Penal*. Na referida tese, começa o autor (págs. 17 e segs.) por assinalar que se tem considerado a teoria psicológica do dolo como corolário da máxima "ignorantia iuris criminalis non excusat" (o que sustentamos) e afirma:

“A inserção da consciência da injuricidade no conteúdo do dolo nada tem a ver com a inescusabilidade da ignorância da lei penal. Como já vimos, um indivíduo pode ter ciência de que tal ou qual ação é incriminada *in abstracto* pela lei e não ter, entretanto, ao realizá-la objetivamente, a consciência de se pôr em antítese com o escopo de utilidade social ou moral positiva, colimado pela norma penal, ou, por outras palavras, sem o *animus* de contrastar a reprovação ético-social que lastreia o *preceptum* penal”.

O argumento apresentado consiste, portanto, nos casos em que ocorreria a prática de um ato previsto como crime, com o conhecimento da lei penal, mas em que faltaria a “consciência da injuricidade” e, por isto, o ato não seria punido. Os exemplos a que se refere o autor – e que estão nas págs. 11 e 12 – são hipóteses como a do vizinho que, por gracejo, retira um objeto de nossa ante-sala; a do litógrafo que *demonstrandi causa* contrafaz uma cédula do tesouro etc., em que apesar de estarem reunidos os elementos da figura penal, sem que ocorra qualquer causa objetiva de exclusão da injuricidade, há imunidade que só se explicaria pela “carência de dolo, por isso mesmo que falta à parte *subjecti* a consciência da oposição ao dever jurídico, ou, mais concisamente, a consciência da injuricidade”.

O argumento, a nosso ver, não procede. Se aquele que subtrai uma coisa móvel, por gracejo, não é punido, não é porque êle – embora saiba que furtar é crime – no caso concreto tenha a crença de praticar um ato lícito, é porque êle pratica um ato lícito, é porque êle *não está furtando*; falta o dolo específico, a intenção de se assenhorar da coisa. O delito do art. 155 do Código Penal não integra, a figura proibida não se completa. Uma coisa é cometer um delito com a convicção de, no caso concreto, não estar violando o dever jurídico (falta exclusiva da consciência da injuricidade), outra é praticar um ato lícito por faltar, para que se caracterize a figura delituosa, um elemento subjetivo outro que simples consciência da injuricidade.

Prossegue o autor (pág. 23): “A consciência da injuricidade pode faltar não obstante o conhecimento específico da lei, do mesmo modo que pode ocorrer a despeito da ausência de tal conhecimento”. A afirmação contém duas partes: a primeira se refere aos exemplos analisados em que, na verdade, o que falta não é apenas o elemento normativo do dolo. A segunda parte nos leva ao argumento central em favor da conciliação dêsse elemento com o princípio *error iuris nocet*: pode ocorrer consciência da injuricidade sem que haja conhecimento da proibição legal. É usado por F. MARQUES, *Curso de Direito Penal*, Vol. II, pág. 202-203, ed. 1956, quando diz: “O que se exige, no dolo, não é a consciência de estar agindo em consonância com a infração descrita na lei, e, sim, o conhecimento de que o ato praticado é contrário ao direito”. É, também, o argumento de M. NORONHA, *Direito Penal*, Vol. I, pág. 169, ed. 1963; “Êste (o conhecimento da antijuridicidade do fato) não é conhecimento da lei. Se assim fôsse, somente os juristas e advogados poderiam cometer crimes. Para o ladrão saber que furtar é delito não necessita cientificar-se de que o fato está definido no art. 155 do Código Penal.”

Chegou o momento de refutarmos definitivamente essa distinção sempre invocada como argumento fundamental para conciliar a teoria normativa do dolo com a irrelevância do êrro de direito.

Sem dúvida, há uma diferença entre os dois conceitos; mas o que se deve perguntar é *que diferença*, exatamente, há? São conceitos diversos mas, apenas, em parte. Um é mais amplo que o outro, contém o outro, de tal sorte que se pode afirmar

o mais amplo (a consciência da injuricidade) sem, necessariamente, afirmar o mais restrito (o conhecimento da lei), mas *não se pode negar o primeiro sem negar o segundo*. M. NORONHA diz: “Para o ladrão saber que furtar é delito, não necessita cientificar-se de que o fato está definido no art. 155. do C. Penal”, é certo, mas a questão não é só essa, a rigor, a questão não é essa; o que é preciso saber é se o ladrão pode invocar que não sabia que furtar era um delito, sem invocar necessariamente que ignorava o art. 155 do C. Penal, e isto não pode.

A consciência da injuricidade não implica o conhecimento da proibição legal, mas a ignorância da injuricidade implica a ignorância da lei penal e, portanto, sempre que se pretender invocar a falta do dolo por falta dessa consciência, estar-se-á invocando, ao mesmo tempo, a ignorância da lei, e o dolo não poderá ser excluído em face do que dispõe o art. 16 do C. Penal. Não é por acaso que não se tem notícia de uma decisão judicial em que o réu tenha sido absolvido por faltar a consciência da injuricidade, embora estivessem reunidos todos os demais requisitos da punibilidade. No julgamento do *recurso extraordinário* n.º 58.639, publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, foi invocada a teoria normativa do dolo, para não conhecer do recurso da decisão que absolvera o recorrido; na hipótese, no entanto, o verdadeiro fundamento da absolvição era a legítima defesa de terceiro.

Tomemos um exemplo bastante verossímil de simples falta da consciência da injuricidade: é muito comum, em nossas praias, que as marés mais acentuadas, em certas épocas do ano, descubram objetos perdidos na areia, às vezes desde longa data. Há pessoas que ficam à procura de tais objetos – essa procura tem mesmo a denominação popular de “garimpar”. É concebível que algumas pessoas menos cultas tenham a convicção de que é lícito apropriar-se de objetos assim achados; talvez porque confundem a coisa extraviada com a coisa abandonada; talvez porque tenham uma falsa intuição de que se trata daquelas coisas “arrojadas às praias pelo mar, e que não apresentam sinal de domínio anterior”, em relação às quais se adquire a propriedade por ocupação (art. 593, IV do C. Civil), o certo é que algumas pessoas menos informadas talvez suponham ser lícito apropriar-se de tais objetos. Pois bem, poderá uma dessas pessoas invocar, válidamente, perante o Juiz, não ter agido dolosamente? Certamente não, pois estará, automaticamente, alegando que ignora o disposto no art. 169, parágrafo único, 11 do C. Penal, e o Juiz terá que aplicar o princípio do art. 16.

Por conseguinte, a tão invocada distinção entre consciência da injuricidade e ignorância da lei penal não opera, de modo nenhum, a conciliação pretendida. É o que BASILEU GARCIA assinala, quando diz: “Não se pode, perante o nosso Direito Positivo, pretender que, toda vez que o agente procede sem conhecer a antijuridicidade do fato (embora se ache a par da realidade das suas circunstâncias materiais), esteja isento de dolo e de pena. Em termos absolutos, a afirmativa levaria a conceder relevância ao erro de direito penal, porquanto não há hipótese mais incontestável de ausência de percepção da ilicitude de determinado fato do que o desconhecimento de estar ele previsto na lei repressiva...” (*Instituições*, Vol. I, pág. 252, ed. 1964).

Outro argumento invocado em favor da teoria normativa do dolo em nosso direito é a isenção de pena em virtude do erro sobre uma excludente da injuricidade, notadamente, a hipótese da legítima defesa putativa. NELSON HUNGRIA afirma: “Não há evitar-se esta imperiosa ilação: a impunibilidade da legítima defesa putativa com fundamento na ausência de dolo é inconciliável com o alheamento do dolo à significação ou qualidade da ação” (pág. 72-73). Depois de lembrar que o instituto

é rejeitado por aqueles que “concebem o dolo como uma noção neutra do ponto de vista ético-jurídico” (pág. 80), prossegue: “E se passarmos ao campo doutrinário oposto, em que se considera inseparável do dolo o *juízo de valor* da ação, de balde seria a pesquisa de uma opinião contrária à impunibilidade da legítima defesa putativa...”

Entendemos que esse argumento tampouco procede. O que ocorre em caso de legítima defesa putativa é um erro sobre uma circunstância de fato que a lei considera excludente da injuricidade. O que isenta de punibilidade o agente não é a crença na licitude de sua ação, é a crença numa circunstância do fato que a legitimaria. DELITALA, embora citado pelo autor em favor de sua tese (pág. 85), diz: ... “l’errore di diritto sulla antigiù ridicità dell’azione non vale, in nessun caso, ad escludere il dolo, mentre può valere ad escluderlo l’errore di fatto, quell’errore cioè, che si concreti nella falsa supposizione di una circostanza di fatto, che, se fosse sussistente, renderebbe lecita l’azione”. Não se pode distinguir, de maneira mais clara, o erro sobre injuricidade da “falsa suposição de uma circunstância de fato que, se ocorresse, tornaria legítima a ação”. A legítima defesa putativa é um exemplo clássico do segundo caso, não do primeiro. Observemos mais uma vez: a maioria dos argumentos invocados em favor da teoria normativa do dolo, em nosso direito positivo, se funda numa confusão entre erro sobre uma circunstância de fato valorada pela lei e erro sobre essa valoração, sobre esse juízo de valor que, como acentua NELSON HUNGRIA, constitui essência da teoria. A legítima defesa putativa é um caso de erro de fato. Isto é reconhecido por MEZGER, sem dúvida uma das maiores figuras da doutrina normativa do dolo, que trata da legítima defesa putativa no capítulo relativo ao conhecimento dos fatos necessários ao dolo (págs. 110-112 do Vol. II, da tradução espanhola de seu *Tratado*, já citada) e tem o cuidado de assinalar: “No es preciso exponer con más detalles que en este punto sólo se trata del error sobre los presupuestos *de hecho*, de los que se deduce la no exigibilidad (error sobre los hechos), no del error relativo a que determinados hechos fundamentan la no exigibilidad (error sobre la significación)” (pág. 112, nota 34). Ainda não chegamos ao elemento característico da teoria normativa do dolo, “el conocimiento de la significación necesario al dolo” (pág. 119), que compreende, como vimos, o conhecimento da significação dos elementos normativos do tipo e a famosa consciência da injuricidade (págs. 125 e segs.). Ao estudar a colocação do problema perante a teoria finalística da ação, vimos que H. WELZEL coloca a hipótese da legítima defesa putativa, justamente, entre aqueles casos de erro de proibição que são erros de fato.

Aliás, o autor reconhece que a legítima defesa putativa é um caso de “suposição da ocorrência de condições de fato que motivam a excepcional licitude da ação” (pág. 95). Na verdade, estamos no terreno do erro de fato – como reconheceu o nosso Código Penal, em seu art. 17 – e se o instituto é compatível com a teoria normativa do dolo, ele o é também com a teoria psicológica, pois não é preciso recorrer ao erro sobre a licitude da ação para explicar que a lei não puna quem comete um erro sobre um fato ao qual a lei atribui o poder de legitimar essa ação.

ODIN AMERICANO, *Da culpabilidade normativa*, nos *Estudos em homenagem a NELSON HUNGRIA*, pág. 328 e segs., apresenta em favor da teoria normativa o argumento de que, logo após definir o dolo e a culpa, antes de passar às excludentes da injuricidade, o Código dispõe sobre o erro de fato, a coação irresistível e a obediência hierárquica, como causas de exclusão da culpabilidade (pág. 343).

O argumento deve ser dividido: quanto à coação e à obediência devida, se elas excluem a culpabilidade é simplesmente porque excluem a plena liberdade do querer; o que está em jogo é o elemento vontade, do dolo e não o elemento representação.

Quanto ao erro de fato, parece-nos já ter ficado demonstrado que qualquer que seja a sua forma, o mesmo não constitui erro sobre a injuricidade.

BASILEU GARCIA, *op. cit.*, pág. 253, logo após o trecho que citamos acima, diz: “Em suma, nosso Código não diz que o agente não tem dolo quando lhe falta a noção de antijuricidade. Diz, sim, que não o tem quando, incidindo em erro plausível, pensa que o *fato* é um (protegido por uma causa de legitimação, sobre cuja influência não há dúvida, porque a lei penal é conhecida), mas, em verdade, o *fato* é outro. Só dentro desse quadro vale a arguição de que reputava lícita a conduta”.

Outro argumento apresentado por ODIN AMERICANO (página 344) é o da graduabilidade do dolo, que a teoria psicológica não explicaria. A nosso ver, a circunstância de variar a censurabilidade do dolo de acordo com sua natureza não significa que essa variação – de natureza e, conseqüentemente, de censurabilidade – se funde numa maior ou menor “consciência da injuricidade”. Se, por exemplo, o dolo direto é mais punido, não é porque o agente tenha mais consciência de praticar um ato reprovado nesse caso, é porque há uma diversa intensidade na relação psicológica com o resultado; é na medida em que o resultado é *mais querido*.

O ilustre jurista, depois de reconhecer que “o maior escolho que encontra a teoria normativa é a irrelevância do *error iuris*” (pág. 346), pretende transpor o obstáculo, afirmando: “Aliás, quem age em estado de erro de direito por ignorar a lei penal não pode escusar-se por infringir uma norma de dever, porque esta, ao ser reconhecida pelo Direito, já foi cristalizada na consciência do povo e só o anormal ou o desajustado pode ignorá-la”. Essa ponderação, que encerra um dos argumentos tradicionais em favor do princípio “*nemo censetur. . .*”, afasta o problema, mas não o resolve, pois equivale, tão-somente, a reconhecer que o homem normal, quando infringe a lei penal, não pode deixar de ter a intuição de que pratica um ato socialmente reprovado. O autor, entretanto, prossegue: “O reconhecimento da irrelevância do *error iuris* em nada afeta o normativismo, pois a norma de Direito é independente da norma de dever”. Voltamos à clássica distinção, já refutada.

Assim, toda vez que se quer conciliar o princípio do art. 16 do C. Penal com a teoria normativa do dolo, ou se invocam, indevidamente, hipóteses de erro de fato, ou se recorre à distinção entre consciência da injuricidade e conhecimento da lei penal, que existe, mas não é válida para o fim que se pretende.

Devemos, agora, proceder a uma elucidação a fim de afastar aquele risco, já apontado, de a discussão se alimentar de uma confusão de palavras. Poder-se-ia alegar que – se demonstramos nossa tese – é porque esvaziamos de tal maneira a noção de consciência de injuricidade que a reduzimos ao conhecimento da lei e, assim, o que afirmamos passou a ser um verdadeiro truísmo. A alegação não procede; a teoria normativa se caracteriza, sem dúvida, por *acrescentar* aos demais requisitos de representação e vontade sobre o conjunto fático uma representação sobre a valoração jurídica desse conjunto. É a distinção que BASILEU GARCIA faz, com muita propriedade, entre “querer um ato e este ato ser ilícito” e “querer a ilicitude do ato” (*op. cit.*, pág. 250).

Esta é a essência da teoria e, portanto, quem a deforma não somos nós que a tomamos no seu sentido exclusivo, mas quem a alarga, nela incluindo relações psicológicas do agente com circunstâncias de fato, como ocorre quando se quer explicar pela doutrina normativa a impunidade em caso de erro sobre uma excludente da injuricidade. A teoria normativa é um *mais* em relação à psicológica; pretende que,

além dos requisitos exigidos por esta última, se acrescenta outro: uma representação sobre o juízo de valor a que o fato está sujeito. Portanto, para demonstrar sua validade, é preciso fixar-se nesse acréscimo, que é sua “diferença específica”, e não nos demais elementos que são comuns a outras teorias.

Que a essência, não só da teoria normativa do dolo, mas de toda doutrina normativa da culpabilidade, está nesse *mais*, é bem evidenciado por CARLOS FONTÁN BALESTRA, quando diz, referindo-se à doutrina: “En efecto, mientras se dice que la culpabilidad *no es sólo* una relación psicológica, sino que *hay algo más*, que es el juicio de reproche que de esa situación se hace. . .” (*El elemento subjetivo del delito*, Buenos Aires, 1957, pág. 10). A teoria normativa do dolo é justamente a variante da doutrina normativa da culpabilidade em que esse “algo mais” é a consciência da injuricidade.

G. BETTIOL que, na Itália, é, sem dúvida, um dos mais expressivos seguidores da doutrina, não aceita a variante da teoria normativa do dolo. Vejamos em que termos e por que razões o jurista italiano assim pensa. Isto nos permitirá, mais uma vez, conferir em que consiste a essência da teoria, vendo-a através da crítica que lhe é feita pelo adepto de ponto de vista diverso. Diz êle: “La vera rivoluzione nel campo della nozione della colpevolezza si è avverata il giorno nel quale la dottrina si è accorta che la colpevolezza non è tanto una volontà referita ad un fatto che non si doveva cagionare, quanto una volontà che non ci doveva essere: essa non è tanto volontarietà dell’illecito, quanto volontà illecita”. (*Diritto Penale, Parte Generale*, 5.^a ed., pág. 307). Prossegue mostrando que a culpabilidade não é mais um dado psicológico-naturalístico, mas um juízo de valor, uma “vontade culpada”. Desde que o autor começa a precisar em que consiste essa censurabilidade da vontade, logo se pressente que o mesmo não se encaminha para a consciência da injuricidade, característica da teoria normativa do dolo, mas para outra modalidade da doutrina normativa da culpabilidade, pois o mesmo observa: “Non è che nella colpevolezza ci sia un elemento psicologico-naturalistico più un elemento normativo. . .” (pág. 308). A seguir, quando afirma que o juízo de reprovação, que é a verdadeira essência da culpabilidade, “supera a simples constatação de um nexó psicológico entre o sujeito e o evento”, torna-se claro que o jurista colocará esse juízo de reprovação *fora* de qualquer relação psicológica do agente com o fato e, portanto, não adotará o critério da consciência da injuricidade. Continua: “Per arrivare a questa constatazione (*de que a culpabilidade é vontade censurável*) se era creduto (e si crede tuttora) che fosse necessario richiedere alla nozione della colpevolezza la presenza di un elemento “normativo”; cioè la coscienza della anti giuridicità del fatto e della antidoverosità” (pág. 309), observa que esse elemento normativo não preenche as condições necessárias para elevar a culpabilidade de um plano naturalístico para um plano valorativo, pois se trata, ainda, de um dado psicológico subjetivo; ora, a culpabilidade é um juízo objetivo, o que conta não é tanto o que o agente pensa de seu ato, mas o que o Juiz pensa dessa ação. E termina: “Non è quindi decisivo ciò che l’agente si e rappresentato in merito alla qualificazione della sua azione, ma la qualificazione oggettiva della stessa”, acrescentando, o que é significativo para nossa tese: “Tanto è vero che la ignoranza della legge penale non serve di scusa all’agente (art. 5).”

A crítica do cunho especial que Bettiol imprime à doutrina normativa da culpabilidade não cabe nos limites deste trabalho. Lembraremos apenas o que já assinalamos ao estudar a opinião de R. Maurach e H. Welzel: através do juízo de reprovação, volta-se, queira-se ou não, ao terreno psicológico. Como se tem dito, não se pode retirar toda a culpabilidade da cabeça do agente para colocá-la na do juiz. O

que o Juiz pensa da ação depende do que o agente pensa dela. A não ser que se ponha de lado todo requisito subjetivo como “a consciência da injuricidade”, o “potencial conhecimento do injusto” ou outro, no fundo, equivalente. Mas, então, estaria sendo traído o escopo mesmo de toda doutrina normativa, que é o de levar o princípio *nullum crimen sine culpa* às suas últimas conseqüências, no sentido da humanização do direito penal. A teoria normativa, pela própria finalidade ética que a inspira, tem que se preocupar com o aspecto psicológico. Não devemos deixar-nos influenciar por fórmulas consagradas: pelo fato de a doutrina normativa ter surgido como uma reação contra a teoria chamada psicológica, isto não significa que ela também não dê relêvo ao processo psicológico; a diferença está em que ela não se contenta com uma parte desse processo: a representação e a vontade do resultado exige, também, a representação da ilicitude.

A opinião de Bettiol – e isto é que interessa diretamente à nossa tese – confirma que a teoria normativa do dolo é a variante da doutrina normativa da culpabilidade que se caracteriza por exigir, além do elemento psicológico relativo ao fato, outro elemento também psicológico relativo à sua reprobabilidade. Vimos que o autor rejeita este elemento, mencionando sua inconciliabilidade com o princípio da irrelevância do erro de direito.

Não houve, assim, de nossa parte, nenhuma deturpação do sentido da teoria normativa do dolo, quando demonstramos sua inconciliabilidade com o princípio em questão.

Aliás, os autores que sustentam ponto de vista contrário, não deixam de reconhecer: “A rigidez do Código não se coaduna muito bem com o moderno conceito de culpa normativa, nem, é, na atualidade, a orientação seguida pela doutrina penal”, F. MARQUES, *op. cit.*, pág. 244, comentando nosso art. 16: “Certamente a consciência da injuricidade, integrante do dolo, deveria ser excluída pelo erro de direito, quanto o é pelo erro de fato” N. HUNGRIA, *Comentários*, vol. I, pág. 387; “Se a consciência da ilicitude falta, não há dolo e sem dolo não existe crime. A nosso ver, a parêmia *error iuris nocet* choca-se com o conceito da culpabilidade normativa”, M. NORONHA, *Direito Penal*, vol. I, pág. 169, ed. 1963). Como se vê, nossos mais expressivos defensores da teoria normativa do dolo, que afirmam sua compatibilidade com o princípio *error iuris nocet*, em determinado momento deixam transparecer o que há de forçado nessa suposta conciliação. Essa posição, de certo modo falsa, adotada pela grande maioria de nossos juristas na matéria, os leva, muitas vezes, a serem contraditórios. Assim, ANÍBAL BRUNO, que ao tratar do dolo afirma que o mesmo “tem de conter em si a consciência do ilícito” (*Direito Penal*, Tomo II, pág. 451, ed. de 1956), ao tratar do erro de direito reconhece: “Quem inclui no dolo a consciência do ilícito, ou, como os finalistas, faz dessa consciência de agir de maneira contrária ao dever o núcleo da culpabilidade, entendida como reprovabilidade perante a ordem de Direito, tem conseqüentemente de admitir o erro quanto à antijuricidade do fato desde que essencial e escusável como penalmente relevante. Se falta ao agente a consciência da ilicitude, ou não existe dolo e, portanto, culpabilidade, ou, como para os finalistas, o dolo persiste, mas exclui-se a culpabilidade, e em todo caso o fato fica alheio à esfera da punição (págs. 494-495)”. Não se pode, de maneira mais clara e insistente, assinalar a inconciliabilidade que sustentamos.

Como explicar essa estranha posição da maioria de nossos mestres do direito penal? A nosso ver, por uma certa influência de considerações *de lege ferenda*, em matéria de direito positivo.

VI

É muito freqüente que o jurista, ao estudar um sistema como ele é, termine por vê-lo como desejaria que fôsse; essa confusão é aconselhável? Contribui para o progresso legislativo? Cremos que não.

O juiz, que julga um caso concreto, e cujo dever primordial é dar-lhe uma decisão justa, pode, quando eventualmente constata que a solução legal não corresponderia à que a própria consciência social impõe para aquêlo caso, dar à lei uma interpretação forçada. É assim que a jurisprudência trabalha em favor do aperfeiçoamento da lei. Com a doutrina ocorre o oposto; é mostrando as falhas do sistema e não procurando contorná-las que o jurista alerta o legislador.

No tema que nos ocupa, já o dissemos, não há como iludir-se querendo fazer concessões incompatíveis aos dois princípios antagônicos que se exprimem respectivamente pela consciência da injuricidade e pelo axioma *nemo censetur...* Reconheçamos, lealmente, que o que se dá a um tem que se tirar do outro. Coloquemos a pergunta como deve ser colocada, *de lege ferenda*: devemos renunciar ao princípio do art. 16 do C. Penal *para* consagrar a doutrina normativa da culpabilidade, ou não? Cremos que sim.

Todos os argumentos já expostos em favor da teoria normativa do dolo, *de lege ferenda*, são, a nosso ver, dos mais convincentes. Repugna a qualquer consciência jurídica evoluída admitir, ainda que isto ocorra de maneira excepcional, que se puna alguém que agiu de boa-fé, no sentido de ignorar que praticava um ato reprovável.

Quanto aos argumentos tradicionalmente invocados em favor do princípio consagrado pelo art. 16 do C. Penal, o mais sólido dêles demonstra, paradoxalmente, a própria inutilidade do princípio. Alega-se que um fato não é crime porque a lei penal assim o considera mas, inversamente, que um fato passa a ser, objeto da lei penal porque a consciência social já o reprovava, já o considera “um crime”. Nada mais certo: o direito penal é o mínimo do mínimo ético exigível e, a não ser em casos de verdadeira “patologia legislativa”, para usar, ampliando seu alcance, a expressão de A. ROCCO, mencionada por N. HUNGRIA na sua tese *A legítima defesa putativa*: para êle só vão as normas já socialmente aceitas. Apenas, portanto, em casos muito excepcionais, poderá um homem normal – que não seja um *inimputável* – realmente ser surpreendido por uma norma penal, praticando um ato de cuja ilicitude não desconfia e que, na verdade, é um delito.

Essa constatação, longe de prestigiar o nosso art. 16, mostra sua inutilidade prática; êle serve apenas para, nesses casos que por serem excepcionais não constituem nenhuma ameaça para a sociedade, forçar o Juiz, a pretexto de política criminal, a decidir injustamente.

Por outro lado, a consideração de que tudo que é penalmente punido já é socialmente reprovado, mostra também que o requisito da consciência da injuricidade normalmente sempre se configurará e, portanto, que uma referência expressa da lei não tem grande importância prática.

Assim, não haveria nenhum inconveniente sério sob o aspecto da segurança, embora não houvesse, por outro lado, grande importância sob o da justiça, em consagrar a teoria normativa do dolo e, *coerentemente*, em abolir o princípio *error iuris nocet*, acolhendo um dispositivo semelhante ao das legislações modernas citadas no início dêste trabalho. Seria um progresso.

Há, no entanto, um outro problema paralelo a ser resolvido, êste sim, muito mais vivo, com o qual o juiz freqüentemente se depara, que é o da desproporção da pena à culpa, num caso concreto. Como pondera Odín Americano, no trabalho que analisamos, a culpa não deve ser tão-sòmente o fundamento da pena, deve ser, também, a sua *medida*. Ora, por mais que o legislador seja previdente, não pode evitar que, em determinados casos, a pena se desajuste para mais ou para menos da culpa. Exemplo da primeira hipótese seria o de uma pessoa analfabeta que registra como seu um filho alheio, tão-sòmente para ampará-lo. Essa pessoa, muito provavelmente, tem a intuição de que está agindo erradamente, mas não pode imaginar que comete um crime mais grave, para a lei, que um furto. Os casos de desajustamento da pena em relação à culpa são freqüentes nos delitos qualificados pelo resultado, essa figura penal por natureza tormentosa. Um indivíduo agride outro de modo cruento, insistente, mas lhe causa uma lesão corporal simples; está sujeito a uma pena leve, de detenção. Outro dá um simples empurrão na vítima, que sofre em consequência uma lesão grave; está sujeito a uma pena de reclusão.

Aqui, como se vê desde logo, o problema se prende a outro, muito mais profundo: o antagonismo que pode surgir entre o pressuposto subjetivo e o pressuposto objetivo de tãda ação criminosa.

O Direito Penal pune pelo que se faz e pelo que se quer; mas, às vèzes, quer-se menos do que se faz, outras, quer-se mais; nesses casos, qual o elemento que deve prevalecer? Como evitar, por um lado, a monstruosidade de uma responsabilidade penal objetiva e, por outro, os perigosos meandros de uma pesquisa das *intenções*?

Por conseguinte, há diversas hipóteses, seja por uma excessiva rigidez na cominação da pena (como no exemplo da falsidade), seja por uma disparidade, no caso concreto, entre o resultado, por um lado, e, por outro, o elemento subjetivo e a própria ação (como nos exemplos de delitos qualificados pelo resultado), seja por um outro fundamento qualquer, em que não bastam os recursos do art. 42 do C. Penal, para que o juiz possa através da simples *dosagem* da pena – dentro dos limites intransponíveis fixados *in abstracto* – ajustá-la à culpa.

Caberia encontrar, para que lhe fòsse permitido realizar esse ideal de adequação, soluções, possivelmente diversas, já que são diversas as origens do problema; tãdas elas, no entanto, devem consistir, a nosso ver, essencialmente, em confiar-se mais ao prudente arbítrio do juiz, o que não se deve temer como se ainda estivéssemos na época de Beccaria.

O princípio de que não há pena sem culpa deve ter como corolário o de que não há pena que – no caso concreto – não seja *proporcional* à culpa.

**Publicado originalmente na Revista nº 6 set./dez. 1968, p. 66.*

EDUCAÇÃO DOMICILIAR CONSTITUI CRIME?

DAMÁSIO DE JESUS

“A sociedade do futuro é aquela em que vamos aprender a qualquer hora, em qualquer lugar e com qualquer pessoa” (DIMENSTEIN, Gilberto. Convergências para o futuro. Folha de S. Paulo, São Paulo, 14 mar. 2010. C8).

OCTÁVIO STUCCHI, meu Professor de Processo Civil na faculdade, ensinou-me a não dar palpite sem conhecer os autos, especialmente nos litígios em andamento. Às vezes, entretanto, não posso me calar e abro exceção à lição do mestre.

A *Folha de S. Paulo*, na edição de 6 de março, C1, publicou a notícia de que, numa comarca do interior de Minas Gerais, um casal foi condenado, no cível e no juízo penal, por educar dois filhos adolescentes em casa. Eles são adeptos da prática *homeschooling*, muito conhecida na Europa e nos Estados Unidos, denominada “ensino domiciliar”, na qual os pais ministram aos filhos instrução na própria residência.

No processo penal, a condenação lhes aplicou pena de multa por crime de abandono intelectual, que tem a seguinte definição:

“Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar” (art. 246 do CP).

A ação penal não é nova, vindo de acusação de 2006. Em 2008, o Magistrado determinou a realização de uma prova de conhecimentos gerais aos menores, elaborada pela Secretaria Estadual de Educação. Eles, hoje com 15 e 16 anos, obtiveram notas 65 e 68, superior a 60, mínimo para a aprovação oficial.

Considero não haver crime de abandono intelectual. O fato é atípico, consignando que minha opinião limita-se ao campo estritamente penal.

Observo que o tema não é pacífico, entendendo-se, em sentido contrário ao meu, que a educação domiciliar é ilegal, prejudicando a vivência social dos menores pela ausência do ensino escolar. Quanto a essa fundamentação, de relance, cumpre anotar que, nos dias atuais, o ambiente escolar, dentro e fora dos estabelecimentos de ensino público e particular, salvo exceções, permite aos pais a indicação de novo exemplo do elemento normativo do tipo incriminador, quando faz referência a só existir crime quando a omissão ocorre “sem justa causa”.

Acredito que a condenação criminal resultou da aplicação da vencida teoria da ilicitude formal, interpretando como “escolar” a superada elementar “instrução” do art. 246 do CP.

O crime, formalmente, é conceituado, do ponto de vista da lei, como um fato típico e ilícito. Materialmente, considera-se delito o fato que ofende um bem jurídico. Projetadas essas noções à antijuridicidade, tem-se a formal na simples contradição entre o fato e a norma de proibição, enquanto a material só ocorre quando há ofensa a um bem jurídico. Dessa maneira, a ilicitude formal nada mais é do que a tipicidade, qualidade que possui o fato de amoldar-se a um tipo incriminador. A consequência está em desprezar-se a antijuridicidade formal, já expressa na tipicidade. Assim, a ilicitude, segundo elemento do crime, é sempre material, não bastando a denominada formal.

* Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo.

Como ensinava JOSÉ FREDERICO MARQUES, a adequação típica mostra-se vazia quando meramente formal, isto é, quando se pretende expressar a ilicitude de uma conduta em face da singela contradição com o mandamento proibitivo, omitindo-se a sua valoração diante do bem que se intenta proteger.

No caso, repito, a acusação baseou-se na contradição entre o mandamento proibitivo (“não deixarás de prover à instrução de filho em idade escolar”), qualificada a elementar “instrução”, expressão, como dito, pouco usada na literatura especializada, como “escolar”, e o fato concreto, no qual ela não foi “escolar” e sim “domiciliar”. Esqueceu-se, porém, como ensina a teoria da imputação objetiva, de que a interpretação das normas penais incriminadoras começa pela pesquisa da tutela do bem jurídico constitucional, o qual, na questão, não foi lesado. E, sem lesividade, inexistiu fato típico.

A Carta Magna, após qualificar a educação como direito social (art. 6.^o), impõe aos pais o dever de “educar” os filhos (art. 229). Não dispõe sobre a obrigação de educá-los em “escola” (pública ou particular). A Lei de Diretrizes e Bases, porém, uma das fontes da legislação ordinária sobre o assunto, não determina o dever de “educação” em sentido amplo (Lei n. 9.394/96). Restringe-se a disciplinar a “educação escolar” (art. 1.^o, §§ 1.^o e 2.^o), prevendo a matrícula obrigatória no “ensino fundamental” (art. 6.^o). E o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei n. 8.069/90), em seu art. 55, obriga os pais a matricularem seus filhos na “rede regular de ensino”, cominando multa civil no caso de descumprimento (art. 249). O Plano Nacional de Educação menciona a palavra “escola” dezenas de vezes (Lei n. 10.172, de 9 de janeiro de 2001).

Nota-se, pois, que, enquanto a Constituição Federal (CF) dispõe sobre “educação”, abrangendo a escolar e a domiciliar, a legislação ordinária regulamenta somente a “escolar” (pública ou privada). E mais: obriga os pais a matricular seus filhos em “escola”. Sob esse aspecto, significa: para a legislação ordinária brasileira, a educação domiciliar é ilícita. De ver-se que, como a interpretação das leis deve atender ao princípio da conformidade à CF, conclui-se que a lei ordinária, restritiva, não pode imperar sobre a superior, tacitamente extensiva. É simples: se a Carta Maior impõe o dever de educação dos filhos, não se atendo, implicitamente, à escolar, não pode ser legal norma que considera criminoso o pai que provê o filho de educação domiciliar.

O Direito Penal, por meio de prescrições legais, tem por finalidade a defesa de interesses jurídicos, isto é, todos os que se destinam à satisfação de uma necessidade humana e são reconhecidos pelo Direito como necessários à convivência social pacífica ou, nas palavras de CLAUS ROXIN, “todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade”¹.

Para que se torne legítima a previsão de normas penais na defesa de determinado bem, é preciso que ele seja de elevada importância (princípio da fragmentariedade) e, além disso, que inexistam outros mecanismos de controle formais capazes de propiciar soluções menos lesivas à sociedade ou aos indivíduos (princípio da subsidiariedade). A aplicação das leis penais de incriminação só é recomendada como último recurso.

A família, sem dúvida, destaca-se como um dos bens jurídicos que, a par da extensiva regulação que se lhes dão as normas extrapenais da CF, do Código Civil (CC), do ECA, da Lei de Diretrizes e Bases etc., necessita, às vezes, da presença do Direito Penal para lhes atribuir a devida proteção. MAGALHÃES NORONHA já dizia, em 1961:

¹ *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife. Renovar, 2006. p. 35.

“É quase supérfluo insistir sobre a necessidade da proteção familiar, pois justificar esta é a mesma coisa que justificar a tutela à sociedade, já que é de todos sabido, constituindo lugar comum, que a família é a base desta.”²

A advertência é válida para os dias de hoje, confirmada pela CF de 1988 ao declarar de modo eloquente: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (art. 226, *caput*).

Dos diversos deveres inerentes à família, o de educação, que assiste aos pais em relação aos filhos menores, merece especial destaque, não tendo sido esquecido pela nossa Lei Maior, como ficou consignado: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, [...]” (art. 229). Sobre o mesmo tema, a Carta Magna, em seu art. 205, determina: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. A Lei de Diretrizes e Bases, por sua vez, apresenta a mesma redação (art. 2.º).

O CC, em relação aos filhos, prevê competir aos pais “dirigir-lhes a criação e a educação”. E o art. 22 do ECA impõe aos pais o dever de “propiciarem o sustento, a guarda e a educação dos filhos menores” (Lei n. 8.069/90).

A obrigação de educação pode ser cumprida de dois modos: matriculando o filho em escola, isto é, garantindo-lhe o ensino formal (intelectual, acadêmico) ou ministrando-a no lar (instrução informal). Entende-se como tal aquela fornecida fora dos quadros do ensino escolar, ministrada por um sistema sequencial e progressivo, com duração variável, permitindo o pleno desenvolvimento da pessoa.

Se a CF impõe aos pais o dever de “educação” e, se ela pode ser escolar e domiciliar, admitindo as duas, esta última não pode ser considerada ilegal. O art. 246 do CP, portanto, não tipifica o fato do pai que deixa de matricular o filho na escola, mas sim o que não lhe providencia o devido ensino, seja formal ou domiciliar. Por isso, este não pode ser considerado delito de abandono intelectual. Falta-lhe tipicidade, sem necessidade de socorrer-se da eventual análise da elementar “sem justa causa” (elemento normativo do tipo).

Não desconheço a existência do Projeto de Lei n. 3.518, de 5 de junho de 2008, de autoria dos Deputados Federais Henrique Afonso e Miguel Martini, tramitando no Congresso Nacional. Acrescentando um parágrafo único ao art. 81 da Lei de Diretrizes e Bases (Lei n. 9.394/96), pretende disciplinar o ensino domiciliar.

Em suma, a atitude dos pais que dão aos filhos menores ensino no âmbito familiar, sem os matricular em escola pública ou particular, cumpre o dever constitucional de educá-los, de modo a, por isso, não se lhes poder atribuir prática delituosa. Genericamente, no sentido de inexistir crime na hipótese, é a lição de PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, MIRABETE, FERNANDO CAPEZ e CEZAR ROBERTO BITENCOURT. Da mesma forma, como exposto, estou sinceramente convencido de que o fato questionado é atípico.

19 de Março de 2010.

**Publicado originalmente na Revista nº 41 jul./set. 2011, p. 29.*

2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1961. V. 3, p. 394.

O QUE É A “TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA”?

FERNANDO CAPEZ*

Surgiu para conter os excessos da teoria da *conditio sine qua non* no estabelecimento donexo causal. O seu desenvolvimento pode ser atribuído originariamente aos estudos de KARL LARENZ (1927) e RICHARD HONIG (1930), os quais partiram da premissa de que a equivalência dos antecedentes era muito rigorosa no estabelecimento do nexocausal, na medida em que se contentava com a mera relação física de causa e efeito, o que acabava por criar uma cadeia de causalidade tamanha, que acabava por levar, consoante expressão de Träger, ao chamado *regressus ad infinitum*.

Sob a ótica da aludida teoria, o nexocausal não pode ser concebido, exclusivamente, de acordo com a relação de causa e efeito, pois o Direito Penal não pode ser regido por uma lei da física. Assim, além do **elo naturalístico de causa e efeito**, são necessários os seguintes requisitos: **criação de um risco proibido** (ex.: uma mulher leva o marido para jantar, na esperança de que ele engasgue e morra, o que acaba acontecendo. Não existe nexocausal, pois convidar alguém para jantar, por piores que sejam as intenções, é uma conduta absolutamente normal, permitida, lícita. Ninguém pode matar outrem mediante convite para jantar. Isto não é meio executório, por se tratar de um comportamento social padronizado, o qual cria um risco permitido... e riscos permitidos não podem ocasionar resultados proibidos); **que o resultado esteja na mesma linha de desdobramento causal da conduta, ou seja, dentro do seu âmbito de risco** (ex.: um traficante vende droga para um usuário, o qual, por imprudência, em uma verdadeira auto exposição a risco, toma uma overdose e morre. A morte por uso imoderado da substância não pode ser causalmente imputada ao seu vendedor, por se tratar de uma ação a próprio risco, fora do âmbito normal de perigo provocado pela ação do traficante. Por esse raciocínio, ao contrário do que estatui a *conditio sine qua non*, não existiria nexocausal em nenhuma das causas relativamente independentes); **que o agente atue fora do sentido de proteção da norma** (quem atira contra o braço de um sujeito, prestes a se suicidar com um tiro, não pode ser considerado causador de uma ofensa à integridade corporal do suicida, pois quem age para proteger tal integridade, impedindo a morte, não pode, ao mesmo tempo, e contraditoriamente, ser considerado causador desta ofensa).

Com a imputação objetiva, toda vez que o agente realizar um comportamento socialmente padronizado, normal, socialmente adequado e esperado, desempenhando normalmente seu papel social, estará gerando um risco permitido, não podendo ser considerado causador de nenhum resultado proibido.

Note-se que o Superior Tribunal de Justiça, em um julgado, admitiu a sua incidência no direito penal pátrio, de modo a afastar a tipicidade do fato, pois ainda que fosse reconhecido o nexocausal entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, “à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não ocorrente na hipótese” (STJ, 5ª Turma, HC 46525/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 245).

**Publicado originalmente na Revista nº 37 jul./set. 2010, p. 89.*

* Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo e Professor honorário da Universidade Presbiteriana Mackenzie

FALSIDADE INÓCUA. O PROBLEMA DO PREJUÍZO

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO*

1. O Código Penal, no art. 297, pune aquele que falsifica, no todo ou em parte, documento público ou altera documento público verdadeiro. E o faz, ante a necessidade imperiosa de proteger e tutelar a fé pública. Mas, que se entende por documento? Segundo *Binding*, documento é um escrito por meio do qual o autor garante a verdade de um fato nele contido, isto é, do fato juridicamente relevante atestado (Lehrbuch, II, p. 188). Se elaborado por funcionário público “*ratione officii, ratione loci e ratione materiae*”, o documento se diz público. Do contrário, privado. Tanto um quanto o outro precisa ser verdadeiro. Paulo afirmava: “*Quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveratur*” (falsidade é o que não é verdadeiro, mas se afirma como verdade).

2. Para a configuração do falso documental, não basta a *mutatio veritatis ou imitatio veri*. É preciso haja a possibilidade de um *praejudicium alterius*. Não havendo prejuízo, nem possibilidade de prejuízo, não há que se falar em falso documental. E, sem prejuízo, ou possibilidade de prejuízo, a falsidade é inofensiva, inócua, não podendo ser erigida à categoria de crime. A propósito *Maggiore*,

“Sin dano real o posible peligro, no hay antijuridicidad, no hay delito, no hay falsedad. Si falta un dano a lo menos potencial – aptitud para producir un perjuicio – habrá una intención mala, pero no falsedad consumada o tentada. Por esto no es delito la falsedad llamada inutil o inocua” (cf. Giuseppe Maggiore, *Derecho Penal*, trad. J.J. Ortega Torres, Ed. Themis, Bogotá, 1955, vol. III, p. 562).

Assim também Cuello Callon:

“Si el documento falsificado carece de capacidad para producir efectos jurídicos, no constituye falsedad documental punible” (cf. Eugenio Cuello Callon, *Derecho Penal*, tomo II, p. 225, 7ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1952).

3. Aliás, os Práticos já afirmavam:

“Falsitas... quod nemici nocet non est punibile sed solum deum habet ultorem”. “*Falsitas quae nemici nocet non punitur...*”

“Falsum punitur licet nemini damnum inferat, sufficit enim quod damnum inferre”. (cf. Marsiliis, *Consilia*, cons. 70, nº 7, p. 539 (apud G. Battaglini, *Falsità innocua o irrelevante in testamento pubblico*, “*Riv. Penale*,” 1940, p. 218).

* Promotor de Justiça aposentado e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Araraquara/ SP.

Carpzovic definia o falso documental como “*dolosa veritatis immutatio in alterius praejudicium facta*” (cf. *Practica, pars secunda*, XCIII, nº 5, apud Alessandro Malinverni, *Sulla Teoria del falso documentale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 158).

Mais tarde, a idéia se generalizou a tal ponto de um Carmignani afirmar que o crime de falso “*richiede esplicitamente il requisito del “danno altrui”*” (cf. *Elementi*, apud A. Malinverni, cit. p., 178).

4. Na França, Dalloz exigia, para a configuração do falso, “*um prejuízo real ou possível, como consequência da dolosa supressão ou alteração da verdade*” (cf. *Repertoire*, 490). Na Alemanha, Kleinschrod afirmava que “*para a configuração do falso era necessária a produção de um dano.*” (cf. *Uber den Begriff*, II, p. 135, apud Saltelli - “*L’invalidità del documento e il falso documentale*”, in *Annali*, 1938, p. 625).

Para o Código belga, não há que se falar em falso, se o dano não é possível (cf. Nylpes-Servais, *Le Code Pénale*, art. 193, nº 13). O Código holandês faz da possibilidade do dano uma característica essencial do falso (cf. *Noyon Het Wetboek*, parte II, art. 255, nº, *ibidem*).

A doutrina francesa e a anglo-saxônica reconhecem, como característica essencial do falso, a possibilidade de dano. Daí a definição de Blackstone: “*Fraudulenta formação ou alteração de um escrito em prejuízo do direito alheio*” (cf. *Comment. v. IV*, § 247, apud Donnedieu de Vabres, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, 1943, p. 219).

5. Falando por todos os Práticos, dizia Farinacius: “*falsitas est veritatis dolose immutatio et in alterius praejudicium facta*”. Por isto, “*La Cour de Cassation - professam Chaveau et Hélie, la traduit heureusement cette définition dans un arrêt: l’alteration de la vérité criminelle qui a porté ou pu porter préjudice a des tiers*”. E, em outro, “*a déclaré avec plus de précision encore que les trois éléments du faux sont l’alteration de la vérité, l’intention de nuire et le préjudice possible résultant de l’exécution de l’écriture falsifiée...*” (*Théorie de Code Pénal*, tome deuxième, Paris, Marchal et Brillar Éditeurs, 1872, p. 330).

E mais incisivamente adiantavam:

“*Si l’acte même frauduleusement alteré ne peut produire aucun effet, l’alteration n’est plus que l’expression d’une pensée criminelle, mais impuissant à produire le crime qu’elle a medité...*” (cf. *ob. cit.*, p. 367).

No mesmo sentido, a lição de Alessandro Malinverni (cf. *Sulla Teoria del Falso Documentale* - Milano-Giuffrè, 1955, pp. 237 e seguintes), que, inclusive, chama a atenção para o fato de que na 8ª Conferência Internacional para a unificação do direito penal, realizada em Bruxelas, em 1947, adotou-se a definição de falso documental como “*l’alterazione della verità, commessa con coscienza di nuocere, in uno scritto destinato o idoneo a servire alla prova di un diritto o di un fatto avente effetti giuridici*” (cf. *ob. cit.*, p. 245).

6. Hungria, glória das nossas letras jurídicas, deixou-nos este ensinamento:

“*Como espécie de falsum, o documental não existe sem a possibilidade pelo menos de um praejudicium alterius*” (cf. *Comentários*, v. IX, 1958, p. 253).

Assim também *Fragoso*:

“Não há falso punível sem a potencialidade do prejuízo para outrem. Desde os praxistas foi fixado o princípio segundo o qual *falsitas non punitur quae non solum non nocuit, sed, nece era apta nocere*. Declara-se, assim, a impunibilidade do falso inócuo e sem conseqüências” (cf. *Lições de Direito Penal*, vol. 4º, Ed. J. Bushatsky, 1959, p. 820, nº 897).

Celso Delmanto lembra com justa razão:

“É imprescindível que a falsidade seja capaz de causar prejuízo para outrem, pois o falso inócuo não configura crime” (cf. *C.P. Anotado*, 1983, p. 364).

No mesmo sentido, *Damásio*:

“...É necessária, pois, sua potencialidade lesiva. Não é delito a falsificação que, por não ser potencialmente lesiva, ressente-se da capacidade de causar dano. O delito não exige a produção de dano efetivo. Entretanto, requer a possibilidade de sua produção. Nesse sentido: RT. 519/320 e 522/359; RJTJSP 62/374 (cf. *C. Penal Anotado*, Saraiva, 1991, p. 735).

Do mesmo entender, *Vicente Sabino Jr*: “O dolo consiste em fazer valer como verdadeiro um documento falso, com prejuízo para outrem” (cf. *Direito Penal*, 4º vol., p. 168, Ed. Sugestões Literárias, 1ª ed.).

7. A jurisprudência dos nossos Tribunais segue, com pequenas e sutis variações, a doutrina.

“O dolo da falsidade jamais está *in re ipsa*, muito menos no ato de falsificar. Ao contrário, deve ser sempre provado, e não se prova a falsidade se não se demonstrar que o agente, além de reconhecer e querer a imitação da verdade, quis e previu o dano real ou possível” (cf. RT 411/72).

“A só falsificação, ainda que potencialmente lesiva, não é senão um ato preparatório, pois que o uso é condição da punibilidade do fato. O dano ou prejuízo, potencial embora, somente surge com o uso do documento falsificado. Só o uso do documento é *que faz aparecer materialmente o prejuízo*” (cf. RT. 452/363).

“Para que se configure a falsidade, não basta a *mutatio veri*, é também necessária a *imitatio veri*. Sem esta, ou seja, sem a potencialidade de engano, inexistente praticamente a ofensa à fé pública ou possibilidade de dano, elemento condicionante do crime” (cf. RT 479/309).

“A falsidade que não causa prejuízo, nem é apta a causá-lo, falta a relevância necessária para caracterizar o crime do art. 297, § 2º do CP” (cf. RT 525/349). No mesmo sentido, RTJ 54/342, 55/287, 101/311, RT 518/347, 539/284, 558/422, 579/309, 582/317, 583/351, 584/345, 469/294).

8. *Sylvio do Amaral*, na mais completa monografia nacional sobre a falsidade documental, professa:

“Ainda quando não expressamente mencionado pela lei (como ocorre no nosso Direito), o dano, real ou potencial, é uniformemente considerado pela doutrina, nacional e estrangeira, de todos os tempos, como requisito essencial à configuração do crime de falsidade documental...” (cf. *Falsidade Documental*, Saraiva, 2ª ed., p. 77).

“...Os tratadistas são unânimes no exigir o prejuízo, real ou potencial, para a punibilidade do ato, entendendo que o Direito Penal não deve ocupar-se dos casos em que o falso, por causa da inépcia do autor, ou em virtude de condições jurídicas que rodeiam os fatos envolvidos, é evidentemente incapaz de produzir qualquer prejuízo...” (cf. *ibidem*, p. 78).

Pontofinalizando:

“o malefício que não cria, não modifica, não perturba, nem extingue direito algum, não afeta a fé pública, no conceito da lei, ainda que realmente viole a crença de toda uma coletividade em torno de um determinado documento. Mesmo no direito anglo- americano, substancialmente diverso do nosso em tantos temas fundamentais, vige o princípio acolhido pelos sistemas de que deriva a lei brasileira, da indiferença do Estado perante a alteração dolosa da verdade que não produz conseqüências estimáveis. Conforme doutrina Justin Miller, “...*To be forgery the alterations must be material (substanciais, relevantes) for otherwise they can not be prejudicial...*” (p. 151).

Não é outro o ensinamento de Soler:

“*En el caso de falsedad material en documento publico, la inexistencia de posibilidad de un perjuicio que recaiga sobre otro bien juridico actuará como una verdadera condición dirimente de la falsedad, en principio, existente*” (Sebastian Soler, *Derecho Penal Argentino, segunda reimpressão*, tomo V, p. 401, Buenos Aires, 1953).

9. Assim, sempre que houver uma falsidade da qual não advenha prejuízo, ou mesmo possibilidade de prejuízo, ela será sempre inócua, um indiferente penal.

**Publicado originalmente na Revista nº 1 jan./jun. 1995, p. 49.*

A LUTA CONTRA O CRIME**

GIORGIO DEL VECCHIO*

As doenças, a miséria e a criminalidade são flagelos que sempre perturbaram e perturbam, ainda, a vida do gênero humano. Os progressos da ciência e da civilização têm trazido algum remédio aos dois primeiros flagelos, mas sem conseguir eliminá-los. Dêsse modo, a medicina e a higiene modernas têm podido vencer a batalha contra algumas moléstias e prolongar a duração média da vida humana, enquanto é lícito esperar que os estudos que os cientistas continuam, em todos os países civilizados, possam alcançar futuros êxitos. Também na luta contra a miséria, algum sucesso, embora parcial, tem sido obtido. O padrão de vida das classes populares tem sido elevado, em muitos países, e têm sido organizados socorros em favor de alguns povos, se bem que ainda não na medida adequada às grandes necessidades.

Nenhum progresso substancial tem-se, no entanto, verificado na luta contra o terceiro flagelo, a criminalidade. O crime, em suas diversas formas, impera, ainda, em tôdas as Nações, não excluídas aquelas que conseguiram atingir um maior grau de civilização. Se certas espécies de delinquência têm diminuído, outras, em contrapartida, têm aumentado. Se é verdade que tôdas as modernas invenções têm trazido progresso às artes e às indústrias, do mesmo modo, criaram, também, novas formas de delinquência. Em vão, têm-se estabelecido novas sanções; em vão, têm-se multiplicado e aperfeiçoado as prisões. Até a ameaça de pena de morte, onde essa ainda vigora, não serve para deter o homicídio. E a experiência demonstra que tôdas as outras cominações se revelam, na realidade, ineficazes.

O problema tem de ser, pois, considerado, em tôda a sua gravidade. Os teóricos continuam a disputar, entre si, sôbre os escopos da pena: retribuição, expiação, intimidação, defesa da sociedade? A divergência é numerosa; freqüentemente, se atribuem à pena diversas finalidades, a um só tempo, mas os fatos provam que nenhuma dessas é, realmente, alcançada.

O conceito mais difundido é que o fundamento da pena é a retribuição do mal com o mal (*malum passionis propter malum actionis*)¹. Graves objeções podem ser opostas contra êste conceito, se bem que, à primeira vista, apareça como sendo um indiscutível axioma. A moral nos impõe fazer o bem, sempre e com todos; se alguém faz o mal, isto não é motivo para que se lhe deva fazer o mesmo. Com razão, escreve S. Tomás de Aquino: *Non enim debet homo in allium peccare propter hoc quod ille peccavit prius in ipsum* (Summa Theol., 2^a. qae, quaest 108, art. 1)². Nem um presumível interesse público nos autoriza a violar o preceito universal da caridade; pois que tal interesse pode e deve ser tutelado de outro modo, sem o infame propósito de fazer sofrer.

O bárbaro sistema do talião, na sua mais cruel expressão, já foi abandonado por todos os povos civilizados. Mas remanesce, ainda, em vigor, um conceito substancialmente análogo, pelo qual se entende lícito infligir-se dor ao autor do fato

* Professor emérito da Universidade de Roma.

** Tradução do original italiano "La lotta contra il delitto", edição 1965, por SYLVIO TITO CARVALHO COELHO.

1 "o mal da paixão, por causa do mal da ação" (N.T.)

2 "Não deve, pois, o homem pecar contra outrem, porque, êste pecara, primeiro, contra si" (N. T.)

delituoso, não para obter um ressarcimento (que, na realidade, com isto não se obtém, de nenhum modo), mas porque o sofrimento de outrem dará uma certa satisfação; argumento que, em verdade, repugna a toda consciência reta.

A pretendida justiça absoluta da retribuição do mal com o mal (sustentada por Kant e por numerosos outros autores) é, em verdade, vão sofisma. Se remontarmos às puras fontes dos grandes moralistas cristãos, acharemos explícitas afirmações do princípio oposto, a saber: que o mal deve reparar-se, somente, com o bem. Nesse sentido, lemos em S. Paulo: "*Noli vinci a malo, sed vince in bono malum*" (Rom., XII, 21)³; igualmente, em S. Pedro: "*Non reddentes malum pro malo, nec maledictum pro maledicto, sed e contrario benedictentes*" (Epist. I, III)⁴.

Segundo a Teologia, a última justiça, a suprema condenação como o supremo prêmio, pertencem a Deus e não ao homem, porque pressupõem a infalibilidade: "*Mihi vindicta, ego retribuam, dicit Dominus*"⁵. Os nossos Juizes são falíveis, por isso devemos ter cautela, ao pronunciar condenações. O Evangelho adverte "*Nolit e condemnare et non condemnabimini. Dimittite, et dimittentini*" (Lucas, VI, cf. Mateus, VII, 1)⁶.

Apesar de tudo isto, não está resolvido o problema da defesa contra o crime: uma defesa da qual ninguém pode negar a humana necessidade. É da natureza do direito a sua oposição ao ilícito; quem viola a ordem jurídica, deve, segundo a mesma ordem, encontrar um obstáculo. Donde o instituto, universalmente, aceito, da legítima defesa, que, com justiça, os romanos atribuíram à *naturalis ratio*. É verdade que a tutela do direito pertence, em regra, ao Estado, e que, somente quando não seja possível o recurso aos órgãos estatais, pode esta ser exercitada pelo indivíduo; mas isto não retira a universalidade do princípio.

Se o impedimento não é um conceito teórico, pelo menos, na realidade, encontra uma grave limitação. O crime determina, em muitíssimos casos, um fato irreparável. A rigor, como observaram os romanos, "*quod factum est infectum fieri nequit*".⁷ Afirma-se, então, a exigência, sem dúvida, legítima, do ressarcimento do dano; mas também esta exigência permanece, hoje, quase sempre, no estado teórico, sem uma efetiva satisfação. Ademais, o ressarcimento do dano, como é entendido comumente, isto é, com respeito somente às vítimas dos crimes, não atende, de todo, ao princípio da justiça, porque os crimes turbam e ofendem, realmente, não só aqueles que são diretamente atingidos, mas também, a inteira ordem social. Segundo a doutrina comum há, contudo, necessidade de infligir-se um mal. Mas tal ilação, além de reprovada eticamente, é também, logicamente, errônea: a lógica queria, pelo contrário, que se estendesse a obrigação do ressarcimento em relação a todo o dano causado, e se exigisse o adimplemento de tal obrigação, com um trabalho honesto, sujeito aos devidos controles, sem, por outro lado, a finalidade de fazer sofrer. Voltaremos a esse assunto, dentro em pouco.

Notemos, no entanto, que os vigentes sistemas carcerários não conduzem, de nenhum modo, à recuperação dos delinquentes. Em verdade, ao contrário, na grande maioria dos casos, irritam o ânimo dos condenados, suscitando nêles um surdo rancor contra a sociedade. Certamente, uma obra de reeducação moral seria prudente e salutar; mas que essa possa ser obtida no cárcere, é vã ilusão. Pelo contrário, ocorre

3 "Não te deixes vencer pelo mal, mas vence o mal com o bem" (N.T.)

4 "Não retribuindo mal por mal, nem maldição por maldição mas, pelo contrário, bendizendo" (N. T.)

5 "A mim cabe o castigo, eu retribuerei, disse o Senhor" (N. T.)

6 "Não condenais e não sereis condenado. Perdoai e sereis perdoados" (N. T.)

7 "O mal que foi feito, não pode ser novamente feito" (N. T.)

que, em tais ambientes, os delinquentes mais experientes tratam de instruir os menos expertos. Isto é demonstrado pelo fato de que, freqüentemente, novos delitos são cometidos pelos egressos do cárcere, algumas vezes, logo após a libertação.

Costuma dizer-se que as penas impostas aos delinquentes servem para desanimar outros de seguir-lhes o exemplo. Mas a fraqueza desta tese evidencia-se pelo exame das estatísticas, que provam, em geral, a permanência do fenômeno da criminalidade. Além disto, cumpre notar que a pessoa humana tem sempre em si qualquer coisa de sagrado, e não é lícito, conseqüentemente, tratá-la como um simples meio para alcançar um fim extrínseco à mesma.

A quem considera a história do direito penal, não pode passar despercebido o fato de que essa é, em grande parte, uma história das abolições. Procedimentos crudelíssimos, como a tortura, eram considerados indispensáveis, e suplícios não menos cruéis, como amputações etc., foram progressivamente abolidos, não só porque repugnavam a uma consciência moral mais esclarecida, mas também porque se verificou a sua absoluta inutilidade. Já fora, outrora, observado que a atrocidade das penas corresponde, habitualmente, a atrocidade dos delitos; as punições desumanas, longe de mitigarem os costumes, corrompem-nos e excitam a vingança. “A inútil prodigalidade dos suplícios” escreveu Beccaria, “não tem produzido a melhoria dos homens”. Mas quem pode afirmar que a crueldade esteja de todo desaparecida dos sistemas penais hodiernos?

Certamente, é fato notável que, nas modernas legislações dos países civilizados, se tenham introduzido alguns princípios que corrigem, em parte, os errôneos conceitos que continuam a ser, todavia, a base dessas mesmas legislações; assim, por exemplo, a suspensão condicional da execução da pena, as casas de trabalho ao ar livre, os tribunais especiais para menores, etc. Trata-se de indícios significativos, que poderão servir de prelúdio às mais amplas e fundamentais reformas, as quais, porém, são, agora, apenas, um *desideratum*. Quase todos os estabelecimentos penais hodiernos são ainda organizados de modo a infligir ao condenado um sofrimento, mas tolhendo suas possibilidades de trabalho: são, em uma palavra, o reino do ócio, que é, por si mesmo, uma causa de embrutecimento.

Acrescente-se que os condenados ao cárcere se vêem na impossibilidade de satisfazer as obrigações da assistência familiar impostas pelas leis civis, uma incongruência que faz recair sobre pessoas inocentes os efeitos da culpa de outrem. Isto é deplorável e injusto, não só sob o aspecto econômico, mas também, e principalmente, sob o aspecto moral, pois é fora de dúvida que as penas, como hoje se praticam, especialmente nos casos de reclusão por longo tempo ou perpétuamente, causam sofrimentos cruéis ao réu e aos seus parentes inocentes.

As considerações procedentes mostram, à saciedade, se não o erro, os graves defeitos dos sistemas penais vigentes. Daí, talvez, concluir-se, que a luta contra a delinqüência deva ser abandonada? Longe disso, cumpre, ao contrário, afirmar que tal luta deve ser intensificada e conduzida, com outros meios mais eficazes e mais idôneos, à obtenção do fim proposto.

Irretorquível permanece, sobretudo, como já foi notado anteriormente, o princípio da legítima defesa, isto é, da repulsa imediata da agressão. É evidente que isto não tem nada em comum com a pena; e significa, antes, a isenção da pena, quando alguém seja coagido a certo ato, que em si seria delituoso “pela necessidade de defender um direito próprio ou de outrem contra o perigo atual de uma ofensa

injusta”, como se exprime o Código Penal Italiano (art. 52). Verdade é que este acrescenta: “sempre que a defesa seja proporcional à ofensa”. Mas a observância de uma proporção precisa, em tais circunstâncias, não é sempre possível, na prática; de modo que a cominação de uma pena, por excesso de defesa (art. 55), só deverá ser, com justiça, aplicada, quando a desproporção seja manifesta e gravíssima. Um esclarecimento neste sentido, em minha opinião, é plausível, seja por via judiciária, seja por via legislativa (*de jure condendo*).

Uma outra advertência preliminar pode ser aqui oportuna, até porque se relaciona, em sentido lato, com o conceito de legítima defesa. É, obviamente, razoável, e ninguém jamais o pôs em dúvida, que os indivíduos psicologicamente anormais, quando forem perigosos para si e para os outros, deverão ser mantidos em condições de não prejudicar, ainda que se tornem necessárias restrições mais ou menos rigorosas, à sua liberdade pessoal. Análogamente, deve admitir-se que todo aquele que, pela sua conduta, demonstra a vontade de cometer graves delitos, deverá ser impedido, com a medida de segurança aplicável. Mas tais medidas, como as restrições impostas aos loucos perigosos, devem ter, unicamente, o escopo de tornar inócuos tais indivíduos, freando-lhes os aberrantes propósitos, e não, o fim de fazê-los sofrer. Esta distinção é de grande importância, sendo necessário tê-la presente, se se quer colocar, nos seus devidos termos, o problema da justiça penal. Trata-se, em suma, de examinar qual o tratamento que se deve infligir aos delinquentes, além daquela “moderada tutela” que é necessária, para impedir a execução dos delitos ainda em ameaça, ou já cometidos.

É máxima fundamental da justiça que cada um suporte as conseqüências dos próprios atos, donde a obrigação de reparar o mal causado a outrem e, respectivamente, a faculdade de pretender tal reparação, do modo mais adequado possível. Cumpre advertir que, em certos casos, o mal e, por conseguinte, a obrigação da reparação, concernem, somente, aos prejudicados (por exemplo, quando se trata da simples emissão de um pagamento devido, *ex contractu*); nesses casos, é, evidentemente, suficiente para a reparação a condenação ao pagamento, ou ao ressarcimento, no campo civil. Mas se o ato antijurídico for praticado com dolo, ou, ainda, com tal grau de culpa, que seja equiparado ao dolo, a lesão que dêse ato resulta não concerne, de regra, somente ao prejudicado, mas atinge a todos os partícipes da própria ordem jurídica; donde a exigência de uma reparação de caráter público, que vá além do ressarcimento privado.

O inveterado preconceito pelo qual se considera como “reparação” o fato de que quem tenha cometido um delito, passe um certo período encarcerado, é, ainda, a base dos modernos sistemas penais, se bem que seja bastante evidente que, de tal maneira, o dano causado pelo delinquent não é reparado de nenhum modo, antes é aumentado pelo custo da manutenção oferecida nos estabelecimentos penais. É verdade que os códigos penais contemplam, como conseqüência do crime, também a obrigação da restituição e do ressarcimento; mas esta norma tem escassíssima aplicação, seja porque não se estende ao dano causado à ordem pública, seja porque, na maior parte dos casos, os culpados são insolventes.

Admite-se que um cálculo exato do dano, em toda sua extensão, seja assaz difícil; mas a dificuldade de uma justa avaliação não impede que seja dever tentá-la, para alcançar se não a perfeita exatidão, uma razoável aproximação. De resto, a jurisprudência vem fazendo algum trabalho, em relação aos interesses privados, pela “avaliação equitativa” do dano, embora não patrimonial. Análogamente,

dever-se-á proceder no que concerne ao dano causado à ordem pública, vale dizer à sociedade inteira; e mesmo se, especialmente nesta parte, a avaliação deva ser muito reduzida ou até puramente simbólica, representaria, de qualquer modo, maior cuidado e maior aproximação relativamente à exigência da justiça, em confronto com a determinação, de todo arbitrária, de um certo número de anos, de meses, ou de dias, de encarceramento, pelas várias hipóteses de crimes, do mesmo modo como, antigamente, se impunha um determinado número de chibatadas.

Devemos, neste ponto, outrossim, perguntar: como obter o adimplemento efetivo da obrigação de ressarcimento, obrigação que será tanto mais impelente e tanto mais grave, na medida em que deva satisfazer, ao mesmo tempo, a exigência da justiça civil e da penal? Êste é exatamente nosso propósito: levar a justiça penal à civil, unificando, em suma, as duas justiças. É claro que isto requererá uma reforma radical das instituições hoje existentes, que são, sem dúvida, para tal escopo, inadequadas e incongruentes.

Atualmente, como é notório, o autor de um crime que haja sofrido a pena, ou que tenha sido, de qualquer modo, dela isentado, pode vir a ter grande conforto e viver, na ociosidade, sem haver ressarcido o dano, isto é, deixando sem reparação seu débito.

É justo isso? Ninguém, creio, poderá afirmá-lo.

A meu ver, deveria ser instituído um órgão especial de justiça, com a função de vigiar o padrão de vida dos que não houvessem satisfeito o seu débito legalmente reconhecido, com o fim de eliminar, ao menos, a ofensa mais grave à boa fé e aos bons costumes. Quando o débito se originasse de um fato delituoso, deveria ser estabelecida a obrigação do trabalho, segundo a capacidade do devedor, consideradas tôdas as circunstâncias e sempre em forma humana e civil. A vigilância deverá exercitar-se, sem qualquer coação, se e até que o devedor desenvolvesse, voluntariamente, sua atividade para o pagamento do débito. Só na hipótese contrária seria justificável, a meu ver, a imposição coercitiva de determinado trabalho, com uma correspondente diminuição, relativamente grave, de liberdade. Ter-se-á, assim, uma série de graus, com formas mais ou menos rígidas de vigilância, tanto sôbre o padrão de vida, quanto sôbre a obrigação do trabalho, excluída, por outro lado, mesmo nos casos mais graves, a inútil crueldade dos antigos sistemas penais e ainda aquelas, não muito menores, dos novos. E é óbvio que o produto do trabalho deverá ser reservado à satisfação, ainda que parcial, do crédito de quem, sociedade ou indivíduo, haja sofrido um dano injusto.

Bem sabemos que o dever de trabalhar é, de regra, antes moral que jurídico, e não poderá ser de todo legalizado, sem que se pusesse em risco o primeiro e fundamental direito da pessoa humana, que é a liberdade. O dever de trabalhar pode, todavia, tornar-se pròpriamente jurídico, isto é, objetivamente exigível, na medida em que sua inobservância signifique a transgressão das obrigações assumidas em relação a outros, especialmente das *ex delicto*. Não convém esquecer que o direito é, essencialmente, *bilateral*, de maneira que a excessiva indulgência com uma parte se traduz, necessariamente, em uma iniquidade com a outra.

Uma última consideração deve aqui ser acrescentada. A criminalidade não é, unicamente, um fato individual, pelo qual cada delinqüente deve responder; é, antes, um fato social que, especialmente nas suas formas mais difundidas e constantes, indica imperfeição e desequilíbrio na estrutura da sociedade na qual teve origem. É,

portanto, vã ilusão acreditar-se que a luta contra a criminalidade deva ser conduzida e possa ser vencida exclusivamente com sanções jurídicas impostas àqueles que delinqüem. Cumpre, antes, investigar a raiz do mal, que, freqüentemente, se aprofunda na ignorância e na miséria; cuidar, pois, quanto mais e melhor se possa, da instrução e, especialmente, da educação moral de todo o povo, com atenção especial para os mais necessitados; corrigir e tentar eliminar, com oportunas e corajosas reformas, inspiradas, sempre, nos princípios da caridade e da justiça, os vícios, os abusos, as iniqüidades e as opressões que infestam o organismo social, como e onde se manifestarem. É estarem como todos vêem, uma tarefa imensa, que requer a cooperação de tôdas as virtudes e potências humanas; uma tarefa que não poderá, talvez, nunca ser inteiramente realizada, mas que indica a meta para a qual devem dirigir-se os nossos esforços.

Sòmente na medida em que se siga tal caminho, poder-se-á esperar, realmente, que se atenuo o flagelo da criminalidade, que, em vã, se vem tentando derrotar, com patíbulo e prisão.

Tal flagelo é para todos um aviso e, de certo modo, uma expiação; e o aviso deve ser ainda mais ouvido, quando não seja possível obter do réu a reparação direta do dano. Não é fora de propósito pensar-se em uma obrigação de reparação, seja puramente parcial ou, naquele caso, posta a cargo da sociedade, e a favor da vítima do crime, como reconhecimento da parte de culpa que, pelo fato mesmo do crime, cabe à sociedade inteira.

**Publicado originalmente na Revista nº 1 jan./abr. 1967, p. 3.*

O DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO - FUNDAMENTOS *

JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR**

Iniciaremos este ensaio fazendo um brevíssimo resumo das últimas mudanças ocorridas no mundo e seus conseqüentes efeitos no Direito e, principalmente, no Direito Penal, pois este, de todas as disciplinas jurídicas é a mais sensível às transformações políticas.

Na década anterior e nesta em que vivemos, o mundo parece ter girado mais rapidamente. No Brasil tivemos o fim da ditadura, a Constituição de 1988, o impedimento de um governo corrupto e um Presidente da República que se tornou notório por seu ideário marxista, e, a despeito disso, executa um projeto neoclássico e agora, após demolir quase todas as conquistas progressistas de 1988, pretende eternizar-se, imperialmente, no poder.

No mundo, a superação da tensão leste-oeste, com o esfacelamento da União Soviética, foi o fato mais significativo, dando lugar a um processo de globalização no qual o econômico prevalece sobre a própria liberdade, gerando a redução do Estado, a “reabertura dos portos” e a formação do blocos regionais... Mas, paradoxalmente, a despeito disso, em vários pontos do mundo persistem a injusta distribuição da riqueza, a intolerância, as guerras, as ditaduras, as reiteradas violações dos direitos humanos, o crescimento demográfico descontrolado, fatos que provocam a morte, sofrimentos e migrações forçadas de milhões de pessoas.

Paradoxalmente, também nos países econômica e tecnologicamente centrais, ao lado do fenômeno da globalização, está ocorrendo um outro, que lhe é oposto, o racismo. O ressurgimento do etnoregionalismo, por exemplo, como os movimentos separatistas ou de reação ao poder central de escoceses, galeses, católicos da Irlanda do Norte, bretões, corsos, ocitanos, galegos, catalães, bascos, flamencos, tiroleses do sul são fruto da cultura do racismo.¹

Movimentos como os citados assumiram proporções catastróficas, após a derrocada do império soviético, principalmente na ex-Yugoslávia. Inacreditavelmente, tudo isso se passa numa Europa, que pretende ser cada vez mais unida, concreta e unitária...

* Texto adaptado da Aula Magna pronunciada no dia 20 de fevereiro de 1997, na abertura do ano letivo da Faculdade de Direito da UNIGRANRIO. A presente publicação é dedicada ao meu querido Amigo, Procurador de Justiça, Adolpho Lerner, um homem que “sabe das coisas”, que aprendi a admirar pessoal e intelectualmente, e a quem muito devo.

** **João Marcello de Araújo Júnior** é Procurador de Justiça (aposentado) no Estado do Rio de Janeiro, Professor Convidado de Direito Penal da UNIGRANRIO; Doutor em Direito e Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor *Honoris Causa* da Universidade Inca Garcilaso de la Vega (Lima-Peru). Professor Convidado das Universidades de: Pau e da Região do Adour (França), Castilla La-Mancha, Alcalá, Salamanca e San Sebastián (Espanha), Gdansk (Polônia), Católica de Santiago e Valparaíso (Chile), Católica de Montevideú (Uruguai), Buenos Aires e do Litoral (Argentina), Inca Garcilaso de la Vega (Peru), Federal do Rio de Janeiro, Federal do Paraná, Federal do Rio Grande do Sul, Estadual de Maringá, Estadual de Londrina, Católica do Rio Grande do Sul; Secretário Geral Adjunto da Association Internationale de Droit Pénal; Diretor do Centro Internazionale Recherche Giuridiche Iniziative Scientifiche (Itália); Presidente do Conselho Consultivo do International Center of Economic Penal Studies (USA).

1 Sobre o tema, veja-se **Peter Waldman**: Etnoregionalismo, un desafio para el mundo nacional; EGUZKILORE, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminologia, San Sebastián, nº 7, 1993, pág. 2832.

Esses fenômenos políticos e econômicos refletiram-se em todos os ramos do Direito e, em consequência:

a) O Direito Civil está sofrendo uma espécie de publicização, seja no âmbito da família, seja na área relativa à propriedade, perdendo assim o rigor privatístico;

b) O Direito do Trabalho, ao contrário, tende a tornar-se mais desregulamentado e flexível, pois tendo o trabalho, em palavras de **Arion Romita**², se tornado um bem escasso, não há mais espaço para um Direito do Trabalho protecionista e paternalista;

c) O Direito Tributário, por seu turno, está deixando de ser um puro instrumento destinado a garantir a arrecadação de tributos, passando a se preocupar com sua própria legitimação, atribuindo valor fundamental à idéia de capacidade contributiva e justiça fiscal;

d) O caráter individualista extremado do Direito Processual a cada dia se mitiga, ao passar a tratar de questões como “igualdade de armas”, acesso à justiça, garantia do contraditório, devido processo legal e da natureza do próprio sistema processual;

e) o Direito Comercial publicizou-se no moderno Direito Marítimo e Aeronáutico, na regulação internacional dos títulos de crédito, no controle das Sociedades Comerciais e, principalmente, no seu rebento mais jovem, o Direito Econômico;

f) A face conceitual do Direito Internacional está sendo modificada por força da superação dos regimes políticos anteriores e da reconstrução econômica, política e jurídica provocada pelos chamados “Espaços Econômicos Integrados”, como a União Européia e o MERCOSUL. Tal mudança está conduzindo ao surgimento de novo arcabouço teórico no âmbito do Direito Internacional. Cumpre destacar, também, que, de regra, as grandes mudanças anteriores que tiveram lugar na sociedade internacional foram frutos de atos de força de guerra ou de revoluções, ainda quando estas adotassem refinadas formas jurídicas. O grande fenômeno da nossa contemporaneidade está em que as mudanças atuais não nasceram da força, mas sim do interesse comum e do consenso. Este é um fato novo, com o qual ainda não sabemos bem como lidar. A grande preocupação do direito Internacional, portanto, é saber se do ponto de vista teórico, haverá ou não a permanência do Estado, como ainda o conhecemos hoje.

O Direito Penal, por maior razão, não ficou imune a essa nova forma de encarar o mundo. Tanto isso é verdade, que o movimento descriminalizador, que caracterizou a legislação mundial nos anos setenta, está sendo substituído pela onda criminalizadora exigida pela mudança do paradigma dos bens jurídicos. Nos anos oitenta e nesta última década do século, as propostas dos funcionalistas do Direito Penal, **aliadas à** descoberta de bens jurídicos supra-individuais, estão conduzindo a um movimento neocriminalizador. Daí a punição dos novos crimes provocados pela biotecnologia, dos crimes contra a ordem econômica, contra o meio ambiente, contra o consumidor, contra as novas formas de tráfico (órgãos, menores), contra os sistemas de informação e transferência de dados, contra o Estado Democrático, contra a segurança e higiene do trabalho, e a punição do crime organizado.

A modificação maior, entretanto, ocorreu no próprio fundamento do Direito Penal, graças à tensão existente entre segurança e liberdade, ou seja, entre prevenção

² **Arion Sayão Romita**: Ementa da disciplina Teorias do Direito do Trabalho, no Curso de Mestrado em Direito, área de concentração em Teorias do Ordenamento Jurídico Brasileiro, da Universidade Estácio de Sá.

e garantias. O projeto globalizador exige segurança, enquanto o que nos resta de subjetividade exige garantias.

É, fundamentalmente, essa crise de identidade que caracteriza o Direito Penal contemporâneo e gera as tendências para o futuro. É disso que iremos tratar especificamente neste ensaio. Presente e futuro.

A antinomia entre liberdade e segurança acompanha o Direito Penal desde o seu nascimento. Porém, somente muito modernamente, os cientistas tomaram consciência dessa antinomia, com as características que aqui serão analisadas.

Desde os primórdios do Direito Penal, juristas e filósofos dedicam-se a responder a uma pergunta que **Roxin** formulou nos seguintes termos: como justificar “que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade alguns de seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida”?³

A resposta a essa interrogação, que importa em fundamentar o direito de punir, ou seja o Direito Penal em sentido subjetivo, implica solucionar a crise contemporânea, qual seja, a antinomia que existe no interior do Direito Penal, entre liberdade e segurança, ou entre prevenção e garantias ou, como afirma **Jesus Maria Silva Sánchez**⁴, entre legalidade e política criminal.

Em síntese, o Direito Penal, entendido como poder punitivo do Estado (*jus puniendi*) fundamentado e limitado por um conjunto de normas jurídicas (Direito Penal objetivo), exige legitimação.

Modernamente, entende-se que tal legitimação somente ocorrerá quando se estabelecer o seu real fundamento, ou em outras palavras, no momento em que for identificado o melhor modelo a ser adotado e lealmente demonstrada a sua utilidade social.

Inacreditavelmente, essa nova visão da eterna crise do Direito Penal somente começou a se instalar nos anos setenta, quando em nosso âmbito cultural ocorreu a ruptura definitiva do esquema tradicional do Direito Penal retributivo. Vejamos:

- Por Direito Penal retributivo entende-se a orientação que, segundo **Antonio Pagliaro**, catedrático de Palermo, em livro do ano passado (1996), concebe o Direito Penal como um complexo de normas jurídicas, que procura orientar a conduta humana por meio da intimidação e da emenda⁵.

A doutrina retribucionista, em palavras do próprio **Pagliaro**, pode ser assim sintetizada: “o bem deve ser recompensado com o bem e o mal punido com o mal”. Essa idéia de “justiça”, segundo as diversas posições, teria:

a) Fundamento divino. Quem comete um crime ofende a Lei de Deus. Deus delegou ao homem uma parte da sua justiça, por isso, quando a justiça humana pune o culpado, atua como justiça divina⁶;

3 **Claus Roxin**: “Sentido e limites da pena estatal”; in *Problemas Fundamentais do Direito Penal*, VEGA, Lisboa, 1986, p. 15.

4 **Jesús Maria Silva Sánchez**: *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1992, p. 13.

5 **Antonio Pagliaro**: *Principi di Diritto Penale, parte generale*; 5ª ed. Dott. A. Giuffrè, Milão, 1996, p. 3. *Mais amplamente*, na p. 675 e ss.

6 **Maggiore**: *Diritto Penale*, I, p. 682 e ss.

b) Fundamento moral. É uma exigência profunda da consciência humana que o bem seja recompensado com o bem e o mal com o mal. Esse é um imperativo categórico, para usarmos a expressão do “**Solitário de Königsberg**”⁷;

c) Fundamento jurídico. A retribuição, segundo a dialética hegeliana dos opostos é a negação de uma negação e, por isso, a reafirmação do Direito do Estado⁸.

Como se pode ver do que acabou de ser escrito, o tradicional Direito Penal retributivo pretende legitimar-se por si mesmo, uma vez que tem como objetivo fazer justiça, compensando a culpa do autor com a pena. Essa idéia de justiça através da compensação entre a culpa e a pena é racionalmente indemonstrável, assumindo, assim, caráter puramente metafísico. Além disso, como afirma **Padovani**, a teoria absoluta (retribucionismo) da pena exige um conceito não menos absoluto de Estado. Porém, no Estado Moderno não existe, nem se pode pretender que exista, uma tal legitimação ética ou metafísica⁹. No mesmo sentido é a lúcida lição de **Figueiredo Dias**, para quem não se pode hoje, em verdade, deixar de reconhecer a incompatibilidade absoluta entre a idéia de Estado de Direito Democrático e Social, inevitavelmente secularizado e pluralista, e a imposição de penas em nome de exigências absolutas de “retribuição” e “expição”.¹⁰

Ademais de tudo isso, o mundo dos homens não pode pretender realizar uma função própria de Deus.

O Direito Penal de um Estado Democrático, secularizado, humano, não pode estar fulcrado em considerações metafísicas, nem pode pretender ser a sua expressão. Num Estado assim concebido o Direito Penal há de ser um instrumento de política social.

Como lembra **Anabela Rodrigues**, se bem que com óbvias e reconhecidas características próprias, o Direito Penal se coloca entre os instrumentos que concorrem para a socialização. Por isso, a intervenção punitiva do Estado desvincula-se de qualquer finalidade teológica ou metafísica.¹¹

O Direito Penal contemporâneo, portanto, não tem por finalidade fazer justiça. Aliás, a essa conclusão, já em 1966, haviam chegado os autores do célebre Projeto Alternativo alemão. No Preâmbulo daquele Projeto, apresentado por um grupo de professores em oposição ao Projeto Oficial de 1962, afirmava-se que o fenômeno punitivo não constitui um expediente metafísico, mas sim, “uma amarga necessidade da comunidade de seres imperfeitos, que são os homens”. A necessidade de manutenção da convivência é que exige a atividade punitiva. Neste ponto, é preciso destacar, o Brasil tem a primazia dessa tese. No século passado, **Tobias Barreto**, antes de qualquer outro, afirmava que o fundamento do Direito de Punir “não é filosófico, nem jurídico, mas político”, embora afirmasse, também, que tal discussão importava numa “espécie de adivinhação que os mestres se crêem obrigados a propor aos discípulos, acabando, uns e outros, no mesmo estado de perfeita ignorância”.¹²

7 **Kant, I:** *La dottrina del diritto*; tradução italiana, Giuffrè, Milão, 1916, p. 144.

8 **Pessina:** *Elementi di diritto penale*, Nápolis, 1882, p. 37 e ss.

9 **Tullio Padovani:** *Diritto Penale*, 3ª ed.; Giuffrè Editore, Milão, 1995, p. 394.

10 **Jorge de Figueiredo Dias:** *Diritto Penal Português. As conseqüências jurídicas do crime*; AEQUITAS, Lisboa, 1993, p. 61.

11 **Anabela Miranda Rodrigues:** *A determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra Editora, 1995, p. 316.

12 **Roberto Lyra e João Marcello de Araújo Júnior:** *Criminologia*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 80.

O Direito Penal retribucionista gerou uma dogmática clássica, dedutivo-ontológica, absoluta, a histórica, alheia às realidades sócio-culturais do crime. A ciência dogmática via o delito de maneira abstrata e com uma vocação quase “artística”, para usarmos a expressão de **Gimbernat**¹³. Com a ruptura do esquema retribucionista, também a dogmática entrou em crise, dando espaço a novas construções, dentre as quais sobressai a moderna teoria da imputação¹⁴. Daí questões como: **a)** imputação objetiva, que deu nascimento a uma nova teoria da conduta típica (princípio da confiança, risco permitido) e cuja questão jurídica fundamental consiste em estabelecer os critérios segundo os quais queremos imputar determinados resultados a uma pessoa, ou seja, o ajustamento axiológico dos dados empíricos (relação de causalidade); **b)** imputação subjetiva, na qual o dolo não é mais visto como alguma coisa de natureza psíquica, naturalista. Tanto isso é assim, que será possível a imputação de pena ao autor que, desconhecendo que estava realizando uma conduta antijurídica, pratica um crime por erro, quando esse erro de conhecimento poderia ter sido evitado. Haverá ainda reflexos na fundamentação da culpabilidade; **c)** legitimação dos crimes de perigo abstrato, por estarem compreendidos no conjunto dos elementos sociais que determinam a sua identidade, desde que, com eles, não se pretenda punir meros casos de preparação. Mas este não é o lugar, nem o momento para tratarmos da crise da dogmática e, por isso, é preciso retomar a exposição relativamente ao que aconteceu a partir da ruptura com o modelo retribucionista.

Os anos setenta e os primeiros dos oitenta foram marcados por três grandes movimentos de política criminal, dois deles que se substituíam ao retribucionismo e um terceiro que o fazia sobreviver sob o pomposo nome de movimento de lei e ordem.

Na Aula Inaugural que ministramos na UERJ em 1983, fizemos o primeiro exame desses movimentos. Mais tarde, em 1986, esse exame foi aprofundado no estudo “Os Grandes Movimentos de Política Criminal de Nosso Tempo”, em folheto publicado pelas Faculdades Integradas Bennett. A versão definitiva foi publicada na Espanha, em dezembro do mesmo ano¹⁵.

Tais movimentos eram os da Novíssima Defesa Social, da Política Criminal Alternativa e os Movimentos de Lei e Ordem.

Hoje, esses movimentos evoluíram, absorveram idéias novas e se combinaram entre si, de uma forma tão íntima, que não é mais possível reconhecê-los em sua pureza original.

Contemporaneamente, o pensamento político-criminal se divide, também, por três vertentes, denominadas: ressocializadora, abolicionista e garantista. Examinaremos, a seguir, cada uma delas.

A corrente ressocializadora é de todas a mais antiga e fruto de maior evolução. Diferentemente do retribucionismo, o movimento da ressocialização parte da idéia de que o Direito Penal exerce uma função preventiva, de real proteção da sociedade. Ela busca, através principalmente da pena privativa de liberdade, promover a reinserção social dos condenados, com o objetivo de reduzir a taxa de reincidência. Vincula-se, portanto, à idéia de prevenção especial. Essa função ressocializadora possuiria, por isso, o condão de legitimar o Direito Penal.

13 **Gimbernat Ordeig**: “Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?” in *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, 1990, p. 140.

14 **Günther Jacobs**: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*; Cuardenos Civitas, Madrid, 1996.

15 **João Marcello de Araújo Júnior**: “Los grandes movimientos actuales de política criminal (aspectos)”, in Boletín de Información del Ministério de Justicia, ano XL, nº 1.493, Madrid, 1986, p. 3 e ss.

A idéia de ressocialização, como já ficou dito, é antiga, deitando suas raízes no pensamento da Escola Positiva, que supunha que o crime tivesse suas causas exclusivamente no homem e, portanto, se a ele fossem aplicados meios científicos de tratamento, essas causas poderiam desaparecer. Nas origens, a Escola Positiva chegou ao extremo de pretender a substituição da pena pelas medidas de segurança, uma vez que essas, por sua indeterminação, estariam mais aptas a promover a ressocialização, que, ao tempo, se chamava “recuperação do criminoso”. Essa corrente primitiva, salvo em alguns momentos na Escandinávia e nos Estados Unidos, não logrou acolhida.

Tal, entretanto, não ocorreu com o sistema misto composto por penas e medidas de segurança, no qual, também as penas passaram a ter finalidade de prevenção especial. Era o sistema da dupla via, que no Brasil, por influência italiana, se traduz pela denominação “duplo binário”. Esse sistema deu origem ao movimento da Nova Defesa Social, de que se cuidou em 1983, que prevaleceu, desde logo, principalmente na França e na Itália.

Na Alemanha, onde por mais tempo perdurou a idéia de retribuição, o sistema da dupla via somente veio a ser acolhido pelo Projeto Alternativo, em 1966, que fazendo nítida distinção entre penas e medidas de segurança e, conseqüentemente, entre culpabilidade e periculosidade, como ensinavam **Maurach e Zipf**, teve como conseqüência mais importante, a criação de estabelecimentos sociais terapêuticos, destinados a promover cientificamente a ressocialização¹⁶.

A teoria ressocializadora não se limita, como na antiga teoria da prevenção especial, a uma atividade de intimidação. Ao contrário, opera através do oferecimento de meios ao condenado que o capacitem para uma futura vida em liberdade. Nessas condições, a busca da ressocialização passou a ser elemento essencial, aceito pela generalidade dos ordenamentos jurídicos.

Como afirma **Silva Sánchez**, a teoria ressocializadora, entretanto, viveu, apenas, vinte anos de glória, durante os quais chegou a concentrar em si a idéia de legitimação do Direito Penal¹⁷.

A decadência do pensamento ressocializador começou a ocorrer quando se descobriu a existência de certos crimes em que a ressocialização não é necessária ou não é possível, em razão das circunstâncias. Mas o motivo principal que levou ao descrédito da teoria foi o fenômeno da sua “absolutização”. A obsessão pela reinserção social do condenado levou o Sistema de Justiça Penal a uma atitude de violação de garantias, uma vez que rompeu a relação de proporcionalidade que deve existir entre o fato e a reação social. Daí a imposição de penas muito brandas ou muito severas, em desproporção com a realidade do fato praticado. Com isso, nasceu a ideologia do tratamento.

A realidade da vida demonstrou ser extremamente difícil promover-se a reforma do indivíduo para viver em liberdade, trancafiando-o numa prisão. Finalmente a última crítica à teoria da ressocialização inspirada na teoria do tratamento está em que ela importa numa sutil, mas grave violação aos direitos fundamentais do indivíduo, uma vez que viola o seu direito de ser diferente, ao impor uma ressocialização que ele não deseja. Aliás, ressocializar a que sociedade? Àquela que o marginalizou ou à outra? Não seria o caso de ressocializar-se, primeiro, a sociedade?

16 **Reinhart Maurach e Hainz Zipf**: *Derecho Penal, parte general*, I; Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 102.

17 **Jesús María Silva Sánchez**: *ob. cit.*, p. 28.

Por tudo isso, a ideologia do tratamento falhou e se torna necessário demonstrar como os cientistas chegaram a essa conclusão, uma vez que no Brasil, a ideologia do tratamento, que é a síntese da teoria da ressocialização, continua muito arraigada na mentalidade dos penalistas.

A “ideologia do tratamento” surgiu nos Estados Unidos nos primeiros decênios do século atual e pretendeu, como já ficou dito, através das ciências humanas, resolver o problema da criminalidade, solucionando o do criminoso. A ideologia do tratamento emigrou dos Estados Unidos para a Europa, por via dos países escandinavos e, daí, para o resto do mundo.

Baseava-se num sentimento humanitário em relação a membros das classes sociais mais débeis que, em razão da pobreza (que se pensava ser o principal fator criminógeno), tinham dificuldades de integração social e, por isso, delinqüiam.

Tais idéias prosperaram por suporem que poderiam ser ministradas, com proveito, “técnicas terapêuticas” capazes de “reformatar” o homem condenado, tornando-o mais apto à reinserção social.

A **ideologia do tratamento**, com seu mito médico, expressão criada pelos peritos britânicos **Sinclair** e **Clark**, em relatório apresentado ao Conselho da Europa em 1973¹⁸, resultou, entretanto, num retumbante fiasco. A pesquisa empírica demonstrou que as taxas de reincidência não diminuíram. Mas a essa conclusão não se chegou da noite para o dia e foi preciso percorrer um longo caminho de investigação para que fosse aceita.

O fracasso dessa ideologia já havia sido antevisto, nos Estados Unidos, sua terra natal, por **Power** e **Withmer**, desde 1951¹⁹ e foi confirmado pelos estudos de **Robert Martinson** (1974)²⁰, autor do conhecido “nada funciona” (*nothing works*). Os trabalhos realizados no Canadá por **Denis Szabo** (1980)²¹, **Maurice Cusson** (1983)²² e **Marc le Blanc** (1988)²³ confirmaram os de seus colegas americanos. Foi, entretanto, o X Congresso Internacional de Criminologia (Hamburgo, 1988) que lançou a pá de cal sobre a ideologia do tratamento.

Na Europa, a situação não foi diferente, tanto assim, que os pesquisadores, de forma mordaz, afirmavam que o sucesso penitenciário dependia mais das “qualidades” do diretor da prisão, do que do “tipo de tratamento aplicado”. Daí sustentar **Rupert Cross**, citado pelo vice-presidente da Sociedade Britânica de Criminologia **Hall Williams**, que “é chegado o momento de abandonar a crença de que a prisão pode reformatar”²⁴.

Tanto o que afirmamos é verdade, que, como se pode ver de **Antilla**²⁵, até nos países escandinavos, sempre apontados como modelares em matéria prisional, 18 “Rapport sur les méthodes d’évaluation et de planification de la criminalité”, redigido em 1972 e apresentado ao Conselho da Europa em 28/30 de novembro de 1973; em “Deviance, Cahiers de l’Institut de Criminologie de Paris”, n° 1, 1974, pág. 17.

19 E. Power e H.T. Withmer: *An experiment in the prevention of delinquency*, New York, the Cambridge-Sommerville, Youth Study, Columbia University Press, 1951.

20 *What Works? Questions and answers about prison reform*, New York, The Public Interest, Spring, 1974.

21 “Au milieu de l’affrontement des doctrines criminologiques”; em *La Criminologie, bilan et perspectives* (Mélanges Pinatel), Paris, Ed. A. Pedone, 1980, págs. 161/173.

22 *Le contrôle social du crime*, Paris, PUF, 1983.

23 Conferência pronunciada durante o X Congresso Internacional de Criminologia (Hamburgo, 1987), publicada, também, na “Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique”, n° 1, 1988, págs. 11/35.

24 Em *Criminologie, bilan et perspectives* (Mélanges Pinatel), Paris, Ed. A. Pedone, 1980, págs. 161/173.

25 **Inkiri Antilla**: “La ideologia del control del delito en Escandinávia. Tendencias actuales”, in *Cuadernos de Política Criminal*, 1986, p. 143/155.

as experiências com os “estabelecimentos sociais terapêuticos” foram abandonadas, como se pode ler no recente livro de **Raimo Lahti** e **Kimmo Noutio**²⁶.

O mesmo ocorreu na França e está dito nas, também, recentes obras de **Léauté**²⁷, **Négrier-Dormont**²⁸ e **Pradel**²⁹.

No Brasil, o assunto foi tratado no Colóquio **Marc Ancel** (1990), sendo o fracasso da ideologia do tratamento reconhecido pela unanimidade dos participantes, tanto estrangeiros como brasileiros³⁰.

Esta é, portanto, a situação atual da teoria da ressocialização inspirada na ideologia do tratamento. Embora tenha perdido sua capacidade de legitimar o Direito Penal subjetivo, mantém alguns efeitos, isto porque, enquanto existir a pena privativa de liberdade, a sociedade não poderá renunciar a uma possibilidade de ressocialização, que melhor seria chamar-se socialização, porém não com caráter compulsório, como na ideologia do tratamento.

Contemporaneamente, não se atribui à pena nenhuma finalidade psicológica ou terapêutica. As “esperanças” que acompanham a pena são secundárias, pois a relação que se estabelece entre o crime e a pena é, apenas, a de uma irracional seqüência de dois males. O Direito Penal contemporâneo entende que a única relação racional que pode existir entre o crime e a pena é ser esta uma resposta que confirma a vigência e a utilidade da norma violada pela conduta do criminoso. Num Direito Penal funcional, que começa a se impor em certos pontos, a atividade socializadora é secundária e consiste na colocação, à disposição do condenado, do maior número possível de condições que permitam a este, voluntariamente, tratar-se para não voltar a delinqüir.

A segunda vertente de política criminal atual é o abolicionismo.

O movimento da Política Criminal Alternativa dos anos 80 evoluiu para uma posição radical que se denomina Abolicionismo. O Abolicionismo, como seu nome indica, prega a abolição do Direito Penal e sua substituição por outras formas não punitivas de solução dos conflitos.

O Abolicionismo surgiu e predominou nos Estados Unidos, na Holanda e nos Países escandinavos, ou seja, naqueles países onde a ideologia do tratamento foi mais atuante, e logo em seguida às primeiras constatações do fracasso da idéia ressocializadora. Ele foi, também, fruto da Criminologia Crítica.

O Abolicionismo busca substituir o sistema penal, por uma forma diferente de solução dos conflitos de natureza privada e arbitral. Trata-se, em suma, de uma proposta que deixa nas mãos da sociedade a solução das chamadas “situações problemáticas” e pode ser sintetizada no famoso exemplo criado por **Hulsman**: “num apartamento moravam cinco estudantes, um dos quais quebrou o aparelho de televisão. Cada um dos outros quatro reagiu de uma maneira diferente diante do fato. Um propôs castigar o colega (modelo punitivo); outro que ele pagasse pelo dano causado (modelo compensatório); o terceiro achava que o colega tinha enlouquecido e que, por isso, devia ser submetido a tratamento (modelo terapêutico); o último por

26 *Towards a Total Reform of Finnish Criminal Law*, Helsinki, 1990.

27 **Jacques Léauté**: *Les Prisons*, Paris, Cujas, 1990.

28 **Lygia Négrier-Dormont**: *Le Criminologue dans la cité - Essai de criminologie sur l'acte, l'actuel, et les postulats de Droits de l'Homme*, La Garenne-colombes, Éditions Européennes ERASME, 1990.

29 **Jean Pradel**: *Droit Pénal*, Paris, Cujas, 1992.

30 **João Marcelo de Araújo Júnior** (Org.): *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, 2ª ed.; Revan, Rio de Janeiro, 1992.

fim, entendia que todos deveriam fazer um exame de consciência para se descobrir os motivos pelos quais haviam chegado àquela situação”. **Hulsman** se inclina por essa última solução, que seria a abolicionista³¹.

O Abolicionismo declara a inutilidade da pena privativa de liberdade, seja como instrumento de controle social, seja como meio de promover a reintegração social do condenado. Além disso, vê na prisão um simples “ferro de marcar”, utilizado para oprimir e marginalizar.

A tese abolicionista é sedutora e possui o mérito de ser um importante esforço em favor da humanização do sistema penal, pois deixa à mostra os seus aspectos negativos, entretanto, como afirma **Ferrajoli**, “o abolicionismo penal - quaisquer que sejam os intentos libertários e humanitários que possam animá-lo - se configura como uma utopia regressiva elaborada sobre o pressuposto ilusório de uma sociedade boa ou de um Estado bom, que se utiliza de instrumentos de vigilância desregulamentados ou autorregulados...”³². Daí a sátira de **Hassemer**, quando afirma que “quem pretender abolir o direito Penal, a única coisa que deseja é afugentar o diabo com Belzebu”³³.

Iniciando a abordagem da corrente **garantista**, **Silva Sánchez** assim se expressa:

“A decepção com o “ideal ressocializador” - com seus problemas de factibilidade e licitude - para legitimar por si só o exercício do *jus puniendi* e o rechaço categórico dos excessos da denominada “ideologia do tratamento” propiciaram o aparecimento de opções alternativas cujo propósito fundamental é acentuar o papel das garantias formais. Essas tendências partem da aceitação de que o que legitima o Direito Penal é basicamente a prevenção geral do delito, sempre que esta tenha lugar respeitando as garantias do Estado de Direito, verdadeira “Magna Carta” do delinqüente³⁴.

O garantismo entende que o Direito Penal somente se legitima se atuar sobre o estado de liberdade do indivíduo sob um rigoroso controle do poder do Estado, atuação essa que deverá respeitar estritamente os princípios de previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade, tudo tendo por base a culpabilidade e o fato cometido, e não a conduta da vida do agente.

Essa nova vertente político-criminal tem sido criticada, por não ser o sistema de garantias formais suficiente para legitimar o Direito Penal. Seria necessário que juntamente com as garantias formais fossem introduzidas novas exigências de conteúdo, de modo a conciliar as necessidades de proteção da sociedade com as garantias individuais, através de uma maior humanização do sistema penal.

Feitas essas observações históricas e críticas da política criminal atual, deveremos tratar, agora, das tendências para o futuro.

Acreditamos que, a despeito da onda neocriminalizadora do momento presente, esta deverá ser contida num futuro muito próximo, pois em verdade a inflação criminalizadora muitas vezes é empregada com finalidades puramente cosméticas. O legislador sabe que não é através da criminalização que serão

31 **Louk Hulsman** e **Jacqueline Bernart de Celis**: *Peines Perdues, le système pénal en question*; Paris, Centurion, 1982, p. 98.

32 **Ferrajoli**: *Poder y Control*, nº 0, 1986, p. 43.

33 **Hassemer**: *Fundamentos*, p. 400, *apud* Silva Sánchez, ob. cit., p. 25.

34 **Jesús María Silva Sánchez**: ob. cit., p. 34.

resolvidos os grandes problemas sociais do nosso tempo. Mesmo assim, novas leis penais são editadas, apenas para satisfazer uma aparente necessidade de aplacar a opinião pública.

Essa onda certamente passará e em seu lugar surgirá o chamado “Direito Penal Mínimo”. Este parte do princípio de que sendo a pena uma “amarga necessidade” deverá ser aplicada dentro dos rigorosos limites da necessidade e, além disso, o rol dos crimes deverá ser reduzido à proteção dos bens jurídicos fundamentais, ou, como querem os funcionalistas, a garantir a identidade normativa da sociedade, indispensável à manutenção da convivência, ou seja, deverá ser evitada a “violência social informal”. É nesse sentido que deve ser entendido o princípio da “intervenção mínima”.

No Direito Penal Mínimo todas as garantias formais deverão ser respeitadas e, com ele, será exercida uma dupla função preventiva geral, a saber: o cometimento de crimes e o exercício de reações punitivas por parte dos indivíduos vitimados, em geral arbitrárias e desproporcionais. Os destinatários das normas devem se sentir protegidos duplamente: contra a ação criminosa do delinqüente e contra a ação desproporcionada e ilegítima do Estado. Um Direito Penal assim concebido se legítima, por ser instrumento de minimização da violência no seio da sociedade.

Com **Ferrajoli** podemos dizer que o Direito Penal Mínimo se caracterizará “pela máxima redução quantitativa da intervenção penal, da mais ampla extensão de seus vínculos e limites garantistas e pela rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva”.

Esse Direito Penal Mínimo não terá sua eficácia vinculada à idéia de prevenção geral e especial negativa. Esse conceito deve ser esclarecido. Vejamos.

Tradicionalmente, a idéia de prevenção importava na intimidação. A crença na eficácia da intimidação dos potenciais criminosos contribuiu para o surgimento de um Direito Penal do terror, com longas penas privativas de liberdade, prisão perpétua, pena de morte, cuja execução era pública, com requintes de crueldade e precedida de tortura. Mais tarde, já nos começos do século XIX, passou-se a entender a prevenção como “ameaça penal”, daí a teoria da coação psicológica de que tratou **Feuerbach**. Esta consistia também na intimidação, não mediante terror, mas mediante o sentimento de desprazer ou de medo que o mal da pena gerava.

A essa forma de entender a prevenção dá-se o nome de “prevenção geral ou especial negativa”.

Para o Direito Penal Mínimo, entretanto, o sentido da prevenção se inverte. Trata-se de obter o mesmo efeito preventivo através da “tutela das expectativas da comunidade com a manutenção da validade da norma infringida”. Essa mudança de sinal da prevenção, que passa de negativo para positivo, como afirma **Figueiredo Dias**, deixa de ter em vista os potenciais criminosos para dirigir-se a todos os cidadãos³⁵.

Com a pena fundamentada numa idéia de prevenção positiva o que se pretende assegurar é o restabelecimento e a manutenção da paz pública perturbada pelo cometimento do crime, através do fortalecimento da consciência jurídica da comunidade, no respeito pelos comandos jurídico-penais, ou na palavra de **Jakobs**, o que se busca é a estabilização das expectativas comunitárias de validade e vigência da norma violada³⁶.

35 **Jorge de Figueiredo Dias**: *ob. cit.*, p. 228.

36 **Günther Jakobs**: *Schuld und Prävention*, p. 10 e 31, *apud Anabela Rodrigues*: *ob. cit.*, p. 321.

A prevenção positiva, além de se caracterizar como uma força moralizadora, importa também na confirmação da fidelidade ao direito ou, em outras palavras, na estabilização das expectativas do ordenamento jurídico, sendo portanto um agente de integração social, legitimando o Direito penal.

Além do mais, a idéia de prevenção positiva é a que melhor se ajusta ao modelo do Estado de Direito Democrático. Este como ensina **Mir Puig** “deve apoiar o seu Direito Penal no consenso dos cidadãos, pelo que a prevenção geral não pode ser perseguida através da mera intimidação, que supõe a ameaça da pena para os possíveis delinqüentes, antes deve ter lugar satisfazendo a consciência jurídica geral, mediante a afirmação das valorações da sociedade”³⁷.

Por tudo isso, o Direito Penal Mínimo do futuro, partindo de uma construção inovadora do sistema jurídico-penal, buscará a estabilização social, a orientação da ação e a institucionalização das expectativas pela via da restauração da confiança na vigência das normas, pois a convivência requer uma certa segurança e estabilidade das expectativas de cada indivíduo frente ao comportamento dos demais. Por isso, as normas jurídicas devem ter validade independentemente de seu cumprimento real, pois servem de orientação para conduta individual nas relações de convivência. Mesmo que essas normas sejam violadas, ainda assim, a confiança na validade e vigência delas não pode ser abalada sob pena de tornar impossível a convivência. Por isso, a pena se destina a reforçar em todos os membros da comunidade a idéia de confiança na validade e vigência das normas e a certeza de que cada pessoa cumprirá o seu papel.

Estas são algumas das características fundamentais do Direito Penal contemporâneo e as mais prováveis perspectivas para o futuro.

**Publicado originalmente na Revista nº 6 jul./dez. 1997, p. 89.*

³⁷ **Santiago Mir Puig**: *Función de la pena y teoría del delito en estado social y democrático de derecho*; Barcelona, 1982, p. 30 e 31.

ANTINOMIAS INCONCEBÍVEIS ENTRE OS CÓDIGOS PENAIS COMUM E MILITAR**

JORGE ALBERTO ROMEIRO*

Costuma-se dizer e com razão, por incrível que pareça, que os códigos baixados em épocas de ditaduras políticas, através de decretos-leis, levam a vantagem sobre os demais de manter sua inteireza técnica, não quebrada por demagógicas e tumultuárias emendas do Legislativo, conservando a pureza doutrinária dos anteprojetos e projetos, elaborados por juristas de prol.

Acreditamos que, por esse motivo, entre outros, foi aproveitada a oportunidade de, em 1969, estar sendo governado o País por uma Junta Militar, *ex-vi* do Ato Institucional n.º 16, de 14 de outubro do mesmo ano, que declarou vaga a Presidência da República em virtude de enfermidade do Presidente *Costa e Silva*, para a publicação de vários códigos e leis importantes, cujos projetos já se encontravam prontos.

Assim, uma semana após o referido Ato, o Diário Oficial da União, de 21 de outubro de 1969, publicou seis Decretos-Leis de n.ºs 1.000 a 1.005, que, respectivamente, deram a lume a Lei de Registros Públicos, os Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, a Lei de Organização Judiciária Militar e os Códigos Penal comum e de Propriedade Industrial.

Dessas leis vamos focalizar apenas, o CPM (Decreto-Lei n.º 1.001, de 21-10-69) e o CP comum (Decreto-Lei n.º 1.004, da mesma data).

O CP comum de 1969, como preconizava sua Exposição de Motivos, seria talvez, na época, a melhor de nossas codificações penais, porque fruto de numerosas contribuições oferecidas ao exame do seu anteprojeto de autoria do Ministro *Nelson Hungria*, com estudos e críticas apresentados por Faculdades de Direito, pelos Conselhos da OAB e por diversas instituições, entre as quais se destacava o Instituto Latino-Americano de Criminologia, com um ciclo de conferências e debates realizados em São Paulo.

Suas inovações doutrinárias, acompanhando o desenvolvimento da mais moderna ciência penal, eram tantas e tão avançadas que, por ocasião de sua feitura, o legislador do vigente CPM se entrosou com a sua Comissão Revisora, mirando, segundo declaram, *apertis verbis*, a Exposição de Motivos de ambos os códigos, ao “objetivo de dar o máximo de unidade às leis substantivas penais do Brasil, evitando a adoção de duas doutrinas para o tratamento do mesmo tema, a fim de se estabelecer perfeita aplicação das leis penais em todo o território nacional”.

Ocorreu, porém, o imprevisto, como sói acontecer no Brasil, notadamente no terreno político. A atual Presidência da República é bem expressiva a respeito...

Publicados os dois códigos, o CPM entrou em vigor a 01/01/70, sendo procrastinada, por várias leis, a vigência do CP comum, que aguardava a publicação do CPP comum, que ainda tramitava, em projeto, nas Casas do Legislativo.

* Ministro do Superior Tribunal Militar.

** Conferência proferida na Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas, em 21-10-1986.

Eis senão quando, 9 anos depois, em 1978, pela Mensagem n.º 295, foi retirado do Congresso o projeto do CPP comum, a fim de sofrer uma revisão total, e, pela Lei n.º 6.578, de 11 de outubro, foi revogado o CP comum de 1969, permanecendo em vigor o velho CP de 1940.

O tiro saiu pela culatra. Os dois Códigos Penais comum e Militar vigentes nunca se distanciaram tanto em matéria doutrinária. Restando o Militar, em alguns pontos, bem mais avançado que o comum, o que encerra um desacerto, por tratar de direito penal especial, cujos princípios gerais deveriam acompanhar os do Direito Penal Comum, coincidir com eles.

Por outro lado e como sabeis, a 11 de julho de 1984, a Lei n.º 7.209, alterou a Parte Geral do velho CP comum de 1940, que, na sua Parte Especial, continua em vigor.

Mas, essa Nova Parte Geral do CP comum, além de não afinar doutrinariamente com a do revogado CP de 1969, manteve regras e artigos do CP de 1940, a par de inovações mais arrojadas que as do revogado Código de 1969, continuando assim a brigar, doutrinariamente, os CPs comum e Militar, frustrada a *voluntas legislatoris*, à qual nos referimos de início, de igualá-los doutrinariamente.

Respirar algumas discrepâncias doutrinárias existentes entre os dois códigos, cuja aplicação passou, por isso, a gerar grandes injustiças, e focalizar equívocos, resultantes da cópia inadvertida de dispositivos do revogado código comum de 1969 pelo legislador do vigente CPM, é o objetivo dessa palestra.

Nem se pense que esse objetivo é apenas recreativo, lírico, acadêmico, como possa parecer. Tem relevantes conseqüências práticas como ides ver. E não se deve olvidar que os atuais concursos para a magistratura e o MP da Justiça comum, principalmente nos Estados cuja 2.ª instância aplica o CPM aos integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros, já vêm incluindo, em seus programas, pontos de direito penal militar.

Somente nos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais isso não acontece, porque ali há tribunais militares estaduais de 2.ª instância, os quais, ao que se apreço por aí, os futuros constituintes pretendem eliminar.

Um dos institutos penais mais característico das divergências que pretendemos apontar é o do estado de necessidade.

Sabeis não ser passível de pena quem age em estado de necessidade. *Necessitas caret legem*. Ou, como diz prólogo jurídico alemão: *was einem Menschen nicht zugemutet wird, das wird ihm auch nicht geboten* (o que não se pode exigir a um homem, não se lhe pode impor).

A crônica judiciária é pingue de casos de estado de necessidade, os mais horripilantes.

Não faz muito tempo, estremeceu-se a opinião pública com o fato divulgado pela imprensa escrita e falada de alguns sobreviventes de um desastre de avião, que caiu nos Andes, se haverem alimentado dos cadáveres dos que haviam falecido, até serem localizados. Muito pior e no mesmo local, aconteceu em 1927. Quatro pessoas que atravessavam a mesma cordilheira, de *San Juan*, na Argentina, para o Chile, perdidas e sem alimentos, degolaram a mais fraca delas e comeram-lhe as carnes e beberam-lhe o sangue, a fim de sobreviverem, até conseguirem socorro.

Se alguém da seleta assistência aprecia excursões por lugares impérvios nunca se faça acompanhar de excursionistas mais robustos, pois correm o risco de, com requintes culinários, serem almoçados ou jantados por eles, cuja digestão não seria perturbada por remorsos da prática de crime.

O estado de necessidade não escapou ao gênio cômico de *Charles Chaplin*, que, no filme *Em Busca do Ouro*, coloca *Carlitos*, sem alimentos, em um casebre na neve, o qual, após comer os sapatos e seus cadarços à maneira italiana de comer macarrão, enrolando-os no garfo, é visto por seu truculento companheiro, em famélicas alucinações, como um enorme frango, a ser morto e saboreado.

Desde quando os jusnaturalistas generalizaram a noção de estado de necessidade e o transplantaram para o direito penal, que se vem discutindo se é causa de exclusão de crime ou apenas de culpa, preponderando a primeira alternativa em nosso direito penal. É a chamada *teoria unitária*.

Modernamente, entretanto, a doutrina e a jurisprudência alemã consagraram nos §§ 34 e 35 do *Strafgesetzbuch* (CP alemão) a chamada *teoria diferenciadora*, que distingue o estado de necessidade justificante, excludente de ilicitude (*Rechtfertigender Notstand*) do estado de necessidade exculpante, só excludente de culpa (*Entschuldigender Notstand*), fazendo o balanço dos bens e interesses em conflito.

Quando os bens e interesses necessariamente sacrificados são inferiores aos protegidos, o estado de necessidade é justificante, quando iguais ou superiores, o estado de necessidade é exculpante.

Quebrando uma tradição do nosso direito penal, mantida pela Nova Parte Geral do CP comum, o revogado CP comum de 1969, enfeitando a *teoria unitária*, que sempre conceituou o estado de necessidade, entre nós, como causa excludente de crime, adotou a *teoria diferenciadora*, a qual se encontrava expressa nos seus artigos 25 e 28, que foram reproduzidos, *ipsis litteris*, pelos artigos 39 e 43 do CPM.

Adotando, portanto, a *teoria diferenciadora*, reza o artigo 39 do CPM, com a rubrica marginal “estado de necessidade como excludente de culpabilidade”: “Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa”.

É a *unzumutbarkeit* do direito alemão, a inexigibilidade de conduta diversa fundamentando a não culpabilidade do agente. O direito alheio sacrificado, de acordo com esse artigo, notadamente se comparado com o que vamos ler a seguir, deve ser igual ou superior ao bem protegido.

Dispõe o artigo 43 do CPM, cópia do artigo 28 do revogado CP comum de 1969, com a rubrica marginal “estado de necessidade como excludente de crime”:

“Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo”.

Ficou, assim, o direito penal militar em gritante divergência doutrinária com o direito penal comum, que, adotando a *teoria unitária*, dispõe na Nova Parte Geral:

“Não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade” (art. 23, I); e, no artigo 24, com a rubrica marginal “estado de necessidade”, *tout court*:

“Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. §1.º. Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”.

A fórmula do artigo de inexistência de crime é ampla. Abrange todos os casos de sacrifícios de bens e direitos alheios, iguais, inferiores ou até mesmo superiores aos protegidos, embora alguns penalistas entendam que está excluído o sacrifício de bens superiores aos protegidos.

Nestas condições, a aplicação dos dois códigos caracteriza flagrantes injustiças como já deveis ter sentido.

No exemplo clássico de estado de necessidade conhecido como da *tabula unius capax*, no qual um naufrago arrebata a outro a tábua de salvação, fazendo-o morrer afogado, se é aplicado o CPM, o agente tem apenas excluída sua culpabilidade e só pode proteger direito seu ou de pessoa a que esteja ligado por estreitas relações de parentesco ou amizade. Se, ao invés, é aplicado o CP comum, o agente não pratica qualquer crime, mesmo protegendo o direito de um inimigo.

Há mais. Por aplicação do CPM, o estado de necessidade, quer excludente de crime, quer de culpabilidade, não pode ser invocado pelo agente quando dolosa ou culposamente haja causado a situação de perigo. Assim, p. ex., num incêndio, causado culposamente por um militar (art. 268, § 2.º), não pode ele alegar estado de necessidade para justificar dano inevitável imposto a outrem. Enquanto que, por aplicação do CP comum, isso só ocorre se a situação de perigo resultar de ação dolosa do agente, pois reza o artigo 24 da Nova Parte Geral do CP comum: – “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou *por sua própria vontade*”, isto é, por dolo; – ressalva essa inexistente nos dois artigos do CPM sobre o estado de necessidade.

Pior ainda, por aplicação do CP comum, no mesmo exemplo citado, a vítima, o que tem seu direito sacrificado, não pode reagir em legítima defesa, pois a agressão que sofre é lícita, não constitui crime. Enquanto que por aplicação do CPM pode, uma vez que o estado de necessidade exclui, apenas, a culpa do agente. O fato é criminoso.

Outra divergência doutrinária dos dois códigos focalizados que pode resultar em grave injustiça, com a aplicação de ambos a uma mesma hipótese, é a referente ao erro.

Erro, como sabeis, é o falso conhecimento da realidade, sendo a ignorância, que é a ausência de conhecimento, a ele equiparada, para efeitos penais.

Copiando o revogado CP comum de 1969, nessa parte de acordo com o velho CP comum de 1940, o CPM seguiu a tradição romanística de distinguir entre erro de fato e erro de direito, só o primeiro e não o último permitindo isenção de pena. *Error iuris nocet*.

Mas a Nova Parte Geral do CP comum colocou em radical divergência doutrinária os dois códigos.

A Nova Parte Geral do CP comum, inspirada na teoria finalista da ação, transferiu a incidência do erro, do fato e do direito para o tipo e para a ilicitude do fato. São os erros de tipo e de proibição. Os *Tatbestandsirrtum* e *Verbotsirrtum* da dogmática alemã.

No erro de tipo, incide o erro nos elementos constitutivos do tipo legal, excluindo o dolo e só permitindo a imposição de pena por crime culposo, se previsto este pela lei (art. 20). No erro de proibição, a incidência do erro vai para a ilicitude do fato, excluindo a culpabilidade do agente se inevitável e, quando evitável, apenas minorando a pena (art. 21 e seu parágrafo único). Ambos esses erros que podem isentar de pena, pela exclusão do dolo no erro de tipo e da culpabilidade no erro de proibição, não correspondem, respectivamente, ao erro de fato e de direito do CPM, embora possam algumas vezes coincidir com eles. A diferença não está no *nomen iuris*, mas no local da incidência do erro. Nem importa o erro de proibição em desconhecimento da lei, que é inescusável, *ex-vi* da primeira parte do artigo 21 da Nova Parte Geral do CP comum.

Assim, a aplicação dos dois códigos penal militar e penal comum ao crime de violação de domicílio, p. ex., previsto por forma idêntica por eles (arts. 226 e 150), pode acarretar uma grande injustiça, em virtude de erro do agente.

Suponha-se que alguém invada compartimento não aberto ao público onde outrem exerça profissão, supondo não estar violando um domicílio.

De acordo com o CPM, trata-se de erro de direito e com o CP comum de erro de tipo, pois está escrito, em ambos os códigos, que o compartimento em foco é abrangido pela expressão “casa” equivalente a domicílio (§ 4.º, inciso III, dos arts. 226 e 150 dos CPM e CP comum).

Portanto, por aplicação do CP comum, haveria isenção de pena, uma vez que o crime de violação de domicílio não é previsto como culposo e, segundo o seu artigo 20, “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”. Enquanto que, se aplicado o CPM, a pena teria de ser imposta, por força de seu artigo 35, que reza: – “A pena pode ser atenuada ou substituída por outra menos grave quando o agente, salvo em se tratando de crime que atente contra o dever militar, supõe lícito o fato, por ignorância ou erro de interpretação da lei, se escusáveis”.

Com relação ao crime continuado, que, como sabeis, ocorre quando o “agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”, a injustiça decorrente da aplicação da Nova Parte Geral do CP comum e do CPM chega a ser estrupidante.

O CPM, que em matéria de concurso de crimes, copiou o revogado CP comum de 1969 (arts. 79 e 80, combinados, correspondentes aos copiados arts. 65 e 66, combinados), manda unificar as penas dos crimes praticados em continuação pela forma seguinte:

“Se as penas são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas; se de espécies diferentes, a pena única é a mais grave, mas com o aumento correspondente à metade do tempo das menos graves”.

A Nova Parte Geral do CP comum, repetindo a Parte Geral do velho Código de 1940, manda aplicar a pena de um só dos crimes se idênticos ou a mais grave, se diversas, aumentada em qualquer caso, de um sexto a dois terços (art. 71).

Assim, um crime continuado ocorrido através de meia dúzia de furtos, se a cada um deles é imposta a pena mínima cominada em ambos os códigos, que é de um ano de reclusão, a pena unificada será de seis anos, se aplicado o CPM, e de um ano e quatro meses no máximo, se aplicado o CP comum.

Ainda quando o juiz militar, no exemplo focalizado, quisesse exercer a faculdade que lhe confere o § 1.º do artigo 81 do estatuto penal castrense de diminuir no máximo um quarto da pena unificada no crime continuado, ela ainda assim seria fixada em 4 anos e 2 meses...

Em matéria de obediência hierárquica, a cópia de dispositivos do revogado CP comum de 1969 pelo legislador do CPM, a fim de igualá-los doutrinariamente, chegou a atingir as raízes de um absurdo, o qual vamos referir.

Em direito penal militar, a recusa de obediência à ordem do superior hierárquico, sobre assunto ou matéria de serviço, constitui fato muito grave. É crime previsto pelo CPM: o crime de insubordinação (art. 163), pois a obediência é o fundamento básico da disciplina, alma das Forças Armadas, sustentadora de impérios, na célebre frase do testamento político de *Frederico, o Grande* (*cette discipline fait l'âme des armées, tant qu'elle est en vigueur, elle soutiens les empires*).

Haveis de ter estranhado havermos dito em francês, tal qual a deparamos, aliás, no *Militärstrafrecht* de *Eberhard Schmidt* (Berlin, 1930, p. 1), a frase do rei da Prússia, quando ele era alemão e não francês.

É que *Frederico, o Grande*, desprezava sua língua nativa, só a usava para falar com soldados e cavaleiros, como nos informa *Afrânio Peixoto*, em sua *Noções de História de Literatura Geral* (Rio, 1932, pp. 363/369). O idioma oficial de sua Corte era o francês, no qual, aliás, está redigida toda sua volumosa obra de história, de política e de correspondência.

Mas, prosseguindo, se o CPM pune a desobediência como crime de insubordinação, não poderia, logicamente, deixar de dispor, por outro lado, como fez no artigo 38, letra *b*, não ser “culpado quem comete o crime... em estrita obediência à ordem direta do superior hierárquico, em matéria de serviços”. Ressalvando, entretanto, nos parágrafos 1.º: “responde pelo crime o autor... da ordem”; e 2.º: “se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato *manifestamente criminoso*, ou há excesso nos atos ou na forma de execução, é punível também o inferior”.

Acolhe o artigo um sistema intermediário ou sincrético entre as teorias conhecidas em direito penal militar, como das baionetas inteligentes (*baionettes intelligentes*), segundo as quais o militar deve desobedecer as ordens não objetivamente legítimas, e da obediência cega (*obeissance aveugle*).

É o sistema do direito penal militar anglo-americano, alemão, italiano, francês e suíço.

O militar só pode e deve desobedecer a ordem direta do superior hierárquico em matéria de serviço, sem incorrer no crime de insubordinação, se ela “tem por objeto a prática de ato *manifestamente criminoso*”.

A expressão *manifestamente*, usada no artigo 38, há de ser entendida, de acordo com as circunstâncias, por forma objetiva, como conhecimento instantâneo da criminalidade do ato, sem necessidade de outras reflexões (*ohne weiteres Nachdenken erkennt*), como bem acentua *Joachim Schözl* (*Wehrstrafgesetz Kommentar, München, 1975, §§ 5, 10, pp. 71/72*), a propósito de vocábulo semelhante (*offensichtlich*) na Lei Penal Militar alemã. O juiz não deve levar em conta a capacidade de conhecimento do subordinado, mas a de qualquer soldado (*beliebigen Soldaten*), que se não distinga por sua inteligência, nem por sua maior ou menor responsabilidade pessoal (*Zurechnungsfähigkeit*). O caráter criminoso do ato deve ser *manifesto* para todo o mundo (*Jedermann*), como, p. ex., a ordem de agressão a um subordinado por vingança pessoal.

A expressão *manifestamente* deve ser interpretada, portanto, não subjetiva, mas objetivamente!

Acontece, entretanto, que logo adiante, o CPM, no artigo 41, nega tudo o que está dito no já focalizado artigo 38.

Dispõe o artigo 41: – “No caso do artigo 38 se a ordem não era manifestamente ilegal... o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena”.

Mas, se a ordem *não* era manifestamente criminosa, ou ilegal, como diz o artigo 41, de acordo com o artigo 38 não é punível o subordinado. Como, pois, pode o juiz atenuar-lhe a pena?

É que o artigo 41 do CPM copiou o artigo 26 do revogado CP comum de 1969, que rezava: – “No caso do artigo 24, letra *b* (que dizia não ser culpado quem comete o crime em obediência à ordem *NÃO* manifestamente ilegal, ao invés de criminosa, de superior hierárquico), o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena”.

O artigo 24, letra *b*, do revogado CP comum de 1969 se referia à “obediência à ordem *não* manifestamente ilegal” (por forma negativa) e o artigo 38, em seu § 2.º, do CPM à ordem que “tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso (por forma afirmativa). Daí a contradição dos artigos 38 e 41 no CPM.

Demais, o CPM é bem mais restrito que o CP comum quanto à possibilidade do descumprimento de ordens em matéria de serviço pelo subordinado, por interesse, como é óbvio, da disciplina militar. Só quando a ordem em matéria de serviço tem por objeto a prática de ato *manifestamente criminoso* deve ser descumprida, enquanto que no CP comum, para tanto, basta que a ordem seja *manifestamente ilegal*, expressão bem mais ampla que a só abrangente de ato *manifestamente criminoso*.

Em face do exposto, dogmaticamente, deve ser considerada como não escrita a parte do artigo 41 do CPM referente ao artigo 38, por força da regra de hermenêutica conhecida como *interpretatio abrogans*. A interpretação que ab-roga, que considera revogado um dispositivo que briga com outro mais relevante.

Atendendo, porém, a que, no magistério de *Coviello (Manuale di Diritto Civile Italiano, Parte Generale, 2.ª ed., 1915, § 25, p. 78)*, só se deve considerar letra morta um dos dispositivos legais em flagrante contradição ou antinomia quando são vãs todas as tentativas para removê-la (*quando tutti i tentativi per rimovela siano riusciti vani*), pode o artigo 41 ser entendido às avessas e como mencionando *ordem manifestamente criminosa* ao invés de não manifestamente ilegal, pois outra não poderia ter sido a *voluntas legislatoris*, como se depreende da interpretação histórica do dispositivo. Assim, deve ser lido o artigo 41 como se dissesse: – “No(s) caso(s) do artigo 38, letra(s)... *b...* se a ordem *era* manifestamente *criminoso*... o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena”.

Essa admissão de validade às avessas do artigo 41 só consideramos possível, em se tratando de direito penal, porque beneficia o réu. Em caso contrário, preponderaria a *interpretatio abrogans*.

Em matéria de obediência hierárquica em nosso direito penal militar, há uma hipótese interessante com a qual pretendemos encerrar esta palestra, deixando sua controvertida solução à argúcia jurídica dos simpáticos e inteligentes ouvintes.

É o caso do superior que, em matéria de serviço, dá uma ordem que, para ele e a maioria dos que a presenciam, seria perfeitamente lícita, a qual, entretanto, só ao subordinado se apresenta criminosa.

Seria o caso do oficial que, por engano, ordena a prisão de um soldado por outro, quando só o subordinado tem ciência dessa confusão, em virtude de conhecimento próprio.

Neste caso, em frente à expressão legal “ato manifestamente criminoso”, deve o subordinado não cumprir a ordem, sob pena de cometer o crime de abuso de autoridade (art. 4º, letra a, da Lei nº 4.898, de 9-12-65)?

A quem o ato, na forma da lei, deve ser manifestamente criminoso? Ao executor da ordem (critério subjetivo) ou à generalidade dos militares (critério objetivo), a fim de impedir, no interesse da disciplina, o descumprimento de ordens, sob a alegação de motivos particulares?

Seria lícito, legalmente, admitir-se uma evidência particular, uma evidência que não fosse geral ou comum?

Como já dissemos, trata-se de uma *vexata quaestio*. Os penalistas alemães e a maioria dos italianos, opinam pelo não cumprimento de ordem pelo subordinado, sob pena de ser responsabilizado criminalmente. Mas, na Alemanha, é expresso nesse sentido o § 5.º, I, da *Wehrstrafgesetz* (Lei Penal Militar) e a *Relazione al Re* (Exposição de Motivos) do *Codice Penali Militari di Pace* italiano, que no artigo 40, também usa a expressão “manifestamente”, como o artigo 38 do nosso CPM, excepciona, na hipótese, o inegável critério objetivo da lei, no item 32, *verbis*: – “Quando seja, todavia, adquirida a certeza da ciência pelo militar de cometer um crime na execução de ordem recebida, isso dispensa toda ulterior indagação objetiva da manifesta criminalidade da mesma ordem” (*cio dispensa da ogni uteriori indagina obiettiva sulla palese criminalità dell’ordine stesso*).

Se, no exemplo dado, o subordinado cumpre a ordem, parece que nada o impede de invocar em seu favor a eximente da obediência hierárquica, pois, com a realização da prisão, o equívoco será afinal esclarecido e uma ordem de prisão não é um ato manifestamente criminoso.

Mas, quando seja irreparável a consequência criminosa da ordem, como a morte da pessoa objeto do engano, contra a qual, em virtude de sua resistência, teve de atirar o subordinado?

Com esta interrogação encerramos a palestra, agradecendo a honra da atenção que nos foi dispensada.

**Publicado originalmente na Revista nº 25 jan./jun. 1987, p. 46.*

Introdução

1. O Código Penal brasileiro prevê no art. 318 o crime de *facilitação de contrabando ou descaminho*, cuja ação está assim descrita: “Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho.”

Embora seja um antigo delito funcional, a análise do respectivo tipo pode gerar, entretanto, alguma perplexidade, sugerindo, como primeira assertiva, aquilo que a doutrina brasileira, desde **Nelson Hungria**, e sem qualquer outra preocupação, vem admitindo, que o delito possa ser praticado por ação ou por omissão.¹ Mas esta simples afirmativa, ainda que correta, não esgota o âmbito da investigação típica. Se praticado por omissão, podemos, por exemplo, em seguida perguntar: trata-se de crime omissivo próprio ou impróprio? Dada as características do tipo legal, essa é uma pergunta para a qual não encontramos resposta à primeira vista. Se concluirmos que é omissivo próprio, imediatamente poderemos ser contestados para indicar *onde a lei se refere à omissão*, isto é, onde se diz que o crime consiste em omitir-se de taxar ou de investigar a mercadoria que entra no país. Se dissermos que se trata de crime omissivo impróprio, devemos também esclarecer acerca dos fundamentos do dever de garantidor. Por outro lado, a sua identificação, como crime omissivo próprio ou impróprio, não é produto de mera especulação doutrinária. Conforme se trate de um ou outro caso, devem variar os pressupostos de sua punibilidade. Daí que essa classificação merece um tratamento mais específico do que poderia aparentar.

2. Além de questões dessa ordem, que são comuns no trato judiciário, a vida cotidiana é extremamente rica de exemplos e de casos, aos quais a teoria jurídica muitas vezes não pode dar uma resposta satisfatória, porque ainda insuficientemente desenvolvida.

Situemos alguns deles.

3. Um guia alpinista convida umas pessoas para fazerem uma excursão ao Pico da Bandeira. Nessa excursão, alguns morrem porque o alpinista não lhes dá a devida atenção, deixando de indicar o caminho mais adequado de subida. Uma vez iniciado o procedimento criminal contra o alpinista, afirma este que, na realidade, não era ele um verdadeiro guia, já que não havia acordado com os demais de que os levaria são e salvos até o cume do morro, mas apenas os havia convidado para tal aventura.

Fato semelhante ocorre com a pessoa que vai à praia com seu filho menor e, desejando refrescar-se nas águas do mar, pede a alguém que está ao lado para *dar uma olhada na criança*, recebendo desse um rápido assentimento. Pois bem, enquanto a mãe dá o seu mergulho, a criança corre, entra na água e morre afogada, porque a pessoa que deveria vigiá-la resolve dormir ao sol.

* Conferência proferida na Associação Mineira do Ministério Público, Belo Horizonte, 1995.

** Juarez Tavares é Professor Titular de Direito Penal e Procurador Regional da República no Estado do Rio de Janeiro.

1 **Nelson Hungria**. *Comentários ao Código Penal*, 1959, vol. IX, p. 374.

4. Dois irmãos, sem qualquer acordo prévio, estão nadando em águas profundas. Um deles, de repente, é acometido de câibras e começa a afogar-se. O outro nada faz para ajudá-lo.

5. Em determinado edifício, observa-se defeito contínuo nos elevadores, a ponto de o ascensorista alertar o síndico para o problema, enfatizando que *alguém ali ainda ficaria preso*, obtendo, no entanto, como resposta de que tudo não passava de mera fantasia e que nada disso iria acontecer. Certo dia, um profissional liberal, que possuía consultório no prédio, precisou trabalhar até mais tarde, vindo a deixar o serviço após 22:00 horas, quando no local apenas permanecia um vigia. Toma o elevador e este pára no meio dos andares. Imediatamente, aciona o alarma e desperta o vigia. Este, contudo, apesar de sua boa vontade, não sabe como mover o elevador, nem como abrir suas portas. O profissional liberal pede-lhe então, que se comunique com o síndico pelo telefone da portaria, o que é feito. O síndico lhe diz, porém, que nada poderia fazer, que esperasse até o outro dia, de manhã, quando chegasse o ascensorista. Ademais, não poderia ir até o local, porque estaria de saída para uma festa.

6. Esses exemplos são simples e corriqueiros, mas sua análise sugere a prévia investigação acerca da estrutura dos delitos omissivos, cujo complexo de fundamentos distintos tem sido de certa forma relegado pela doutrina.

O tema dos delitos omissivos, na verdade só passou a alcançar maior repercussão, quando, no art. 13, § 2º do Código Penal, o legislador brasileiro encampou uma parte da elaboração doutrinária, inserindo nesse dispositivo as fontes do dever de garantidor, ou melhor, as fontes que fundamentam a posição de garantidor. Desde então os juristas têm aguçado sua percepção na busca de soluções adequadas, ainda que não definitivas, às questões que daí decorrem, principalmente acerca da parte omissiva dos crimes comissivos e do perfeito equacionamento dos limites do dever de impedir o resultado, que expressam em certa medida os pontos centrais da investigação.

Ação e omissão

7. Mas, a primeira grande tarefa dos juristas, ao tratarem dos *crimes omissivos*, não se situa imediatamente na delimitação do dever de impedir o resultado, senão em determinar como se procede à diferenciação entre *ação* e *omissão*. Esta é a tarefa inicial e decisiva. Afinal de contas, essa foi a preocupação de toda a doutrina do Direito Penal, desde que se formaram os sistemas da *teoria do delito*.

8. Na evolução do conceito analítico de delito e tendo em vista a sua escassa incidência prática, a omissão não passava, inicialmente, de modalidade secundária de ação. Na realidade, o delito omissivo, como tal, só muito lentamente é que veio a despertar maior curiosidade de análise. O importante era a identificação da ação positiva, da qual deveria resultar a omissão. Ainda que concebido como delito autônomo, os crimes omissivos só começaram a engendrar um regulamento próprio a partir do século XIX, quando se desperta a atenção à necessidade de uma regra geral da omissão. Antes disso, o problema se achava limitado ao exame de casos concretos, relativos aos delitos de homicídio, infanticídio, omissão de socorro ou omissão de comunicação de crime.²

² Mezger. *Tratado de Derecho Penal*, tradução de Rodriguez Muñoz, 1955, vol. I, p. 19, nota 1.

A adoção de uma regra geral de omissão não decorre, entretanto, de uma imposição legislativa, mas é fruto da evolução que se processa na teoria do delito, notadamente com a introdução do conceito de conduta, por parte de **Berner** em 1857, que possibilitou a separação entre ação e punição, como consequência tardia da concepção hegeliana sustentada na culpabilidade de vontade.³ O ponto crucial dessa evolução foi traçado, porém, com o conceito de tipo formulado por **Beling**, o qual, superando as proposições da doutrina anterior, que se mostrava incapaz de diferenciá-lo da noção de conduta, possibilitou, ademais de outros efeitos, a consecução de um conceito geral de ação, baseado no dogma causal.⁴

9. Vê-se, portanto, que, uma vez superada a questão da possibilidade de um conceito geral de ação, era natural que daí decorresse para a *teoria causal* uma dificuldade ainda maior, que era a de estender o seu conceito de ação, tomada como causa de um resultado, à modalidade da omissão.

É cediço que a *teoria causal* não formulou, a princípio, um conceito de ação no sentido de que, diretamente, se pudesse dizer que a *ação fosse causa de um resultado*. Há outros modos de expressar esse conceito, de maneira indireta, mais literária, mas que no fundo signifiquem a mesma coisa.

O nosso saudoso **Aníbal Bruno** dizia que a ação constitui “*um comportamento humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior*”.⁵ Igualmente, **Von Liszt**, um dos mais criativos penalistas de todos os tempos, conceituava a ação como “*a produção de uma modificação no mundo exterior, referenciada à vontade humana*”.⁶ Embora os enunciados se apresentem distintos, isto nada mais é do que a retratação de um procedimento causal que se desdobra, que se desenrola no mundo exterior e produz um acontecimento perceptível, que é o seu resultado. Se o que importa é o processo de produção do resultado, a ação, que se identifica com esse processo, deve ser concebida como causa desse resultado. Como o conceito de ação serve de elemento primário de ligação entre todos os elementos do delito, deve englobar também a omissão, a qual, é claro, deveria da mesma forma ser vista nesse contexto como “*causa de um resultado*.”

Entretanto, a transposição da causalidade da ação à omissão não pode ser feita sem maiores problemas. Como conceber, como causa de um resultado, uma inatividade que não tem no mundo exterior qualquer expressão de procedimento causal? A discussão já começa a agravar-se quando se busca equacionar o que se deva entender por *causa de um resultado*.

10. Não é de hoje que a causalidade tem suscitado os mais acalorados debates, tanto no âmbito das ciências naturais quanto no Direito. Enquanto no Direito, pela necessidade de justificação da responsabilidade, a causalidade é sempre tomada no sentido lógico de certeza, na teoria científica moderna, chegou-se à conclusão de que não há causalidade exata, precisa, inequívoca. A causalidade só pode ser aferida depois que o processo já se desenvolvera e se sabe o que o teria impulsionado ou se tem, então, uma idéia intuitiva de que existe um responsável por aquele resultado. Mas, antes disso, não há como elaborar hipoteticamente o que poderá constituir a *causa* de um resultado.

3 **Roxin**. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª edição, 1994, p. 180.

4 **Roxin**. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1994, p. 181.

5 **Aníbal Bruno**. *Direito Penal, Parte Geral*, 1959, vol. I, p. 282.

6 **Von Liszt**. *Lerbruch des deutschen Strafrechts*, 1891, p. 128.

Parece que, dado o grau de incerteza de suas variadas fórmulas, nenhuma teoria que se ocupe do conceito de causa pode elucidar essa matéria. No campo das ciências empíricas, essa incerteza quanto à identificação da causalidade tomou maior significado, por exemplo, com as investigações procedidas no setor do átomo e sua evolução. O cientista alemão **Heisenberg**,⁷ da Universidade de Munique e Prêmio Nobel de Física, ao proceder à elaboração dos princípios informadores da teoria quântica, enuncia na década de trinta o *princípio da indeterminação*, pelo qual a impossibilidade de serem obtidas medidas corretas de uma determinada magnitude, sem desconsideração de outra magnitude com ela relacionada, conduz à conclusão de que, no mundo dos corpúsculos nucleares, a causalidade não é certa, mas meramente provável. Mas antes disso, a causalidade já era posta em questão com a antiga teoria de **Maxwell**, que foi enunciada para explicar um dos *princípios da termodinâmica*. Segundo este princípio, um corpo quente, que se vincule a um corpo frio, produz a passagem de seu calor para este corpo frio e não vice-versa. Quer dizer, quando dois corpos entram em contacto, um quente e o outro frio, o primeiro que está quente, transfere ao segundo, que está frio, uma parte de seu calor, no sentido de um equilíbrio térmico. Segundo **Maxwell**, essa constatação empírica, entretanto, não é certa, é meramente provável, assim como tudo na investigação científica. Essa formulação da termodinâmica, embora do século passado e o princípio da indeterminação marcaram no campo da causalidade uma perspectiva completamente diferente do que a *ciência* até então havia indicado, pois a desvinculavam dos enunciados da mecânica, até então dominantes e que sempre exerceram enorme e significativa influência no âmbito do Direito, e ainda alteravam o pressuposto empírico de sua configuração lógica.

Na esteira dessas modernas concepções, podemos dizer que a causalidade não pode ser equacionada através de uma teoria única, segundo a qual sempre, e da mesma forma, ela deverá verificar-se. Daí a tentativa de superar a velha teoria da condição, mediante uma individualização da causalidade, primeiramente no plano naturalístico, com a teoria da adequação proposta por **Von Kries**, e depois no plano normativo, com a teoria da relevância jurídica, elaborada por **Mezger**.

De acordo com a proposição de **Von Kries**, a causalidade seria unicamente aferida com base na experiência, segundo um juízo de previsibilidade, o qual, conforme o complemento trazido por **Traeger** deveria ter em conta todas as condições existentes ao tempo da ação, conhecidas ou cognoscíveis por um homem prudente.⁸

Por sua vez, **Mezger** entende que a causalidade, tomada no sentido da teoria da condição, não é suficiente para fundar o nexo de responsabilidade, senão em atenção à relevância jurídica da condição, que só poderá ser reconhecida no processo de interpretação teleológica da norma⁹.

Mas, como a causalidade é meramente provável, está claro que toda teoria causal é falha, porque está trabalhando sobre juízos e critérios de probabilidade e não de certeza. Se a incerteza torna-se a regra, fica, assim, mais difícil ajustar-se o conceito de omissão, como inatividade, ao conceito de causa, que fundamenta o conceito de ação.

11. Dentro da evolução percorrida pela teoria do delito, os primeiros critérios estabelecidos para justificar a causalidade na omissão, até pelas suas dificuldades, buscaram fundamentá-la em algo positivo, como na prática de ação diversa. Assim,

7 **Heisenberg**. *Die physikalischen Prinzipien der Quantumtheorie*, 1930, IV § 3º.

8 **Traeger**. *Der Kausalbegriff im Straf-und-Zivilrecht*, 1927, p.159.

9 **Mezger**. *Tratado de Derecho Penal*, tradução de Rodriguez Muñoz, 1955, vol. I, p. 243.

por exemplo, são as soluções apresentadas por **Luden**, com sua *teoria da ação contemporânea*, pela qual o que efetivamente causa o resultado proibido é a prática de uma ação positiva contemporânea à omissão, diversa daquela que deveria ter sido executada;¹⁰ e por **Krug, Glaser e Merkel**, com a *teoria da ação precedente*, que tomava como referência não a ação contemporânea, mas a ação realizada momentos antes.¹¹

Beling¹² que foi o grande teórico da teoria causal, ciente dos transtornos lógicos provocados por uma concepção puramente causal do delito, chegou à conclusão de que para fundamentar a causalidade na omissão só dispunha de um recurso, que era partir da investigação sobre o organismo da pessoa do omitente. Segundo ele, isto se daria da seguinte forma: na ação, a pessoa produz um movimento corpóreo e, portanto, desencadeia perceptivelmente a causalidade; na omissão, ao contrário, a pessoa não produz movimento corpóreo algum, mas, para não fazê-lo, deve retrain sua capacidade muscular de movimentar-se. Justamente nesta retração subsistiria a causa do resultado. Esta concepção, entretanto, não era nova. Nada mais é, aliás, do que uma reformulação sistematizada na teoria do delito das *teorias da interferência*, mencionadas por **Landsberg**, e sustentadas por diversos autores, dentre os quais **Binding**, que, contestando as antigas teorias da *ação precedente* e da *ação contemporânea*, tentavam demonstrar que a *omissão* teria uma eficácia ativa, de modo que o omitente, ao não agir, passaria a expressar uma força interferente sobre o impulso que normalmente o compelia a fazê-lo.¹³ Não será preciso socorrer-se de maiores indagações, para perceber a artificialidade dessas construções, que novamente deslocam o tema da causalidade do setor lógico para o biológico ou mecânico, tornando ainda mais obscura sua perfeita dimensão.

Procurando superar os percalços da concepção causal originária, **Mezger**, com base nos postulados assentados pelo *neokantismo* da Escola de Baden, principalmente por **Rickert**, enfatiza que “o problema da causalidade nos delitos de comissão por omissão aparece situado exatamente da mesma maneira e exatamente da mesma forma do que no fazer ativo, só que não em referência à omissão como tal, senão à ação positiva *esperada*, e a seu resultado”. A pergunta decisiva será, portanto, a seguinte: “o resultado juridicamente desaprovado teria sido evitado pela *ação esperada*”? Se a resposta for afirmativa, a omissão será considerada causa do resultado.¹⁴ Contudo, a referência à ação esperada, que só pode ser vista em face da exigência da ordem jurídica, está em contradição com a concepção causal primitiva, porque desloca a questão do plano natural da causalidade para o mundo dos valores e só pode vigor sob o enfoque da teoria da relevância jurídica, que deixa de ser uma verdadeira teoria da causalidade para transformar-se em teoria de imputação do resultado.

A omissão sempre representou, na verdade, um ponto nebuloso na *teoria do delito*, que não foi elucidado nem pela teoria causal e suas variantes e nem pelas teorias que se sucedem, por exemplo, a *teoria finalista*, as quais continuaram a defrontar-se com dificuldades para equacioná-la.

12. Afinal de contas, o que constitui a omissão? É uma inatividade? Mas, sendo uma inatividade, é modalidade de ação? Será outra categoria de comportamento, que, juntamente com a ação, integra, em seu todo, a conduta humana?

10 **Luden**. *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht*, 1840, vol. I, p. 467.

11 **Adolfo Merkel**. *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, p. 76.

12 **Beling**. *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 17.

13 **Binding**. *Die Normen*, II, p. 546; **Von Hippel**. *Deutsches Strafrecht*, 1930, vol. II, p. 158.

14 **Mezger**. *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, p. 299.

A própria *teoria finalista da ação* parte do conceito de que a ação, antes de ser valorada juridicamente, tem um fundamento natural, isto é, pertence à categoria ontológica do ser. Como a ação é conceito genérico e natural, assim também a omissão teria fundamento naturalístico, como *inação*. Seria a omissão, portanto, modalidade de conduta, como *inação*, que se contrapõe à ação, como modalidade de conduta positiva.¹⁵

A relação entre ação e omissão se situaria logicamente como os indicativos A e Não-A, objetos independentes do mundo do ser, cada qual com suas propriedades. Ainda que se reconheça a engenhosidade desta tese, talvez a única que poderia ser compatível ao esquema das categorias ônticas, ainda assim não abrange a questão em todas as suas particularidades e em toda a sua extensão.

A deficiência da *teoria finalista* reside na sua base, de conceber a omissão dentro da categoria do ser, quando esta só pode ser verdadeiramente retratada se vinculada a um dever de agir. E quando associamos uma ação, ou uma inatividade, a um dever de agir, já estaremos descartando a hipótese de que esta atividade ou inatividade possa ser vista, exclusivamente, sob o enfoque naturalístico. É que o dever de agir não é qualquer coisa pertencente à categoria ôntica, isto é, não possui substrato natural, mas possui, isto sim, um substrato axiológico. Quando impomos uma atividade a alguém, dizemos que essa atividade é imposta em face de um dever a que está vinculada determinada pessoa. Se a pessoa não estiver vinculada ao dever de agir, a sua inatividade é um *nada*, absolutamente irrelevante.

13. Seguindo uma variante subjetiva da teoria finalista, com base no desdobramento do princípio da finalidade potencial, **Khars** e **Herzberg**, primeiramente, e depois **Behrendt** e de certa forma **Jakobs** criam um conceito diverso de ação, com base no princípio da evitabilidade, a que se denomina de *conceito negativo de ação*. Ação seria, então, “a evitável não evitação de um resultado em posição de garantia”,¹⁶ ou “a realização do resultado evitável”.¹⁷ Com isso se quer significar que *comissão* e *omissão* se constituem de uma não evitação de alguma coisa, pois também nos delitos comissivos subsistiria a responsabilidade de evitar o resultado decorrente do movimento corporal do agente, atualizado como foco potencial de perigo.¹⁸

Este conceito negativo de ação, ainda que, para se constituir, tome como modelo um critério que poderia fundamentar um ato omissivo, que seria a evitabilidade do resultado, é incapaz de solucionar os problemas do enquadramento lógico e dogmático da omissão em um conceito superior de ação. Primeiramente, porque o próprio **Herzberg** não vê necessidade de utilizar um tal conceito na caracterização dos delitos omissivos em espécie. Em segundo lugar, porque se para os fatos comissivos o que basta é a não-realização do resultado, a qual é identificada com a sua evitação, para os fatos omissivos, onde o que ocorre é a não-realização da ação, o critério estaria baseado na *não-realização do resultado*, o que soa um absurdo.

Por sua vez, não socorre tal conceito a posição crítica de **Jakobs**, que primeiramente nega um conceito negativo e chega a taxá-lo de equivocado,¹⁹ mas, partindo do mesmo critério de evitabilidade, como elemento identificador da ação, desemboca uma posição mais equivocada ainda, quando, por exemplo, nega a

15 **Welzel**. *Derecho Penal Alemán*, tradução de Bustos Ramirez e Yañez Pérez, 1970, p. 276.

16 **Herzberg**. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 174.

17 **Jakobs**. “Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem”, in *Festschrift für Welzel*, 1974, p. 309.

18 **Herzberg**, *ob. cit.*, p. 173.

19 **Jakobs**, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1993, p. 143.

qualidade da ação à realização inevitável da morte de outrem, porque não estaria juridicamente configurado o plano do autor e, por conseguinte, inexistiria uma lesão à norma.²⁰

Mais criticável ainda se mostra a tese psicanalítica de **Behrendt**, para quem o conceito de ação não se ocupa do agir humano em geral, senão como expressão da por ele denominada *destrutividade humana*.²¹ Assim, a ação praticada em legítima defesa deixaria de constituir uma modalidade de causa de justificação, com a conseqüente exclusão da antijuridicidade, para se transformar em uma hipótese de ausência de ação, porque sendo tal fato inevitável conduziria à conclusão de que igualmente não caracterizaria uma expressão da destrutividade humana.²² A omissão não seria, portanto, entendida como a não execução de uma ação possível ou de uma ação esperada ou mandada, senão a omissão da direção contrária à tendência destrutiva da própria psique, tomada por base na sua esfera interior, existente antes mesmo da resolução volitiva.²³

Embora se possa reconhecer à condição da *evitabilidade* um significativo papel na teoria do delito, em especial na teoria da imputação objetiva, sua inserção só faz perturbar a sistematização desse conceito, trazendo como conseqüência uma transformação radical e confusa dos demais elementos do delito.

Por outro lado, como o critério da evitabilidade não é tomado exclusivamente no sentido objetivo, até porque seria difícil concebê-lo como elemento representado *a priori*, mas assentado na esfera interior do homem, sua adoção sob estes supostos induz a retratar todo o sistema do delito dentro de uma lógica subjetiva, onde o importante não será propriamente a defesa objetiva dos bens jurídicos, mas a conformidade interna do sujeito aos comandos normativos. Esta postura é própria de **Jakobs**, que vê a função do Direito Penal e da incriminação em geral referenciada como um instrumento de manutenção da ordem jurídica, como ordem normativa.²⁴

14. Percebendo a impropriedade de uma concepção ontológico-real da omissão, bem como das tendências mais recentes no sentido de uma subjetivação do conceito de delito, **Roxin** propõe, em seu recente *Tratado*, um conceito personalista de ação, segundo o qual a ação deve ser entendida como *expressão da personalidade*, isto é, “ação é tudo aquilo que o homem congrega como centro de sua manifestação anímico-espiritual”.²⁵ O próprio autor afirma que sua concepção não é nova, mas o resultado de uma evolução procedida sobre os conceitos precursores de ação enunciados por **Rudolphi** e **Arthur Kaufmann**, que na década de sessenta já haviam esboçado tal entendimento do agir como *objetivação da pessoa*.

Tomando a ação, portanto, como manifestação da personalidade, pretende **Roxin** poder superar os defeitos das concepções anteriores, que se reduziam a particularidades naturalístico-mecânicas (teoria causal), a formas especiais de aparecimento (finalidade), à sobreposição de valores sociais (teoria social) ou à esfera interior (teoria da evitabilidade).²⁶

20 **Jakobs**, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1993, p. 144.

21 **Behrendt** - *Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungs begriffs auf psychoanalytischer Grundlage*, 1979, p. 96.

22 **Behrendt**, *ob. cit.*, p. 106.

23 **Behrendt**, *ob. cit.*, p. 130.

24 **Jakobs**, *Strafrecht*, AT, 1993, p. 10.

25 **Roxin**, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, 1994, p. 196 e ss.

26 **Roxin**, *ob. cit.*, p. 197.

Embora se assente, como ponto de partida, em um dado natural (a personalidade humana) **Roxin** não pode deixar de reconhecer que o conceito de ação, muitas vezes, dadas as características reais de sua manifestação, está vinculado também a juízos de valor, de ordem social ou pronunciados pela ordem jurídica, através dos respectivos tipos de delito. Esse inclusive é o caso da omissão, que tomada dentro do conceito de ação como *manifestação da personalidade* está praticamente imbricada nos graus de valoração, que fundamentam o injusto. A omissão só será considerada como manifestação da personalidade se tomada em referência à *ação esperada*, a qual, normalmente, vem fundamentada socialmente, antes de sua configuração jurídica, em face de deveres sociais que são impostos ao sujeito.²⁷ A ação esperada, assim, não é a ação que se poderia evitar, ou a ação simplesmente que não se realizou por interferência mecânica ou muscular nem a não-ação referente a uma ação final determinada, inserida no âmbito das categorias reais, mas, sim, a ação que a comunidade social ou a ordem jurídica aguardava como instrumento de proteção do bem jurídico.

Em face dessa abordagem acerca da omissão, a recente concepção personalista de **Roxin**, portanto, não pode ser caracterizada como uma pura teoria naturalista de ação, mas simplesmente uma teoria de fundo naturalístico. Quer dizer, a ação não se compõe necessariamente de elementos puramente naturais, como condição de sua categoria ôntica, mas toma essa condição natural, de expressão da personalidade humana, como seu ponto de referência, evitando, com isso, uma concepção puramente normativista, própria do positivismo.

15. A relevância da omissão, como violação do dever de agir, é que assinala, assim, a sua própria existência. Pertence ela àquela categoria dos *objetos dependentes*, de que fala **Husserl**. Não possui existência real, por si mesma, senão quando associada a outro elemento, representado por um dever. Quando nos referimos à omissão, portanto, estamos no âmbito de um mundo axiológico, de um mundo onde valoramos as diversas modalidades de comportamento e não apenas de um mundo puramente naturalístico, onde o importante é unicamente assinalar suas características reais. Por isso, é que, na tarefa de diferenciação entre ação e omissão, para não cairmos nos mesmos erros causais, temos que descartar, desde logo, neste setor, a posição meramente naturalística.

Analisando a forma e as deficiências do tratamento do comportamento omissivo dentro da *teoria do delito*, que conduzem a posturas insolúveis, chegamos à conclusão de que a *teoria finalista* é basicamente uma teoria da ação, que foi concebida de modo funcionalmente correto no tocante aos *crimes comissivos*, mas que é claudicante quando procura tratar da omissão. E, embora quando trate da ação, em geral, supere, sem a menor dúvida, os enunciados da *teoria causal*, também como ocorre com essa *teoria causal* não consegue superar suas contradições na omissão, justamente porque incorre no mesmo erro, de considerá-la como um dado do ser (categoria ôntica) e não como um dado de valor (categoria axiológica).

Valoração da omissão

16. Ao buscar diferenciar a ação da omissão, temos que nos situar, portanto, em plano axiológico: a omissão não é modalidade de conduta que se reduza a elementos

²⁷ **Roxin**. *Strafrecht*, AT, I, p. 200.

puramente naturais. A omissão é modalidade de conduta valorada. E justamente em razão dessa valoração, é que adquire relevância social.²⁸

Por isso, o melhor modelo será aquele que situe o conceito de conduta dentro da ordem social e não exclusivamente na ordem natural. Quer dizer, a conduta como comportamento humano socialmente relevante, onde se considere o seu momento axiológico e se descarte toda fundamentação naturalística no tocante à omissão. A omissão passa, assim, a se enquadrar dentro de um campo valorativo e não num campo ontológico real.

17. Mas, surge um outro aspecto. Se a omissão tem fundamento axiológico, isto significa que ela passa a ser objeto de um juízo, pelo qual tem assegurada sua existência. E como objeto de um juízo, deve submeter-se à consideração de se depende também de uma norma jurídica ou possui relevância fora do Direito. Esta é uma questão que decorre do seu significado axiológico, como dado social ou normativo.

Se reconhecermos nos valores um substrato social e não exclusivamente normativo, como aliás deve ser, podemos assumir a postura inicial de que a omissão tem relevância e existência fora do Direito. A omissão, como modalidade de comportamento valorado, não pode afastar-se de seu conteúdo social, que lhe assinala a relevância independentemente de seu reconhecimento normativo. E pode, quando valorada juridicamente, gerar efeitos nas mais variadas disciplinas jurídicas, dentre as quais o Direito Penal.

Há ações, aliás, que presenciamos na coletividade, que constituem comportamentos, às vezes, considerados antiéticos, desleais, estranhos, irregulares, mas que não configuram, em qualquer hipótese, comportamentos juridicamente enquadráveis. Quantas vezes, por exemplo, cruzamos com alguns colegas nossos e não recebemos o devido cumprimento? Essa ausência de cumprimento configura uma omissão dessas pessoas, que nos atinge na nossa relação de cordialidade entre colegas. Mas, isto não constitui nada em termos jurídicos, nem no âmbito do Direito Penal, nem no âmbito de outros ramos do Direito e nem tem assinalada sua existência porque referenciada a uma norma. É uma omissão que sentimos socialmente e que, inclusive, produz efeitos mais amplos do que se poderia supor na ordem social, porque a pessoa que não cumprimenta um colega, em determinado momento ficará antipatizada. E as demais pessoas que sentem a ausência dessa atitude de cordialidade poderão dizer: *“Bem, esse sujeito é um antipático; conseqüentemente, não vamos convidá-lo para as nossas festividades, nem para nossas programações, etc.”*

Há, portanto, uma reação das pessoas a esse tipo de comportamento omissivo, ainda que fora do Direito. Mas sua relevância não deriva da reação que poderá engendrar. Independentemente ou não dessa reação, que indicaria que a omissão, antes de sofrer a incidência das respostas do Direito, produziria efeitos sociais, deve-se considerar que, ao lado das imposições decorrentes das normas jurídicas, subsistem deveres sociais de convivência, que integram o substrato das categorias axiológicas. Justamente esse fundamento social é que assinala o conteúdo extrajurídico da omissão. Não podemos, assim, partir do princípio de que a omissão só tem relevância para o campo do Direito, porque então estaremos emprestando à norma jurídica, além do seu objetivo regulamentador, o efeito exclusivo de criadora de deveres sociais, como propunha nesse passo a orientação neokantista. Ao invés, devemos admitir que a não execução de uma ação esperada apresenta relevância na

²⁸ Assim também, em linhas gerais, Roxin, *Strafrecht*, AT, I, p. 201.

ordem social, antes de se constituir em objeto jurídico. A ação esperada de **Mezger** não é exclusividade jurídica, mas a expressão de exigências sociais de convivência.

Esta referência social da omissão representa um passo adiante na elaboração do conceito de conduta, que, tomado como conceito geral, deve ser suficientemente flexível e abrangente para englobar todas as modalidades concretas do comportamento.

Pode acontecer, ademais, que a omissão não apresente qualquer fundamento valorativo na ordem social, ainda que resulte relevante juridicamente. Isto, todavia, não desnatura seu conteúdo social extrajurídico, apenas reflete um estado de instabilidade normativa, pelo qual a norma vale durante certo tempo, ainda que carente de substrato, mas cujo estado tenderá, em longo prazo, à sua ineficácia porque isenta de conteúdo. Mas, então temos que vê-la de outra maneira, não só no seu aspecto de existência quanto no sentido que ela assume com vistas à proteção de bem jurídico, porque pode acontecer que a própria norma, em face do sentido protetivo que passa a desempenhar, venha a induzir a criação de deveres sociais de convivência, que lhe irão depois preencher seus fundamentos.

Diferenças: crimes omissivos e comissivos

18. A proteção de bem jurídico, como sabemos, em face da multiplicidade de variantes sociais, muitas vezes não é desempenhada diretamente através de proibições de modalidades de ações juridicamente indesejáveis, que pela experiência possam pô-lo em perigo ou lesá-lo, senão mediante a imposição de deveres concretos que pretendem evitar esses resultados. Na omissão, a proteção pode ser exercida de duas espécies, ou mediante a imposição de ações possíveis, que devem ser executadas por todos justamente para impedir a concretização dessa lesão, ou por quem tenha, em face da assunção de posturas pessoais, um dever de impedir tal resultado. Com isso, surge a necessidade inicial de distinguir essas duas modalidades da atuação estatal, como *crimes omissivos próprios* e *impróprios*.

Aqui, devemos, por sua vez, observar o seguinte: quando diferenciamos *crimes omissivos* e *crimes comissivos*, não devemos fazê-lo através da modalidade de conduta.

A diferença entre esses crimes deve residir na estrutura da norma que impõe ou que proíbe a atividade. Sempre aprendemos, por exemplo, que o Direito Penal tem duas espécies de normas: proibitivas e mandamentais. E sempre aprendemos que são normas opostas, isto é, ou proibitivas ou mandamentais. Mas, a teoria mais recente considera que não existe norma puramente proibitiva, como não existe norma puramente mandamental.²⁹ É que, se não considerarmos que a norma é proibitiva e mandamental ao mesmo tempo, não poderemos proteger suficientemente o bem jurídico. Porque no momento em que dissermos que a norma mandamental é aquela que impõe uma atividade, contentamo-nos em dizer que aquele que se encontre em inatividade viola a norma mandamental. Mas aquele que se encontre em inatividade, embora viole a norma mandamental, não é o único a fazê-lo. Também viola a norma mandamental aquele que realiza outra atividade que não a que a norma determina. Portanto, a norma mandamental, ao mesmo tempo em que impõe uma atividade, proíbe outra. Da mesma forma, a norma proibitiva. Ao mesmo tempo em que proíbe uma atividade, por exemplo, a atividade de matar, impõe, também, uma atividade

29 Bacigalupo - *Delitos Improprios de Omisión*, 1970, p. 98.

de respeito à vida humana. Isto está implícito na norma proibitiva. E nem teria sentido a proteção de bem jurídico através exclusivamente da proibição, pois seria absolutamente inócua. Isto não quer dizer, porém, que nos *crimes comissivos* subsista, ao lado da proibição, um dever geral de obediência. A atividade positiva que resulta da proibição será aquela necessária à proteção do bem jurídico, na medida em que o sujeito se tenha decidido a empreendê-la.

19. Essas considerações, ainda que extensíveis a todos os delitos, adquirem maior relevância no âmbito dos *delitos culposos*.

Por exemplo, há pessoas que dirigem em excesso de velocidade, algumas vezes ultrapassando todos os limites imagináveis. Contudo, o excesso de velocidade, por si só, não caracteriza delito algum, apenas demonstra que há violação de um dever de cuidado. A norma jurídica que impõe uma atividade cuidadosa é a mesma que proíbe uma atividade descuidada. À pessoa que dirige em excesso de velocidade, em determinado local, a norma jurídica diz que *é proibido violar o dever de cuidado, porque, violando o dever de cuidado, se pode ocasionar um resultado penalmente proibido*. Mas, ao mesmo tempo em que proíbe o excesso de velocidade, diz que *aquele que quiser dirigir, é obrigado a dirigir em velocidade adequada*. Portanto, a norma jurídica compõe um conjunto de proibições e comandos, num mesmo contexto, como forma de ampliar os limites da proteção do bem jurídico.

Ação e omissão na estrutura normativa

20. É importante salientar esse entendimento acerca da estrutura complexa da norma penal, porque com isto se podem assinalar com precisão as diferenças entre os *crimes omissivos* e os *crimes comissivos*.

Partindo desse aspecto, podemos, desde logo, estabelecer os critérios de diferenciação entre a *ação* e a *omissão* dentro da estrutura normativa do Direito Penal.

Alguns exemplos podem demonstrar, aliás, que às vezes é penoso estabelecer-se uma linha divisória absolutamente nítida entre *ação* e *omissão* e cuja solução, de caracterizar o fato como *crime comissivo* ou *crime omissivo*, não se limita a mera exigência classificatória.

Se optarmos pela omissão e tivermos um *crime omissivo*, teremos de definir ademais se o sujeito tinha ou não o dever de agir, exatamente nos termos em que a lei o determina.

21. O primeiro exemplo é muito simples. Um sujeito, à noite e em meio à neblina, dirige seu caminhão sem as luzes traseiras de advertência acesas, as chamadas luzes de estacionamento e acaba, com isso, ocasionando um acidente, porque o motorista de um automóvel, que trafega em excesso de velocidade, não o vê e vem com ele a chocar-se. Em consequência do acidente, o motorista do automóvel vem a morrer.

A pergunta é a seguinte: haverá *crime omissivo* ou *crime comissivo*?

A resposta pode variar conforme a identificação da modalidade da conduta, se se trata de uma *ação*, ou de uma *omissão*.

Poderíamos dizer, por um lado, que haveria, nesse caso, um *crime omissivo culposo*, porque o caminhão não tinha as luzes traseiras acesas, quando o motorista o dirigia, ou seja, omitiu-se esse motorista de verificar se as luzes traseiras estavam

em condições de tráfego. Mas também poderemos concluir que haverá um *crime comissivo culposo*, se entendermos que o sujeito trafegou sem as luzes traseiras. A diferença é sutil, mas é importante.

22. O segundo exemplo é um pouco mais complexo. O médico está cuidando de certo paciente internado em estado grave num hospital. Apesar de todo cuidado e do tratamento intensivo que recebe, de repente apresenta parada cardíaca. O médico resolve socorrê-lo através de massagens de reanimação, que são executadas sem qualquer proveito. Após algum tempo, é aconselhado por um seu colega que diz: “*não adianta, ele não tem mais chance*”. O médico pára de reanimar o paciente. Evidentemente, todos irão afirmar que se trata de *crime comissivo*.

Mas imaginemos que o médico não pare de reanimar o paciente e faça com que essa modalidade de reanimação tenha seqüência através de um aparelho automático, que se encarrega da estimulação do coração enfermo e permanece em funcionamento durante alguns dias. Após certo tempo, vem outro assistente e diz: “*não adianta insistir, porque esse aparelho não poderá reanimar o paciente. O melhor será desligá-lo*”. Se ambos desligam o aparelho e, em seguida, o paciente morre, a indagação acerca da natureza do comportamento não será tão evidente. Haverá *crime omissivo* ou *crime comissivo*?

23. Um sujeito está para salvar outra pessoa, que se está afogando na praia de Copacabana. Quando está prestes a salvá-la, é impedido de fazê-lo por seu vizinho, porque este reconheceu no afogado um seu inimigo. Haverá *crime omissivo* ou *crime comissivo*?

Ainda sobre o mesmo quadro, o sujeito quer salvar uma pessoa que cai da barca Rio-Niterói e está se afogando. Para isso lança-lhe um salva-vidas e, uma vez agarrado pelo acidentado, passa a recolhê-lo. No meio do ato de salvamento, contudo, reconhece no afogado seu inimigo e refletindo acerca da fortuna do acidente resolve abandoná-lo à própria sorte. Incontinenti solta a corda e deixa que a vítima se afogue. Haverá *crime omissivo* ou *comissivo*?

24. Um caso da jurisprudência alemã. Um fabricante importa da Pérsia algumas peles de carneiro para a confecção de cobertores, mas não manda desinfetá-las previamente como deveria. As peles vêm impregnadas de um vírus que acaba matando os operários que as manipulavam para fazer o preenchimento desses cobertores. Haverá *crime omissivo* ou *comissivo*?

25. Note-se que em todos esses exemplos a afirmação acerca da modalidade da conduta não pode por si mesma elucidar acerca da natureza do delito, pondo em destaque a complexidade da diferenciação entre ação e omissão. Se enfocarmos de uma ou de outra maneira, podemos entender que são *crimes omissivos* ou *comissivos*. Mas as conseqüências da diferenciação são importantes, porque se em todos esses casos dissermos que se trata de *crimes comissivos*, as exigências de punibilidade serão menores, bastando demonstrar normalmente, além dos demais elementos que compõem o tipo legal, que o resultado pode ser imputado objetivamente ao sujeito. Mas, se dissermos que haverá *crimes omissivos*, teremos, então, que também demonstrar a violação do *dever de agir*, com todos os consentâneos, o que altera os fundamentos da punibilidade.

O *dever de agir* pode ser visto como um dever geral imposto pela ordem jurídica, diante de certo caso concreto que esta própria ordem jurídica legalmente prevê (o chamado *dever geral de assistência*), ou como dever que decorre de vinculação especial entre sujeito e vítima, ou entre esse e a fonte produtora de perigo, de modo

que se constitua em garantidor da proteção do bem jurídico com relação àquela pessoa determinada ou àquelas pessoas afetadas pela fonte de perigo (o chamado *dever de impedir o resultado*).

Critérios de diferenciação

Dada a complexidade da distinção entre ação e omissão, que não pode ser tomada por simples opção, a doutrina sugere três critérios para torná-la possível.

A) Critério da energia

26. O primeiro critério, e o mais antigo, é o chamado *critério da energia*, que, inclusive, é sustentado por vários autores de renome, dentre os quais **Engisch**.³⁰ De acordo com este critério, a diferença entre delitos comissivos e omissivos reside em que nos *crimes comissivos* o agente desprende uma certa energia na realização da ação. Desde que o sujeito não tenha impulsionado qualquer energia, haverá *crime omissivo*.

Assim, no caso do motorista que trafega com seu caminhão sem as luzes traseiras de advertência acesas, haverá *crime comissivo* e não *omissivo*, porque ele mesmo estava dirigindo o veículo e, pois, desprendendo energia para realizar tal atividade, vindo com essa atividade a produzir um resultado antijurídico.

Este critério, entretanto, é praticamente insustentável, porque em muitos casos não há comprovação efetiva de manifestação de energia, no momento em que o fato lesivo ocorre, porque mesmo no exemplo do caminhão a energia era no sentido da direção do veículo, mas não no sentido de manter apagadas as luzes de advertência. Ademais, no momento do acidente, este caminhão poderia estar parado na pista, encontrando-se o motorista em plena inatividade, sem desprender qualquer energia, a qual, então, deveria estar referida ao momento em que a atividade se havia iniciado e não ao momento em que se produzira o resultado, o que faria reeditar, para esse setor, a velha *teoria da actio libera in causa*.

B) Critério da causalidade

27. Em oposição a esse critério, **Jescheck**, **Rudolphi** e **Samson**³¹ propõem que a análise se faça exclusivamente em termos de causalidade. É a posição assumida também por **Welzel**.³² Haverá, portanto, *comissão* todas as vezes que o sujeito desenvolver um processo causal material, que produza dolosa ou culposamente o resultado proibido.

Assim, no caso do caminhão, haveria crime comissivo porque o motorista estava dirigindo o veículo. No caso do fabricante de cobertores, que não desinfetou suficientemente as peles de carneiro, haveria *crime comissivo*, porque fora ele quem

30 Engisch. "Tun und Unterlassen", in *Festschrift für W. GALLAS*, 1973, p. 163; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, AT, 1982, p. 127.

31 **Jescheck**. *Tratado*, p. 548; **Rudolphi**. *StGB, Systematischer Kommentar*, 1977, vol. I, p. 74; **Samson**. "Begehung und Unterlassung", in *Festschrift für H. Welzel*, 1974, p. 579.

32 **Welzel**. *Derecho Penal Alemán*, p. 280.

entregara as peles aos seus funcionários e, conseqüentemente, houvera provocado a infestação do vírus. Este critério sofre as mesmas críticas ofertadas ao critério da energia, embora possa ser visto sob o plano lógico e não mecânico. As deficiências permanecem ainda que se adote qualquer outra teoria da causalidade, diversa da teoria da condição, por exemplo, a teoria da causalidade adequada ou da relevância jurídica. É que com essas duas outras teorias, que se assentam, respectivamente, nos supostos de previsibilidade (adequação) ou da ação esperada, mais difícil se torna firmar, desde logo, uma nítida diferenciação entre fazer positivo e omissão, no plano exclusivo da causalidade.

28. **Sieber**,³³ por sua vez, associa os dois critérios, da *energia* e da *causalidade*, para concluir que a solução correta só pode advir dessa combinação, porque nem sempre o desprendimento de energia coincide com a interferência no processo causal, podendo acontecer ou não. Trata-se da conjugação de critério mecânico e de outro critério lógico, desde que evidentemente se tenha em vista que a causalidade não se limita a exprimir um dado puramente naturalístico.

C) Critério do ponto de gravidade da conduta

29. Tendo em conta as dificuldades resultantes da adoção de critérios puramente materiais, a doutrina postula por uma solução na órbita normativa, atendendo ao que se denomina de *ponto de gravidade da conduta penalmente relevante*.³⁴

Na verdade, os critérios da *energia* e da *causalidade* não podem explicar suficientemente, por exemplo, a solução para o caso do médico que desliga os aparelhos para evitar um prolongamento insatisfatório e até mesmo ineficaz da vida humana vegetativa. Porque, neste aspecto, quando o médico mantém a vida do paciente através do emprego dos aparelhos automáticos de reanimação e quando os desliga, na realidade, causou ele a sua morte, manifestando ainda energia para fazê-lo. Por outro lado, se ele não tivesse desligado os aparelhos, a vida humana se manteria, o que caracteriza a conduta do médico como condição *sine qua non* do resultado. Mesmo para a teoria da adequação, o fato de desligar os aparelhos pode ser tido como causal para a morte do paciente, o que também se dá com a teoria da relevância jurídica, independente do socorro à ação esperada.

Portanto, os dois primeiros critérios (da energia e da causalidade) não apreendem a questão em seus pontos fundamentais, pois a vida humana já era em si mesma insustentável. Pelo contexto social, ao contrário, a atividade do médico que desliga os aparelhos está vinculada a um preceito mandamental (de manter ligados os aparelhos) e não a um preceito de proibição (de não desligá-los), o que implica a considerar esse comportamento como *omissão* e não como *comissão*.

A caracterização do comportamento como *ação* ou *omissão*, no entanto, só pode ser inferida pelo sentido imprimido pela ordem social, jamais por critérios objetivos materiais. Justamente neste sentido de ordem social é que reside o fundamento do critério do *ponto de gravidade da conduta penalmente relevante*. No exemplo dado, só haveria *comissão* se o desligamento dos aparelhos fosse efetuado por terceiros, que não tivessem qualquer relação para com a manutenção da vida do paciente, porque, então, estariam violando uma norma proibitiva, mas não uma norma mandamental,

33 **Sieber** - "Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen", in *Juristenzeitung*, 1983, p. 431.

34 **Wessels**, *Strafrecht*, AT, 1992, p. 224; **Schönke-Schröder-Stree**, *StGB Kommentar*, 1991, p. 185.

que não lhes seria aplicável. Mas, se os aparelhos fossem desligados pelo próprio médico, tratar-se-ia de *omissão* e não de *comissão*. O delito a ser analisado, portanto, seria um delito omissivo e não delito comissivo.

30. O critério do *ponto de gravidade*, como critério normativo, deve ademais ser complementado pela orientação com vistas à *proteção do bem jurídico*. Isto quer dizer que a análise deve recair também na *forma* e no *modo* da conduta que viola o bem jurídico. Na *comissão*, a *forma* e o *modo* contrastam com a proibição inserida na norma. Há, portanto, uma afronta à modalidade de *conduta permitida*, através da execução de uma modalidade de *conduta proibida*. Isto deixa de ser relevante nos *delitos dolosos*, quando o contraste entre o *proibido* e o *permitido* é direto e pode ser constatado desde logo através da comparação entre a conduta concreta e a conduta típica abstrata. Mas nos *delitos culposos*, em que a contradição entre a conduta do agente e a proibição se faz indiretamente, mediante a execução de uma conduta descuidada, o que se verifica é um contraste entre a conduta permitida e a modalidade de conduta concreta que o agente executou, de modo que se possa dizer que o agente executou uma conduta proibida, justamente porque deixou de atender aos cuidados que a ordem jurídica lhe impunha para praticar uma conduta permitida.

Na *omissão*, como a violação do bem jurídico não resulta de um contraste direto entre o *proibido* e o *permitido*, mas da não execução daquilo que era determinado ao sujeito, a contradição entre o comportamento do sujeito e a norma radica em outro suposto, que é a vinculação de proteção entre o sujeito e o bem jurídico. Assim, desde que se identifique no caso concreto uma situação em que a proteção do bem jurídico não está situada na *forma* e no *modo* da conduta, mas na relação de dever para com o sujeito, estaremos diante de um quadro de *omissão*. Esta relação para com o sujeito é que assinala o conteúdo axiológico da *omissão* e a diferencia da *comissão*.

Como o critério do *ponto de gravidade* se orienta pelo sentido do comportamento, pode-se explicar o porquê da caracterização do desligamento dos aparelhos como *omissão* e não como *comissão*, consoante o sentido de proteção do bem jurídico indicado pela norma. Se tratássemos, além disso, esse caso como *crime comissivo* o médico deveria responder por homicídio, já que havia efetivamente produzido de modo causal a morte do paciente. Entretanto, acolhida a hipótese de *crime omissivo* poderemos verificar, depois, se efetivamente a ação que deixou de ser realizada teria um sentido para o médico com vistas à proteção do bem jurídico, o que não se daria na hipótese de delito comissivo.

D) Crítica e opção doutrinária

31. Os três critérios vêm sendo modernamente criticados. Não só os dois primeiros, mas também o último. E a maior crítica que a ele se faz é que violaria o *princípio da legalidade*. Porque afirma que, para a identificação da *omissão* em face da *comissão*, o que vale não é o que está escrito na lei, como dado objetivo, senão exatamente o contrário, ou seja, uma valoração de ordem social, que é efetuada pelo julgador, sem qualquer parâmetro e, conseqüentemente, com possibilidades enormes de favorecer ou prejudicar o réu. Isso, evidentemente, configura um alto grau de insegurança nas relações jurídicas, especificamente na órbita do Direito Penal.

Os três critérios, portanto, apresentam falhas e não são suficientemente aptos a dirimir a questão, sem sacrificar alguns dos postulados do Direito Penal.

A reabilitação da causalidade

32. Por outro lado, independentemente da sua deficiência para firmar a diferenciação entre *ação* e *omissão*, que, como vimos, não pode ser obtida pelos critérios aventados, a doutrina tem procurado reabilitar o critério da causalidade, mediante uma reavaliação do conceito de causa com base em graus de probabilidade e não em parâmetros de certeza. Segundo essa postura, haverá *comissão* quando o processo de produção do resultado tenha aumentado consideravelmente o risco dessa produção. Já a *omissão*, que se baseia em outros parâmetros, isto é, na relação de proteção com vistas a um bem jurídico que efetivamente possa ser protegido em certo tempo e em certa medida, não pode ser aferida pelo critério do aumento do risco, que implicaria uma comissão. O parâmetro aqui seria o seu reverso, isto é, haveria *omissão* se com o comportamento do sujeito, ao não executar a ação possível, tivessem diminuído as chances de impedir o resultado.

No caso do desligamento dos aparelhos, a morte não pode ser evitada de imediato, nem através de qualquer outro processo terapêutico, senão única e exclusivamente pela continuação infinita dessa reanimação mecânica, o que significa que o seu desligamento não pode ser visto como um aumento do risco do resultado, pois este risco já era absoluto, mas sim pelo aspecto que, com isso, diminuiria a possibilidade de que continuasse o paciente a viver.

Desde que não se possa configurar uma situação em que a conduta represente um aumento positivo do risco, estar-se-á diante de fato omissivo. Caso contrário, haverá comissão. Este critério, porém, como veremos, é mais um critério de imputação do que de diferenciação. Além disso, a circunstância do aumento do risco ou da diminuição das chances de salvamento resulta ser a mesma, apenas sob duas facetas.

A teoria da condição

33. Em face do nosso Código Penal, qualquer reformulação da questão da causalidade enfrenta, entretanto, um sério obstáculo, pois, em seu art. 13, dispõe ele expressamente que se considera "*causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*". Acolhendo a *teoria da condição*, o Código estendeu-a também à *omissão*.

Neste ponto reside o problema. Não podemos imediatamente optar pelo critério puro da causalidade para estabelecer a diferença entre *omissão* e *comissão*, para dizer que na primeira não há causalidade, quando o Código assume a postura de que aquela é também causal para o resultado. Mas, apesar da regra do Código, a causalidade deve ser adaptada à estrutura da *omissão*.

34. Por exemplo, se estabelecermos, na *teoria da condição*, que, segundo o *princípio da eliminação hipotética*, haverá causalidade quando eliminada mentalmente a ação (causa) será eliminado automaticamente o resultado, isto vale, é claro, para os *crimes comissivos*. Mas, para os *crimes omissivos*, o problema é mais complexo: eliminada mentalmente a causa – que seria a omissão – seria eliminado automaticamente o resultado? Não se sabe. Isto é mera hipótese.

35. Vejamos exemplo interessante. Em edifício em chamas, encontra-se um sujeito com seus dois filhos menores, confinado em seu apartamento, situado em andar alto. No solo estão seus vizinhos, que, com gestos e acenos, gritam-lhe: “*jogue as crianças, que nós as apanharemos aqui embaixo, sem qualquer problema*”. O pai, acochado diante da situação de desespero, e ademais nervoso pela demora da chegada do corpo de bombeiros, está nesse dilema: ou jogar as crianças ou esperar o salvamento. Sobre isso, reflete, entretanto, que se jogasse as crianças, estas, apesar de toda a atenção dos vizinhos, poderiam morrer, por causa da altura; e se não as jogasse, poderiam morrer sufocadas pela fumaça ou queimadas pelo fogo. Diante desse dilema, o sujeito resolve que o melhor seria manter as crianças no apartamento, à espera do salvamento do corpo de bombeiros. Mas, resolve também se jogar ele mesmo pela janela para ser amparado pelos vizinhos. Joga-se, quebra as pernas, mas não morre. As crianças, ao contrário, que permaneceram no apartamento, perecem sufocadas pela fumaça. Aqui, independentemente da questão da colisão de deveres ou do estado de necessidade, que se situam no âmbito do injusto, o problema está em se saber se houve ou não uma relação de causalidade.

Verifiquemos como isso se passa. Eliminada a omissão (de jogar as crianças para serem apanhadas pelos vizinhos), que seria, afinal, do resultado? Se o sujeito tivesse efetivamente jogado as crianças, o resultado desapareceria? Não se sabe, é hipotético, poderia ou não desaparecer. A fórmula é incapaz de dirimir essa dúvida.

Vê-se, pois, que a *teoria da condição*, que adotamos no Código Penal, quando aplicada à omissão não funciona de maneira escoreta. Baseia-se em mera hipótese, não em certeza, assim como qualquer outra teoria da causalidade.

Aplicação do princípio da causalidade à omissão

36. Como, então, poderemos aplicar o *critério de causalidade* à omissão, diante da norma do Código Penal?

De acordo com a teoria da condição, considera-se que a omissão é causa do resultado, quando, eliminada mentalmente, eliminado restaria o resultado. Essa formulação, entretanto, é inválida. Não se pode eliminar a omissão, pois seria um contra-senso lógico que se eliminasse aquilo que não existiu. Para adaptar-se à natureza da omissão, a teoria da condição deve considerar a eliminação da ação que hipoteticamente o agente deveria praticar. Se, eliminada essa ação hipotética, restasse também eliminado o resultado hipotético, poderíamos dizer, então, que a *omissão* foi causa desse resultado. Mas a causalidade, aqui, é hipotética, não uma causalidade real, até porque o resultado igualmente não é certo.

O exemplo das crianças, que morrem no incêndio, assinala de maneira bastante nítida essa incerteza da causalidade na omissão. Não há possibilidade de se dizer: “*se ele jogasse as crianças, elas teriam sido salvas*”. Ninguém pode afirmar isso. Será que lançadas, por exemplo do 10º andar, elas se salvariam? Ninguém sabe. Fica em situação crítica, nesse caso, a teoria da condição, que é, porém, a teoria adotada no Código Penal.

Causalidade e incremento do risco

37. Além da *teoria da condição*, tem tomado corpo, mais recentemente, um outro princípio de imputação, que talvez possa superar esses obstáculos que se antepõem à causalidade na omissão. Trata-se da *teoria do incremento do risco*, que já foi antes rapidamente referida.

A *teoria do incremento do risco*, formulada e exposta com maestria por **Roxin**³⁵, um dos mais notáveis penalistas da atualidade, primeiramente para os crimes culposos e depois estendida aos delitos dolosos, parte de que, na *omissão*, como no setor da imputação em geral, mais importante do que a causalidade é a determinação de se, com seu comportamento, o sujeito tenha diminuído as chances de se evitar o resultado. Como a causalidade na omissão só pode trabalhar com hipóteses, é indispensável que se corrija essa causalidade segundo o sentido da atividade. E esse novo critério, de se orientar pelos dados concretos acerca do aumento do risco da produção do resultado, não se subordina exclusivamente ao dogma causal, senão submete a apreciação do comportamento do sujeito a um juízo objetivo. No caso em discussão, o importante para identificar a imputação é o juízo acerca de se, deixando de jogar as crianças aos braços dos vizinhos, o sujeito diminuiu as chances de seu salvamento. Na realidade, o risco seria o mesmo, tanto se deixasse as crianças no apartamento, quanto se as jogasse pela janela ao amparo dos vizinhos, o que exclui sua imputação.

38. A teoria do incremento do risco desempenhou um papel relevante, como teoria complementar à causalidade, na questão surgida com o uso do medicamento *contergam* (talidomida). Esse medicamento, que produziu também no Brasil inúmeros efeitos desastrosos, foi lançado na Europa sob todos os encômios, porque era efetivamente um fantástico regulador dos casos de dismenorréia e demais indições decorrentes da gravidez, tais como dores, náuseas, etc.

Todos sabem, entretanto, os teratológicos resultados que provocou, gerando defeitos físicos irreversíveis nos fetos, que os acompanharam até o final de sua vida adulta. Na discussão da responsabilidade decorrente desses efeitos maléficos, argumentou-se, em defesa do laboratório, que não havia certeza de que, com a ingestão desse medicamento, se produzissem os defeitos físicos de que vieram a padecer os recém-nascidos. Na realidade, se fôssemos entender a causalidade exclusivamente no sentido mecânico, mediante o uso da fórmula da *eliminação hipotética*, jamais poderíamos concluir que a ingestão do medicamento fosse *causa* do resultado. Mas a doutrina penal, que há muito trabalha com questões de causalidade, também há muito tem decidido que a fórmula da *eliminação hipotética* não vale em determinadas situações. Para determinar a responsabilidade dos fabricantes foi necessário que se afirmasse que, embora a ingestão do *cotergam* não produzisse com certeza absoluta os defeitos físicos, aumentava, porém, o risco de que isso viesse a ocorrer, sendo, portanto, causal para com as relatadas deformações. A inserção do critério do aumento do risco no setor da causalidade deu-lhe efetivamente um vigor novo, ressuscitando sua natureza lógica e não simplesmente mecânica. Por este critério, em síntese, será causal a *omissão*, quando a não execução da atividade

³⁵ **Roxin**. *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW, 1962, p. 441; *Idem*, "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 123 e ss; *IDEM*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 2ª edição, 1994, p. 314 e ss.

possível para evitar o resultado tenha diminuído as chances de sua não verificação, ou dito de outro modo, tenha diminuído a possibilidade de que fosse impedido. Mas esta teoria não soluciona definitivamente a questão da diferença entre ação e omissão, apenas respalda o entendimento de que será possível conceber-se nova modalidade de causalidade na omissão, fora da teoria da condição.

Crimes omissivos próprios e impróprios

39. A separação entre *omissão* e *comissão* só pode ser feita, assim, mediante o emprego de critério axiológico. Haverá omissão toda vez em que a existência da conduta como tal se vincule a um dever de agir, que assinale sua relevância. Haverá comissão, quando sua existência como tal independa de qualquer dever de agir. Esse critério axiológico parece estar de acordo com a própria natureza da omissão, sem partir para as insolúveis demonstrações da subsistência da relação causal, que constituiu a deficiência tanto da teoria causal quanto da teoria finalista, bem como daquelas correntes, naturalistas ou normativistas, que visavam à sua superação.

Além disso, devemos estabelecer também a diferença entre *crimes omissivos próprios* e *crimes omissivos impróprios*.

Normalmente, essa diferenciação não oferece dificuldades, pois todos sabem identificar quando se trate de um ou de outro. Mas, às vezes, as complexidades afloram e os critérios de diferenciação falham. Em face da diversidade de critérios, alguns autores propõem a criação de três espécies e não de apenas duas. Assim, aventa-se a existência de um terceiro grupo de casos, de modo que se possam reconhecer, primeiramente os delitos de mera omissão (delitos omissivos próprios), os delitos de omissão e resultado e os delitos omissivos impróprios.³⁶ Ainda que se reconheça certa validade a esta classificação, é preferível a classificação bipartida, porque os delitos de omissão e resultado podem perfeitamente ser enfeixados ou como delitos omissivos próprios ou impróprios. Como veremos, o fundamento dessa classificação tripartida de evitar a polarização de apenas umas das perspectivas (político-criminais, axiológicas, jurídico-positivas ou estruturais) de identificação do desvalor do ato ou do resultado, não deve ser levado em conta, porque apenas confunde e mascara o verdadeiro núcleo do problema.

40. Acolhendo uma classificação bipartida, veremos que a diferenciação entre essas duas categorias de delitos omissivos torna-se até mesmo evidente em certos casos, por exemplo, quando analisamos superficialmente a omissão de socorro em contraste com o homicídio, para afirmar este último no caso da mãe que deixa de amamentar o filho recém-nascido. O primeiro será próprio, o outro impróprio. Mas, quando o tipo legal comporta, no seu mesmo âmbito e sem indicação expressa, ações e omissões, como ocorre com os delitos de *facilitação de contrabando ou descaminho* (art. 318) ou *fuga de pessoa presa* (art. 351), a sua correta diferenciação deve valer-se de outros critérios.

36 Assim, **Rodríguez Mourullo** - "La clausula general sobre la comisión por omisión", in *Política Criminal y Reforma Penal*, 1993, p. 907; **Silva Sanchez**. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, p. 323.

Crimes omissivos próprios

41. O primeiro critério de diferenciação é o mais elementar deles. Todos o conhecemos. É o critério do sujeito.³⁷ Os crimes omissivos próprios não individualizam o sujeito. Todos podem ser sujeitos do delito, porque o dever de assistência, como se dá, por exemplo, na omissão de socorro, é extensivo a toda a coletividade uma vez presentes os seus pressupostos típicos. Esta é a posição, inclusive, adotada, *a contrario sensu*, pelo finalismo, ao atribuir aos delitos omissivos impróprios a qualidade de delitos especiais, justamente em face da delimitação de seu círculo de autores.³⁸

42. O segundo critério é o da previsão legal, sustentado entre outros por **Armin Kaufmann**.³⁹ No crime omissivo próprio, a lei penal descreve a própria modalidade de omissão. Por exemplo, “*deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública*” (art. 135).

Mas esses dois critérios, que normalmente se conjugam, não são suficientes, porque ainda não respondem a questão do crime de facilitação de contrabando ou descaminho cometido por omissão, se é omissivo próprio ou impróprio.

Crimes omissivos impróprios

43. Antes de solucionarmos essa questão, vejamos quais são os critérios que identificam os crimes omissivos impróprios.

Modernamente, tem-se questionado, inclusive, essa denominação de *crimes omissivos impróprios*, afirmando-se que ela não é adequada, sendo mais inadequada ainda a denominação de *crimes comissivos por omissão*, pois não se trata de crime comissivo, senão de crime omissivo. Igualmente será incorreta a denominação de *omissão imprópria*. *Imprópria* porquê? De onde vêm o *próprio* e o *impróprio*? Nosso antigo mestre, **Jescheck**⁴⁰, sugere que se denominem os crimes omissivos impróprios de *crimes de omissão qualificada*, e os crimes omissivos próprios de *crimes de omissão simples*, tendo em vista as particularidades dos sujeitos em ambas as figuras.

Está claro que as denominações propostas por **Jescheck** são as mais corretas. Entretanto, como ele mesmo diz, a denominação tradicional está tão arraigada à prática doutrinária e jurisprudencial que será melhor conservá-la, até mesmo em face da sua aceitação geral.

Diz-se, na verdade, que os crimes omissivos impróprios são crimes de omissão qualificada, porque os sujeitos devem possuir uma qualidade específica, que não é inerente e nem existe nas pessoas em geral. O sujeito deve ter com a vítima uma vinculação de tal ordem, para a proteção de seus bens jurídicos, que o situe na qualidade de garantidor desses bens jurídicos. Portanto, a posição de garantidor é característica específica dos crimes omissivos impróprios, daí dizer-se que a omissão, no caso, é qualificada.

37 **Bacigalupo**. *Delitos improprios de omisión*, 1970, p. 110.

38 **Welzel**. *Derecho Penal Alemán*, p. 287.

39 **Armin Kaufmann**. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 277.

40 **Jescheck**, *Tratado de Derecho Penal*, tradução de José Luiz Manzanares Samaniego, 1993, p. 551.

Além de constituir uma inação, que é de sua natureza, e com isso violar um dever de agir, a omissão qualificada pressupõe essa vinculação especial do sujeito para com a vítima, de modo a torná-lo *garantidor*. A omissão é qualificada porque tem alguma coisa além da omissão requerida nos crimes omissivos próprios, como no delito de omissão de socorro, por exemplo.

A posição de garantidor

44. A posição de garantidor, de acordo com nosso Código Penal (art. 13, § 2º), está fundada no dever de impedir o resultado. Este, por sua vez, pode derivar da lei, do contrato ou da assunção fática de proteção do bem jurídico, ou da prática de conduta anterior que tenha criado o risco da ocorrência do resultado. Esta relação legal dos três grupos de casos que fundamentam o dever de impedir o resultado parece remontar a **Mezger**⁴¹, que, exatamente como faz o Código Penal, ao comentar as conseqüências dessa classificação, associa à existência da lei, por exemplo, a obrigação especial de cuidado, proteção ou vigilância, ou, ao contrato, a assunção da responsabilidade de impedir o resultado. A fórmula tripartida de **Mezger**, que é da década de trinta, foi adotada desde há muito pela doutrina e agora pelo Código Penal, mas não é satisfatória.

Senão, vejamos.

Costuma-se dizer que a mãe que deixa de amamentar o filho recém-nascido e, assim, causa-lhe a morte, responde por homicídio por omissão. Ainda antes de estar contida no Código Penal uma indicação precisa dessa responsabilidade, esta foi a orientação da doutrina. Mas esta conclusão sempre foi tomada arbitrariamente pela doutrina, com base no costume, fazendo deste uma fonte de incriminação, o que violava o princípio da legalidade e toda a tradição liberal.

Quando se trata de equacionar legalmente essa responsabilidade, pode-se notar que nem mesmo as leis extrapenais, que disciplinam fatos específicos, o fazem de modo expresso. Nosso Código Civil, por exemplo, ao tratar do pátrio poder com relação à pessoa dos filhos, em seu art. 384, não contempla expressamente essa forma de responsabilidade, apenas obrigando os pais a dirigir-lhes a criação e a educação. Tão-só com a atual Constituição (art. 229) é que se determinou que os pais têm não apenas o dever de criação e educação dos filhos menores, mas ainda o de assistência, o que inclui, evidentemente, o dever de alimentá-los e protegê-los fisicamente. Quanto aos filhos maiores, nada há na legislação brasileira, a não ser a própria norma constitucional (art. 229), que os obriga a ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

45. Vê-se, pois, que a indicação formal das fontes do dever de agir às vezes deixa de contemplar casos relevantes, fazendo com que a doutrina venha criar paralelamente outras formas de incriminação. Diante disso, podemos desde logo perguntar se foi válido dispor acerca dessas fontes no Código Penal. A doutrina ainda não deu uma resposta definitiva a esta questão. A principal objeção à regra adotada no Código Penal é que ela se limita simplesmente a formalizar as fontes do dever de impedir o resultado, mas nada esclarece acerca de seu conteúdo.

41 **Mezger**. *Tratado de Derecho Penal*, tradução de Rodriguez Muñoz, 1995, vol. II, p. 301 e ss.

Ao dispor sobre esses três supostos do dever de agir, que foram acolhidos no Código Penal, **Mezger** já havia salientado a necessidade de delimitar com segurança os fundamentos desse dever, para evitar que meros deveres morais viessem a justificar a responsabilidade criminal.⁴² E agregava ainda que, em todos esses casos, deveria haver um inequívoco sentido de que a infração ao dever jurídico de agir devesse conduzir à responsabilidade criminal do sujeito.⁴³ Não chegou, entretanto, **Mezger** a conclusões definitivas acerca da previsão dessa responsabilidade criminal, justamente porque partia de premissas formais e se satisfazia em ajustá-las aos casos concretos.

46. Se quisermos, entretanto, buscar um conteúdo para os fundamentos da posição de garantidor, podemos encontrá-lo sob três aspectos:

1º. - Na vinculação especial entre o sujeito garantidor e a vítima em virtude de circunstâncias e condições sociais familiares, de modo a obrigá-lo socialmente à proteção. Tal ocorre com relação aos pais, aos irmãos, ou dentro da comunidade familiar;

2º. - Nas relações de trabalho, nas quais uma pessoa se obriga profissionalmente à proteção de outras. É o que se dá com o médico com relação aos seus pacientes; com os engenheiros para com os usuários das obras que realizam; o guia de uma expedição para com seus seguidores, etc.

3º. - Na responsabilidade pelas fontes de produção de perigo. Quem detém as fontes produtoras de perigo, tem a obrigação de evitar resultados lesivos delas decorrentes. Isto acontece, por exemplo, com o dono do prédio para com os materiais ou acessórios nele utilizados; os pais para com os atos dos filhos; os delegados de polícia para com os atos dos carcereiros; as pessoas que detém autoridade para com os atos daqueles que lhes são subordinados; aqueles que criaram com sua conduta o perigo para com os resultados lesivos que dele derivam (a chamada *ingerência*) etc.

Ao investigarmos a fundo os deveres de agir, vemos que esses não se podem limitar apenas a fontes formais, o que demonstra que possuem um conteúdo muito mais abrangente, a indicar que a omissão não constitui matéria exclusivamente jurídica, mas encerra um componente pré-jurídico inafastável, que é o sentido social compreendido nas relações entre as pessoas, através das quais se exige de algumas proteção para com as outras.

Esses fundamentos do dever de impedir o resultado, que sustentam a posição de garantidor, todavia, por si sós ainda são insuficientes, não no sentido de caracterizar e explicar a situação geradora desse dever, ou indicar o conteúdo social da omissão, mas para assegurar uma inequívoca conformidade entre a sua violação e a previsão de sua punibilidade, nos termos do princípio da legalidade.

47. A solução mais coerente com a exigência do princípio da legalidade, embora não exaustiva e nem perfeita, seria a previsão, na Parte Especial do Código Penal, dos delitos que comportassem a punição pela omissão.

Só desta forma poderíamos satisfazer ao sentido do empreendimento de **Mezger** de afirmar que tal omissão de determinada ação deverá gerar a responsabilidade criminal do sujeito.

⁴² **Mezger**. *Tratado*, p. 303.

⁴³ **Mezger**. *Tratado*, p. 305.

Como um empreendimento dessa ordem, porém, só pode ser admitido *de lege ferenda*, pois implicaria na criação de nova tipificação de condutas, devemos por ora combinar o conteúdo desses fundamentos que sustentam a posição de garantidor com as exigências formais inseridas no art. 13, § 2º, no sentido de que só terão validade, se se encontrarem amparados na lei, na assunção fática ou jurídica da responsabilidade de impedir o resultado ou na ingerência.

Na combinação desses dois critérios, porém, deve-se ter presente que não basta, para caracterizar a posição de garantidor, a mera referência a um dos elementos daquela relação formal. Mais do que isso, será necessário demonstrar que o sujeito se encontrava em situação real de possibilidade de atender ao dever, ou ainda, quando da *ingerência*, que a conduta anterior, geradora do perigo para o bem jurídico, tenha ela mesma violado um dever de cuidado. Essa limitação da *ingerência*, sugerida por **Rudolphi**,⁴⁴ é necessária para restringir a amplitude do *atuar precedente*, evitando que a mera causação do perigo, sem qualquer outro respaldo legal, possa fundar uma posição de garantidor.

O critério normativo

48. Tendo em vista a especial importância dos supostos da posição de garantidor para com os delitos omissivos impróprios, podemos, num primeiro plano, dizer que este critério, como instrumento de diferenciação, é mais relevante do que o critério legal, porque faz destacar no tipo um componente não escrito, que não se encontra presente nem nos delitos omissivos próprios, nem nos puros delitos de omissão.

Pela própria natureza dos crimes omissivos impróprios, que não se constituem de simples omissão de deveres de assistência, mas do não impedimento de determinado resultado proibido, tem-se que sua identificação, mais do que com vistas ao sujeito e sua especial relação de proteção para com o bem jurídico, depende de sua estrutura normativa. Esta não está alicerçada apenas na omissão de uma ação possível, como tal, mas fundamentalmente na violação de uma norma proibitiva mediante o desatendimento de uma norma mandamental. Daí exigir-se em algumas legislações que os crimes omissivos impróprios preencham a *cláusula da equivalência*, ou da *absoluta identidade*, isto é, que o não impedimento do resultado, como omissão, corresponda ou se identifique à produção do resultado, como ação.

Somente a análise, portanto, da estrutura normativa e da especial posição de garantidor, que integram conjuntamente o tipo dos delitos omissivos, é que pode traçar uma diferença correta entre delitos omissivos próprios e impróprios.

Haverá crime omissivo próprio, toda vez que, além da generalidade do sujeito, a não realização da ação possível implique por si mesma na violação de uma norma mandamental. Haverá, por outra parte, crime omissivo impróprio, toda vez que a não realização da ação possível, por parte de um sujeito na posição de garantidor, implique no não impedimento do resultado, na mesma medida de sua produção por ação.⁴⁵

44 **Rudolphi**, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanken der Ingerenz*, 1966, p. 154.

45 **Wessels**. *Strafrecht*, AT, 1992, p. 228.

Voltando à hipótese do crime de facilitação de contrabando ou descaminho. Aqui, a conduta proibida se refere a uma ação, de *facilitar*, e, ao mesmo tempo, a vincula à infração de dever funcional, o que significa que sua estrutura está estratificada basicamente na proibição, mas identifica com esta o não impedimento do resultado, por omissão. Proíbe-se a ação de facilitar e, ao mesmo tempo, se determina a ação de impedir a realização do contrabando ou descaminho, que seria o resultado da facilitação. Como o sujeito está subordinado a um dever especial de proteção, decorrente de lei, é ele garantidor do bem jurídico protegido. Tendo em vista os dois critérios, podemos dizer que se trata, portanto, de crime omissivo impróprio de resultado, ou, se fôssemos adotar a classificação de **Rodríguez Mourullo**, delito de omissão e resultado. O resultado aqui não precisa traduzir-se em efeitos materiais, basta que a ação de descaminho ou de contrabando se tenha iniciado para que se integralize o tipo legal. O mesmo se dá no delito de *fuga de preso* (art. 351), cujo resultado pode estar configurado com o início da fuga ou evasão, não precisando que esta efetivamente se conclua.

O tipo dos delitos omissivos

49. Embora ainda sem previsão na Parte Especial, salvo para os crimes omissivos próprios, será possível equacionar os elementos caracterizadores do tipo legal de um delito omissivo.

Inicialmente podemos dizer que nos delitos omissivos próprios ou impróprios, há uma *inação* que corresponde a uma infração à norma de comando. Em conseqüência da *inação*, haverá ou não um resultado, dependendo da estrutura do tipo. No crime de omissão de socorro, por exemplo, a consumação se dá desde que o sujeito não tenha prestado o socorro, ainda que outro o tenha feito e, assim, impedido a morte do acidentado. Nos delitos impróprios, como no caso da mãe que deixa de socorrer o filho menor, que se está afogando, a consumação só acontece com a ocorrência do resultado morte.

50. Integra também o tipo dos delitos omissivos, a *real possibilidade física de atuar*, que é, por sua vez, condição da posição de garantidor. Não se pode obrigar ninguém a agir sem que tenha a possibilidade física de fazê-lo. A norma não pode simplesmente obrigar a todos, incondicionalmente, traçando, por exemplo, a seguinte sentença: “*Jogue-se na água para salvar quem se está afogando*”. Bem, se a pessoa não sabe nadar, como irá se atirar na água para salvar quem se está afogando? Essa exigência incondicional é absolutamente absurda e deve ser considerada como inexistente, ou incompatível com os fundamentos da ordem jurídica.

Note-se que a impossibilidade física de cumprimento de dever não é, porém, apenas questão penal. O próprio Código Civil, ao disciplinar acerca das modalidades dos atos jurídicos, considera inexistentes as condições fisicamente impossíveis (art. 116). A pessoa, portanto, que não pode pessoalmente atuar não pode pessoalmente ser responsabilizada por sua omissão. Esta condição constitui elemento do tipo dos *crimes omissivos*, tanto próprios quanto impróprios.

51. Há ainda outro elemento nos tipos de delitos omissivos. O tipo desses delitos não está constituído, como se pensava, apenas por aquelas duas características, da *inação* e da *real possibilidade física de atuar*, mas contempla também a chamada *situação típica omissiva*, que são aquelas características que fundamentam a omissão constante

do tipo, como expressão do conflito social que o Direito quer regular, através da determinação de condutas.

A *situação típica omissiva* engloba todos aqueles elementos ou supostos que se associam à *inação* e fundamentam o dever de agir e o conteúdo de injusto do fato, de modo a justificar sua punibilidade. Assim, por exemplo, no crime de omissão de socorro, constitui essa situação a descrição acerca da criança abandonada ou extraviada e da pessoa inválida ou ferida, que se encontrem ao desamparo ou em grave e iminente perigo. Portanto, o tipo do crime de omissão de socorro não é preenchido simplesmente porque o sujeito não atua, isto é, não presta socorro. Mais do que isso, há uma situação típica que fundamenta o dever de atuar. Se a vítima não se encontrar ao desamparo ou em grave e iminente perigo, não há omissão relevante. Poderá haver uma simples *inação*, mas não o tipo de delito omissivo. É que a *conduta ordenada*, objeto da norma mandamental, não se esgota no simples não-agir, senão também é assinalada, como seu conteúdo de injusto, naquelas circunstâncias típicas que a fundamentam. Aqui se passa da mesma forma como nos delitos comissivos, cuja *ação proibida*, não se esgota na mera causalidade, mas na realização de todos os demais elementos típicos que a caracterizam como tal. Ao legislador igualmente não importa a mera *inação*, mas esta naquelas circunstâncias tipicamente descritas.

No crime de omissão de notificação de doença (art. 269), que constitui um exemplo clássico de norma penal em branco, onde o mandamento é complementado através de ato administrativo dos órgãos do Ministério da Saúde, a situação típica está expressada na natureza da doença (de notificação compulsória) e na circunstância de haver sido ela identificada por médico no exercício profissional.

Portanto, não é a mera omissão ou inação que configura o tipo dos delitos omissivos, mas também uma situação típica que fundamenta seu injusto, porque essenciais à sua configuração.

52. Nos delitos omissivos impróprios, além da omissão, da real possibilidade física e da situação típica, agrega-se ainda o dever de impedir o resultado, com base na posição de garantidor.

A posição de garantidor, que justifica a assunção do dever de impedir o resultado, como já se disse e deriva daquelas fontes mencionadas no art. 13, § 2º do Código Penal, interpretadas com base nas circunstâncias que constituem seu conteúdo (as relações familiares e profissionais, e a responsabilidade pelas fontes de perigo), constitui um elemento do tipo desses crimes omissivos impróprios especializando o círculo dos seus sujeitos.

Tendo em vista, ademais, a natureza da norma mandamental, que se insere como pressuposto do delito, na mesma medida da norma proibitiva, faz parte do tipo a afirmação da *identidade* entre a não execução da ação possível para impedir o resultado e o *conteúdo social de sentido* da ação típica do delito comissivo correspondente. Como consequência do princípio da legalidade, não será admissível aqui a afirmação da mera *equivalência*, como pensam alguns autores, mas sim de absoluta *identidade* de injusto entre a omissão e a comissão.

A cláusula da equivalência

53. A cláusula da equivalência, imaginada como um meio de legalizar a punibilidade da omissão não prevista em lei, apresenta seus antecedentes legislativos

no Código Penal alemão (§ 13) e tem suscitado acesos debates, em parte pela sua indeterminação, em parte pela redação que tem recebido.⁴⁶

A redação original do Código alemão é a seguinte:

“§ 13 Cometimento por omissão

Quem se omite de impedir um resultado pertencente ao tipo legal de uma lei penal só é punível quando tenha o dever jurídico de evitar tal resultado e a omissão equivale à sua produção por ação.”

A um setor da doutrina, esta cláusula da equivalência teria a finalidade restrita de também incluir no âmbito dos delitos omissivos impróprios aqueles casos em que o resultado típico venha condicionado a uma determinada e específica forma de realização da ação, os chamados *delitos de atividade vinculada a um resultado*,⁴⁷ delitos esses que se contrapõem aos puros *delitos de resultado*, que, para a sua ocorrência, não pressupõem uma ação especial.

Outros entendem que a cláusula da equivalência significa a forma de atender ao princípio da legalidade, fundamentando a punibilidade da omissão, sem qualquer consideração à modalidade de ação delituosa. Para estes, todos os delitos comissivos, portanto, podem ser, sem mais, cometidos por omissão.⁴⁸

A inserção de uma cláusula da equivalência entre ação e omissão nada mais faz do que admitir na interpretação integrativa dos tipos legais o argumento analógico, vindo a ampliar indevidamente as possibilidades da punição por omissão. Uma tal cláusula é evidentemente inconstitucional porque viola os fundamentos e os corolários do princípio da legalidade, que exigem a descrição precisa de uma conduta estrita. Não basta para fundamentar a punibilidade que se afirme uma semelhança entre ação e comissão. Será preciso que o legislador indique, com absoluta precisão, os elementos que compõem essa punibilidade.

Como no Código brasileiro não consta essa cláusula, a relação entre delito comissivo e omissivo não pode ser efetivada através do critério da *equivalência*, mas exclusivamente pelo critério da *identidade*. Isto quer dizer que, para configurar um delito omissivo impróprio, não previsto na lei, será indispensável que a redação do tipo legal, combinada com as situações legalmente expressas que fundamentam o dever de impedir o resultado pela constituição do sujeito garantidor, possa implicar o mesmo conteúdo de injusto do seu cometimento por ação. Assim, conforme, aliás, uma proposta de **Silva Sanchez**,⁴⁹ na ausência de uma tipificação expressa dos delitos omissivos impróprios na Parte Especial, só seria admissível a sua punição, mas com pena atenuada (por aplicação do art. 66 do CP), num restrito número de casos, onde não haja dúvida de que o ato que descumpra a norma mandamental, em razão da especial conformação do injusto com vistas à direta proteção do bem jurídico. Tal evidentemente, afora os casos expressos, só se dá nos delitos contra a vida, a

46 Crítico, **Rodríguez Mourullo**. “La Cláusula general sobre la comisión por omisión”, in *Política Criminal y Reforma Penal*, 1993, p. 909 e ss.

47 **Lackner**. *StGB*, 1993, p. 94.

48 **Maurach-Gössel-Zipf**. *Derecho Penal, Parte General*, tradução argentina de Jorge Bofill Genzsch, 1995, tomo II, p. 244.

49 **Silva Sanchez**. *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, 1986, p. 369; da mesma forma, **Mourullo**. “La cláusula general sobre la comisión por omisión”, in *Política Criminal y Reforma Penal*, 1993, p. 911 e ss.

integridade corporal e a liberdade, cujos objetos jurídicos, pela sua natureza e pelas conseqüências, necessitam de uma imediata e oportuna intervenção protetiva, que não pode ser postergada para não se tornar inócua.

A solução dos casos

54. Na hipótese do alpinista, embora inexistam um acordo formal, capaz de caracterizar um contrato profissional, o fato de o alpinista haver convidado pessoas inexperientes para realizar uma tarefa para a qual era o único treinado, configura a assunção fática de responsabilidade de proteção a seus convidados. Tem, portanto, o dever de impedir que resultados lesivos provenham do seu empreendimento, visto estar em posição de garantidor da integridade do bem jurídico alheio. O mesmo se dá na hipótese da mãe que leva o filho à praia e o deixa aos cuidados de terceiro. Trata-se, como no exemplo do alpinista, da assunção fática de responsabilidade de proteção do bem jurídico, vindo caracterizar sua omissão o delito de homicídio e não simplesmente omissão de socorro.

55. Embora a relação de parentesco gere socialmente uma vinculação maior entre as pessoas, no tocante à proteção mútua, o irmão omitente deve responder somente por omissão de socorro, visto que, no âmbito das exigências formais contidas no art. 13, § 2º, não está contida simplesmente a relação de parentesco, mas apenas a prévia existência de dispositivo legal que a torne fonte da posição de garantidor. Como a legislação brasileira carece de tal dispositivo, a relação entre irmãos não constitui, por si só, fundamento para o dever de impedir o resultado, mas apenas um dever geral de assistência, que integra o tipo dos delitos omissivos próprios, como a omissão de socorro. Parece injusta essa solução, mas será a solução legal.

56. Na hipótese do condômino, o síndico, como administrador do prédio, tem a responsabilidade pelas fontes de perigo nele existentes e, portanto, o dever de impedir os resultados que advierem de seu uso, como forma de *ingerência*. Não se cogita aqui do atuar precedente, desde logo contrário ao dever, porque a execução da ação possível, que caracteriza o momento omissivo, é gerada justamente com o fato lesivo à liberdade do condômino, produzida pelo defeito no elevador e levada ao conhecimento daquele que estava obrigado a saná-lo. Não o fazendo, cometeu, portanto, o crime de seqüestro por omissão.

57. Nos dois exemplos do salvamento, em que terceiro intervém no processo de sua realização ou quando o próprio omitente desiste de continuar com sua ação já iniciada, trata-se de delito comissivo, porque, independentemente da análise do tipo legal ou da espécie de norma que compõe seu substrato, com as respectivas ações incrementaram o risco da produção do resultado. A circunstância do incremento do risco, por sua vez, assinala a característica precipuamente proibitiva da norma que passa a regular o fato.

58. No exemplo do pai que deixa as crianças à espera do corpo de bombeiros, em vez de lançá-las aos braços dos vizinhos, haverá apenas omissão e não ação, podendo, porém, excluir-se a imputação objetiva, em face da inexistência de um aumento do risco da produção do resultado ou da indiferença quanto à diminuição das chances de salvamento.

Concurso de pessoas e tentativa nos crimes omissivos

Há ademais dois outros aspectos dos crimes omissivos que constituem questões polêmicas, ainda sem soluções definitivas. São os aspectos relativos ao concurso de pessoas e à tentativa. Aqui, a doutrina tem tomado caminhos absolutamente contraditórios, sendo melhor que se adotem regras especiais, direcionadas à respectiva modalidade de delito.

A) Concurso de pessoas

59. Como os crimes omissivos são *delitos de dever*, para usarmos a terminologia proposta por **Roxin**,⁵⁰ há uma certa especialização dos sujeitos, quer porque se encontrem concretamente diante da situação de perigo, assim, estejam obrigados a atuar em face de um dever geral de assistência, quer porque apresentem uma especial vinculação para com a proteção do bem jurídico.

Embora a norma mandamental possa se destinar a todos, como na omissão de socorro, o preenchimento do dever é pessoal, de modo que não é qualquer pessoa que pode ser colocada na posição do omitente. Somente podem ser sujeitos ativos dos delitos omissivos, primeiramente, aqueles que se encontrem aptos a agir, e se situem diante da chamada situação típica; depois, aqueles que, estando em condições reais de impedir a concretização do perigo, tenham uma vinculação especial para com a vítima ou para com a fonte produtora do perigo, de forma que se vejam submetidos a um dever especial de impedir o resultado.

Consoante esse dado, podemos afirmar que nos crimes omissivos não há concurso de pessoas, isto é, não há co-autoria nem participação.⁵¹ Cada qual responde pela omissão individualmente, com base no dever que lhe é imposto, diante da situação típica de perigo ou diante de sua posição de garantidor. Trata-se na verdade, como expõe **Armin Kaufmann**, de uma forma especial de autoria colateral. São estas suas palavras: “*Se 50 nadadores assistem impassíveis ao afogamento de uma criança, todos terão se omitido de prestar-lhe salvamento, mas não comunitariamente. Cada um será autor do fato omissivo, ou melhor, autor colateral de omissão.*”⁵²

60. Um exemplo poderá demonstrar com maior clareza o acerto dessa posição. Alguém está na companhia de outra pessoa e vê terceiro afogar-se. Quem se está afogando é o filho de uma das pessoas que observam o afogamento. Os dois não só o observam, mas comentam entre si quem irá salvá-lo, ressaltando as incertezas desse empreendimento. Afinal decidem em conjunto que não irão proceder ao salvamento. Embora um tenha aconselhado o outro acerca do que devesse fazer ou não fazer, inexistente no caso participação, porque um deles responderá por crime de omissão de socorro e o outro por homicídio por omissão. Cada um, portanto, responde individualmente pela omissão e seus efeitos, na medida de sua posição em face da proteção do bem jurídico. O pai viola o dever de impedir o resultado, porque era garantidor da vida do filho. O outro viola o dever geral de assistência, porque, como cidadão presente na situação de perigo, tinha que lhe prestar socorro.

50 **Roxin**, *Täterschaft und Tatherschaft*, 6ª edição, 1994, p. 459 e ss.

51 **Welzel**, *Derecho Penal Alemán*, p. 284.

52 **Armin Kaufmann**. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 189.

Note-se, assim, que o comportamento de cada um, que pode coincidir com o comportamento do outro, não é decisivo para determinar a participação. O que importa é a posição de cada sujeito diante da proteção de bem jurídico. Como a realização do tipo dos delitos omissivos está associada a violações de deveres, desde que qualquer pessoa tenha violado o dever que lhe é imposto já estará dando início à execução do fato, que, dependendo da configuração legal, pode exigir a verificação do resultado para a sua consumação. Este raciocínio não muda, quando o dever que é imposto aos vários agentes pertença à mesma fonte. Se os que se omitirem do salvamento forem ambos pais de quem se está afogando, assim mesmo sua comum resolução não implica participação ou co-autoria. Já que, como vimos, o comportamento de ambos não interfere na realização do tipo de delito que lhe seja atribuível, a participação, pelos seus fundamentos, não pode exclusivamente derivar da fonte do dever de agir. Quer dizer, mesmo que os deveres remontem à mesma origem, o omitente não deve ser visto na qualidade de portador de um dever solidário, mas, sim, como pessoa individual, sobre quem recai o mandato normativo de realizar determinada ação para afastar a ocorrência do resultado.

Resta examinar a posição de terceiro, que, através de conduta comissiva, contribui para a omissão de quem tinha o dever de impedir o resultado. Da mesma forma que inexistente participação ou co-autoria nos delitos omissivos, quando os sujeitos se omitirem em face da mesma situação de perigo, aqui também será impossível admitir-se a relevância dessa outra modalidade de participação. Deve-se seguir neste contexto a ponderação de **Roxin**, ao estipular como pressuposto de qualquer concurso de agentes que todos os participantes estejam subordinados aos mesmos critérios de imputação,⁵³ o que não se dá quando se trata de delitos comissivos e omissivos, em face da própria estrutura da norma. Cada qual - agente e omitente - serão igualmente autores do fato, o primeiro de crime comissivo e o outro de crime omissivo.

B) Tentativa

61. No tocante à tentativa, as coisas são um pouco mais complexas. Podemos aqui afirmar, se bem que teoricamente se pudesse pensar ao contrário, que nos crimes omissivos próprios não se admite tentativa, porque, uma vez que a omissão esteja tipificada na lei como tal, se o sujeito se omite, o crime já se consuma; se o sujeito não se omite, realiza ele o que lhe foi mandado.

62. Nos crimes omissivos impróprios, entretanto, a doutrina tem admitido a tentativa, mas alterando as suas bases tradicionais.

No campo da diferenciação entre atos preparatórios e executivos do delito, a doutrina brasileira adota, em sua maioria, sendo isto tradicional em nosso país, a *teoria formal-objetiva*, segundo a qual haverá tentativa toda vez que, iniciada a realização estrita da ação típica, não é alcançada a consumação do delito por circunstâncias alheias à vontade do agente. Esta fórmula, que adveio do direito liberal burguês, é consequência de uma interpretação formal e restritiva dos dispositivos legais que regulamentam a tentativa, com base no início da execução. E é de se notar que a definição legal da tentativa inserida no art. 14, II, do Código Penal brasileiro é igualmente da tradição dos países da América Latina, como, por exemplo, dos códigos da Argentina (art. 42), Chile (art. 7º) e Uruguai (art. 5).

⁵³ **Roxin**. *Täterschaft und Tatherschaft*, p. 470.

A questão principal da tentativa reside justamente na determinação do que constitua esse *início de execução*. A *teoria formal-objetiva*, fiel ao enunciado da teoria causal-naturalista, só poderia considerar como *início da execução* aquilo que, objetivamente, desse impulso ao desenrolar da ação típica, tomada no contexto da causalidade. No crime de homicídio, por exemplo, a tentativa só teria lugar no instante em que o agente iniciasse a ação de matar, isto é, começasse a disparar contra a vítima, ou a esfaqueá-la, ou a ministrar-lhe veneno, etc.

Esta teoria, entretanto, embora tenha seus métodos incontestáveis, principalmente no sentido de buscar uma precisa delimitação da zona que separa a conduta proibida da permitida, não é suficientemente apta a, diante de alguns casos controvertidos, proteger *oportuno tempore* o bem jurídico.

Como a *teoria formal-objetiva* parte do início da realização estrita da ação típica, está claro que enfrentará enormes dificuldades quando aplicada aos crimes omissivos, que não podem ser retratados materialmente.

63. Como complemento a esta teoria puramente formal, a doutrina tem desenvolvido outros critérios, como os da *teoria material-objetiva*, ou da *teoria subjetiva-objetiva*, agregando-se-lhes ainda o critério do *perigo para o bem jurídico*. Mas, todas essas orientações são igualmente defeituosas, não havendo até agora uma solução definitiva e escoreita na determinação precisa do que se deva entender por *início de execução*.

64. Imaginemos um exemplo no âmbito dos crimes comissivos: dois ladrões pretendem arrombar uma casa, que é guardada por ferozes cães, além de possuir grades e alarmes em portas e janelas. Para realizarem o furto, necessitam, previamente, contornar esses obstáculos. Primeiramente, matam os cachorros; depois colocam ácido nas grades e fechaduras e, finalmente, provocam um curto-circuito para desativar o sistema de alarme. Pela *teoria formal-objetiva*, esses atos, que não podem ser identificados com a ação de subtrair, constituem meros atos preparatórios, impuníveis. Pela *teoria material-objetiva*, constituiriam já início da execução do delito de furto, porque estariam integrados em plano natural à própria ação típica de subtrair, como seus sucedâneos, e teriam colocado em perigo o bem jurídico. A mesma solução seria dada pela *teoria subjetivo-objetiva*, com base no plano dos agentes.

A questão da aplicação dessas teorias alternativas reside, porém, na insegurança jurídica que podem gerar, porque, desvinculadas da exata configuração da ação típica, começam a interpor na análise do tipo critérios nem sempre inequívocos, como os do *sucedâneo natural da ação típica*. A superação desses problemas de segurança só pode ser alcançada no caso concreto.

No exemplo dado, os atos praticados pelos ladrões estão descritos no Código Penal como modalidade qualificada de execução do delito de furto (art. 155, § 4º, I), o que os caracteriza como atos de execução da própria ação típica, desde que, entretanto, a subtração deva ser praticada imediatamente após aqueles atos. Se entre tais atos, embora referidos como formas qualificadas do agir, e a ação típica de subtrair houver uma solução de continuidade, porque, por exemplo, os ladrões pretendiam entrar na casa somente no dia seguinte, o fato de matarem o cachorro, despejarem ácido nas grades ou provocarem um curto-circuito ainda não constitui início da execução do furto.

Independentemente da teoria que se adote, se um determinado ato vier referido na lei como elemento de qualificação, ou forma agravada, o que deve valer é a relação direta entre esse ato e a imediata realização da ação típica. Aqui, praticamente, o

próprio legislador descreve o ato, que poderá ou não ser ato de execução, dependendo de sua relação para com a realização da ação típica. Se o ato, previsto como forma qualificada, for praticado dentro do plano de imediatamente após ser realizada a ação típica, tal ato já constitui início de execução do delito. Esta é a posição majoritária da doutrina⁵⁴ quando se trata de crimes comissivos.

65. Nos crimes omissivos impróprios, o início da execução se dá com a violação do dever de impedir o resultado, que faz parte do tipo de injusto. Mas essa violação deve manifestar-se concretamente, único modo de colocar em perigo o bem jurídico.

A doutrina tem-se orientado aqui em três sentidos: a) ou no sentido de tomar como decisivo a não utilização da primeira possibilidade de salvamento;⁵⁵ b) da última chance de fazê-lo,⁵⁶ ou c) ainda do perigo concreto para o bem jurídico, produzido pelo atraso na prática da ação apta a impedir a lesão.⁵⁷

Parece que a melhor solução será dada por uma variante objetiva da proposta seguida por **Wessels**:⁵⁸ se o perigo para o bem jurídico só ocorrerá mais tarde, o início da execução não pode se dar com a não utilização da primeira chance de salvamento, mas, sim, com a não utilização da última quando o perigo entrar em sua fase aguda. Assim, se o filho cai nos trilhos, mas o trem só passará por ali dentro de uma hora, a omissão do salvamento imediato não configura ainda um início de execução. Este só se verificará quando o trem já estiver efetivamente prestes a passar.

Por outro lado, há de se distinguir aqui entre *tentativa acabada* e *tentativa inacabada*. Só esta última é que deve submeter-se a tal raciocínio, pois o desdobramento posterior do fato depende da omissão do próprio sujeito. Na *tentativa acabada*, na qual a seqüência do fato está à própria sorte dos acontecimentos, a execução terá início a partir do momento em que o sujeito não se vale da primeira chance, deixando que a causalidade siga normalmente seu curso. Por exemplo, se mãe deixa de alimentar seu filho recém-nascido, o início da execução ocorrerá quando a falta de alimentação já tenha provocado danos à sua saúde, de modo que deva ela imediatamente realimentá-lo, mas deixe passar essa chance. Antes disso, não haveria início da execução, porque o perigo da realização do resultado ainda não se havia manifestado.

Ao invés, se a mãe abandona na rua o recém-nascido, deixando-o à sua própria sorte, com este ato de abandono já se inicia a execução, pois, a partir daí, passa ela a não ter qualquer domínio sobre a causalidade, estando desde logo presente o perigo da ocorrência do resultado. Estamos aqui analisando aspectos da execução do delito doloso de homicídio, praticado por omissão e não o crime de exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134), que só se configura com o preenchimento, além do dolo de perigo, de um elemento subjetivo especial, que é a finalidade de *ocultar desonra própria*. Neste último caso, tendo em vista justamente essa finalidade especial, o legislador considerou o ato de abandono como delito autônomo de perigo, isto, entretanto, sem descartar a hipótese de que esse mesmo ato por si mesmo já constitua início de execução do homicídio, dependendo do dolo do sujeito.

54 **Jescheck**. *Tratado*, p. 471; **Roxin**. "Tatenschluß und Anfang der Ausführung", in *Juristische Schulung*, 1979, p. 1; **Wessels**. *Strafrecht*, AT, 1992, p. 182.

55 **Herzberg** - "Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt", in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1971, p. 881.

56 **Armin Kaufmann**. *Die Dogmatik der unterlassungsdelikte*, 1959, p. 210; **Welzel** - *Derecho Penal Alemán*, tradução de Bustos Ramirez e Yañez Pérez, 1970, p. 305.

57 **Jescheck**, *Tratado*, p. 581.

58 **Wessels**, *Strafrecht*, AT, p. 238.

Dolo e erro

66. Os crimes omissivos representam ainda uma particularidade no tocante ao dolo. Diferentemente dos crimes comissivos, onde o dolo deve orientar-se à realização da ação típica, nos crimes omissivos o dolo se expressa como a decisão acerca da inação, com a consciência de que o sujeito poderia agir para evitar o resultado. Não basta, por conseguinte, para reconhecer-se o dolo, a mera consciência da situação fundamentadora do dever de agir, ou o conhecimento do seu poder de fato para realizar a ação omitida, como queria **Welzel**.⁵⁹ Mais do que isto, será necessário demonstrar-se que o sujeito inclua na sua decisão a não execução da ação possível. Esta é uma exigência, inclusive, que deflui dos próprios termos do art. 18, I do Código Penal, que não prescinde do *elemento volitivo* na configuração do dolo e que deve ser tomado em conta igualmente nos delitos omissivos.

Além disso, deve conhecer o omitente todas as circunstâncias que compõem a chamada *situação típica* e, nos crimes omissivos impróprios, ainda dados fáticos que fundamentam sua posição de garantidor. O erro, portanto, sobre a posição de garantidor é *erro de tipo*, que exclui o dolo. Por outra parte, o erro sobre o dever de garantidor, como tal, é erro de proibição, que exclui a culpabilidade, se inevitável, subordinando-se aos ditames admitidos no art. 21.

**Publicado originalmente na Revista nº 4 jul./dez. 1996, p. 123.*

⁵⁹ **Welzel**. *Derecho Penal Alemán*, p. 282.

A INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA (*INSIDER TRADING*) NAS BOLSAS DE VALORES E O ESTELIONATO

MÁRIO SLERCA JR.*

1. Nos países desenvolvidos que adotam o regime capitalista, torna-se cada vez mais severa a cobrança de responsabilidade daqueles que atuam ilicitamente nas bolsas de valores. Recentemente, a mídia internacional deu grande destaque ao escândalo *Ivan Boesky*. Impressionou a todos ver um dos grandes financistas da Bolsa de N.Y. ser arrastado algemado de seu luxuoso escritório como se fora um *gangster*. *Principal* acusação que lhe foi imputada: ter operado nas bolsas americanas com informação privilegiada (*insider trading*). Nos E.U.A., como ocorre em diversos outros países desenvolvidos, a prática é punida com penas semelhantes a de assalto a banco. *Boesky* sujeitou-se à prisão e ao pagamento de uma multa de 100 milhões de dólares.

2. Por que, no Brasil, a mesma conduta nunca chega ao foro criminal, e sequer enseja no plano civil significativas responsabilizações? Ausência de leis? Parece-nos que não: mais correto talvez atribuir-se o fato à falta de uma compreensão não jurídica, mas fática, concernente à mecânica das operações nas bolsas de valores.

3. Com essa finalidade, detenhamo-nos em caso típico de informação privilegiada: administrador de companhia aberta, no exercício de suas funções, participa dos entendimentos em que uma concorrente irá fazer uma oferta pública para compra de ações da sociedade da qual é diretor, por um preço muito acima da cotação de mercado. De posse dessa informação, arquiteta um plano: adquirir o maior número possível dessas ações, antes que o público saiba da oferta, para, em seguida, repassá-las, com lucro. De se ver que o agente, detentor da informação privilegiada, não exaure a ação em um único ato. Muitas são as iniciativas que ele deve ter, a fim de lograr êxito nos seus inescrupulosos intentos. As principais: I) impedir o aparecimento de vazamentos a respeito da iminente oferta pública, neutralizando os que eventualmente surgirem com contra-informações junto do mercado; II) induzir o público investidor a vender as ações cobiçadas mediante táticos aumentos nos preços das ofertas de compra ou até a venda destes mesmos papéis em certos momentos especiais para desencadear um desejo coletivo de venda; III) ocultar, da forma mais absoluta, a sua condição de administrador, pois se o público souber que a pressão compradora parte do diretor da companhia envolvida na operação, ninguém mais vende as ações desejadas. Por esse motivo, testas de ferro são utilizados. Essas várias e contínuas providências são executadas no mercado através de corretoras, que não são científicas do plano global; são até confundidas com instruções conflitantes, para dificultar a percepção do verdadeiro desígnio do agente.

4. A aquisição antecipada dessas ações pelo detentor da informação, para imediata posterior revenda, mesmo pagando um prêmio ao mercado, para incitá-lo a aumentar as vendas, representa um ganho certo. Ao enriquecimento do possuidor da informação privilegiada corresponde uma diminuição patrimonial do público. Se

* Advogado.

fossem divulgados os termos da oferta pública já programada, é óbvio que o detentor da informação privilegiada não iria conseguir apoderar-se da vantagem patrimonial.

5. A transparência com a publicidade de todos os atos e fatos que possam afetar os títulos negociados nas bolsas de valores, aqui e fora do País, é o principal instrumento de segurança dos investidores. Nesse sentido o art. 22, § único, V e VI da Lei n.º 6.385 – de 7-12-76 e art. 3.º, X, da Lei n.º 4.728 – de 14-7-65. Nos Estatutos das Bolsas, inclusive, há que se dar especial atenção a esses pontos, para “evitar e reprimir manipulações de preço e transações fraudulentas” (art. 15, I, da Resolução BCB n.º 39 – de 20-10-66). Ademais, ao administrador é “vedado valer-se de informações para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra e venda de valores mobiliários” (art. 155, III, § 1.º da Lei n.º 6.404/76 e Instrução n.º 31 da CVM – de 8-2-84).

6. Na trama em apreciação, não há que se falar, à evidência, em *dolus bonus* (utilizado habitualmente por comerciantes para obtenção de melhor preço nas suas mercadorias). O que foi dolosamente ocultado do público, através da hábil maquinação, levando-o a erro, concerne a aspecto fundamental para a formação de preço na venda. Este, máxime nas bolsas, constitui elemento primordial da decisão. Inquestionavelmente, o público tem o direito de conhecê-lo, por força de princípio estrutural vigorante em todas as bolsas de valores, a saber: aos seus participantes, sem qualquer distinção, cabe igual acesso às informações. Por outro lado, o administrador está sujeito a rigoroso impedimento nas operações de bolsa baseadas em informações privilegiadas (*cf. n.º 5 in fine*).

7. A fraude em exame é tão eficiente que não permite ao lesado evitar o prejuízo: caso alguém decida alienar suas ações, enquanto perdurar a ignorância do mercado sobre o fato capaz de alterar a cotação na bolsa, o preço do pregão não poderá ser o correto. Nessas circunstâncias, ele estará apenas latente. Surgirá, posteriormente, por ocasião da oferta pública. Mas, tardiamente para o prejudicado, uma vez que quem, no final, receberá o preço justo, verdadeiro, será o detentor da informação privilegiada.

8. As teorias que se esforçaram em identificar os elementos constitutivos da fraude penal em contraposição aos da fraude civil, apesar de hoje terem perdido muito da sua importância, merecem ser recordadas, para mostrar que encontraremos na essência da informação privilegiada praticada pelo administrador, justamente, as características mais marcantes apontadas por aqueles doutrinadores como identificadoras da fraude penal.

9. Enfoquemos algumas delas: a teoria da *mise-en-scène* poderia aproveitar, como exemplo vivo de engenhosa montagem, toda a urdidura elaborada pelo agente da hipótese em estudo. Ele, teatralmente, mascarando tudo, inclusive a sua própria identidade, em um ambiente de profissionais, após manter o mercado iludido por falsos preços e motivações, consegue transferir patrimônio do público para o seu bolso.

10. Apoiados em *Geib*, muito utilizado pela nossa jurisprudência, localizaríamos, no caso em tela, um investidor lesado que, a despeito de usar todo o cuidado e precaução nas suas operações de bolsa, é enganado pela fraude e sofre o prejuízo material.

11. A impraticabilidade da reparação do dano, que sensibilizou *Merkel e Puglia*, é também uma realidade fática encontrada na informação privilegiada, já que, devido ao largo leque de lesados (muitos milhares), há impossibilidade material de identificação de todos para a reparação do dano (cf. n.º 18).

12. A fraude praticada em estudo não é, em absoluto, a do tipo civil, “não perigosa, a fraude que não suscita o alarma social, a fraude que é um pouco mais que a solécia natural dos contratantes e afaristas, mas que não chega a ter o caráter de excepcional gravidade que justifica a sanção penal, bastando que seja escarmentada no juízo cível”.¹

13. Muito pelo contrário: sob essa ótica, forçoso reconhecer-se que raras são as fraudes provocadoras de tanto alarma social como a do *insider trading*: muitos milhares de pessoas, sem possibilidade de defesa (cf. n.ºs 7 e 11), são espoliadas em seu patrimônio. Não se mencionando a necessidade de proteger a credibilidade da Bolsa de Valores, que é um dos alicerces da economia de mercado, adotada pelo Estado e que fica seriamente afetada com esses escândalos. É tão forte o trauma na economia popular provocado por essa fraude financeira que, em muitos países, se elaborou legislação penal específica, não prevalecendo até o famoso sigilo bancário suíço quando se trata de *insider trading*.²

14. Oportuno registrar-se, conforme o magistério de Alvaro Mayrink da Costa³, que até “o silêncio pode constituir-se em comportamento determinante da manutenção do erro quando o autor tem o dever de falar. Encontramos o caráter do ardil do silêncio neste atuar omissivo, pois o agente teria o dever jurídico de dizer a verdade. Os doutrinadores repetem o caso do colecionador Caio que adquire de Tício uma preciosa peça de coleção por preço vil”.

15. E é claro que no caso em discussão houve infinitamente mais do que mero silêncio. Estamos diante de moderna e sofisticada conduta anti-social que atinge em cheio a poupança popular. O público investidor não tem como se defender (cf. n.ºs 7 e 17), sendo certo que as peculiaridades da fraude (cf. n.ºs 5, 11 e 18) apontam ser a repressão pelo Direito Civil totalmente ineficaz; um motivo a mais, de acordo com alguns autores, para a utilização da norma penal.

16. Favorável ao enquadramento penal também é o moderno critério de avaliação da fraude, que enfatiza “o transigente e oportunístico ponto de vista da política criminal”.⁴

17. Note-se que essa massa de prejudicados, de ordinário, devido à insignificância de sua participação acionária, não tem suficiente interesse para recorrer à Justiça. Haja vista a extrema raridade destes procedimentos nos nossos Tribunais.

18. Sem dúvida, o autor dirigiu sua ação dolosa à pessoa incerta. Dessa maneira, como não pode haver estelionato sem lesado conhecido, imprescindível, para a tipificação penal determinar-se quem concretamente sofreu o dano embora seja apenas uma pessoa, dentre milhares.

1 *Comentários ao Código Penal*, Nelson Hungria, vol. VII, Forense, 1980, pág. 180.

2 Meier, Henry B., *The Swiss Equity Market*, Ed. Woodhead – Faulkner Ltd., 1985, pág. 116.

3 Alvaro Mayrink da Costa, *Direito Penal, Parte Especial*, vol. II, pág. 520, Forense, 1986.

4 Obra citada na nota n.º 1 *supra*, pág. 189.

19. No Brasil – diferentemente do que ocorre, por exemplo, na França, Inglaterra e E.U.A. – inexistente norma penal expressa capitulando o crime de *insider trading*. No entanto, não obstante a ausência de dispositivo penal específico, o *caput* do art. 171 do C.P. permite a incriminação, já que, segundo vimos, todos os elementos constitutivos do estelionato, na sua configuração básica,⁵ estão presentes na informação privilegiada descrita no item n.º 3. *Legem habemus...*

*Publicado originalmente na Revista nº 24 jul./dez. 1986, p. 69.

5 A favor da qualificação penal: Norma Jonssen Parente, *Legis Bancos, Informativo CVM*, Parte 4, pág. 48, vol. IV, ano III, 1980. Contra: Nelson Eizirik, *Questões de Direito Societário e Mercado de Capitais*, Ed. Forense, 1987, pág. 74, sob o fundamento de que “não há dispositivo penal tratando expressamente do *insider trading*. As minuciosas análises elaboradas pelos autores pátrios preferem desenvolver o tema exclusivamente sob o prisma da repressão civil: Francisco Antunes Maciel Mussnick, “A Utilização Desleal de Informações Privilegiadas – *Insider Trading* no Brasil e nos Estados Unidos”, “Revista de Direito Mercantil”, n.º 34/1979, pág. 42; LG Paes de Barros Leães, *Mercado de Capitais & Insider Trading*, Ed. Revista dos Tribunais, 1982, págs. 176 e seguintes; Fábio Konder Comparato, “*Insider Trading: Sugestões Para Uma Moralização do Nosso Mercado de Capitais*”, “Revista de Direito Mercantil”, n.º 2, ano X, 1971, pág. 41.

A TEORIA DA AÇÃO FINALÍSTICA NO DIREITO PENAL

NELSON HUNGRIA*

O direito penal é escrito um pouco no dorso das areias. Não está sujeito apenas à mutabilidade dos fenômenos sociais e humanos, senão também à versatilidade dos critérios de sua construção dogmática ou científica, que, na ânsia de conceitos irreprensivelmente lógicos, entrega-se à tarefa sisífica de uma análise infatigável, em que as teorias se sucedem como as fases da lua ou as estações do ano. O insaciável espírito de análise crítica é um corrosivo de idéias e postulados. Nada lhe resiste à ação deletéria. Analisar meticulosamente conceitos e pensamentos vale o mesmo que desacreditá-los, pois ainda os mais sólidos e inveterados não escapam à irremediável contingência ou falibilidade do espírito humano, a que são inacessíveis as soluções definitivas, *nunc et semper*. Acontece com as idéias dissecadas pela análise minudente o mesmo que ocorreu com a “môsa azul” de Machado de Assis, que, às mãos do poleá que a achou, foi de tal modo examinada e perquirida, que perdeu o fascinante brilho e acabou transformada num pouco de massa informe e asquerosa. Os analistas são como cupins da teoria que anatomizam sob suas lupas; mas ocorre que, quando sugerem ou defendem outra teoria em ‘substituição, não raras vêzes se constata que a *emenda ficaria pior que o soneto*. Na órbita do direito penal doutrinário, há uma periódica sucessão de analistas porfiados, principalmente para além dos Alpes, nas Universidades germânicas, que não permitem um período de duração mais prolongado às *armações* da dogmática jurídico-penal. Não se contentam com o fio de cabelo, tal como se apresenta: partem-no ao comprido para ver o que há dentro, e tanto mexem e remexem, que, ao fim de contas, acaba-se duvidando até mesmo da existência do fio de cabelo. Ultimamente, estão eles proclamando a necessidade, no campo do direito penal, de uma renovação de frente a fundos. A estrutura jurídica do crime, tal como tradicionalmente concebido, teria de ser radicalmente modificada. É com uma espécie de volúpia que êsses penalistas estão tentando, com o objetivo de tal reforma, a adoção de paradoxos os mais desconcertantes. O que até agora constituía, sem a menor sombra de controvérsia, o elemento subjetivo do crime e era tratado no setor da “culpabilidade”, passa a ser entrosado no elemento material, isto é, na ação empreendida ou realizada pela vontade. Deixaria a ação voluntária de ser considerada como simples movimento corpóreo voluntário (realização causal da vontade), estudada no setor da “causalidade”, para ser concebida como atividade finalística ou tendente a um fim, caracterizando-se “pela representação do fim no pensamento” e formando com o fim uma unidade incindível. É a chamada “teoria da ação finalística”, excogitada por Welzel (inspirado na filosofia de Hartmann), segundo a qual a ação deixa de ser causalidade *cega*, para ser causalidade *vidente*. O dolo, não o *dolus malus* ou o *animus delinquendi*, mas o *dolus naturalis*, isto é, a pura direção finalística da vontade, ético-juridicamente neutra” passaria a ser parte integrante da ação. Ação finalística e dolo seriam uma e a mesma coisa. Com o dizer-se “ação voluntária” já se diz tudo, redundando num pleonasmo falar-se em “ação dolosa”.

Vejamos, porém, o que vale essa nova teoria.

* Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Ninguém jamais contestou que a ação voluntária se dirija necessariamente a um fim, devendo êste, *sub specie juris*, como reconhecem os finalistas, ser *juridicamente* relevante; mas é bom de ver que isso não impede, de modo algum, que, na análise conceitual da estrutura jurídica do crime, se separe da “ação” a sua “direção finalística”, para, atendendo-se ao critério de classificar homogêneamente os elementos de um todo, inserir a direção finalística (representada no pensamento do agente) no elemento subjetivo ou psíquico, enquanto a ação se há de incluir no elemento objetivo ou físico. Não há razão alguma, de irreduzível necessidade, para que o dolo dos finalistas, de caráter puramente psicológico, não permitindo distinguir entre o estrangular uma criança e o dar uma esmola, seja indistacável da ação, como se não se pudessem tratar separadamente o espírito e o sangue, o anímico e o corporal.

Com êsse dolo acrônico, sob o ponto de vista ético-jurídico, os finalistas não vacilam em chegar à conclusão paradoxal de que os próprios inimputáveis (o louco, o idiota, a criança, o ébrio) poderiam praticar crimes dolosos, pois mesmo êles são capazes de ação finalística. O que até agora se chamou “culpabilidade”, cujas formas são o dolo e a culpa *stricto sensu*, não seria mais que a *reprobabilidade* da conduta e a consciência ou possibilidade de consciência da contrariedade ao direito ou da ilicitude jurídica.

Como não podia deixar de ocorrer, objetou-se para logo aos finalistas que só os crimes intencionais ou com dolo direto seriam ajustáveis à sua teoria, pois nos crimes com dolo eventual e nos crimes culposos ou preterintencionais, o *fim* do agente não é o evento ocorrido, desde que a êste não era dirigida a ação, de modo que nêles a *finalidade* não contribui para realizar o evento, resultante da ação. Assim, haveria que separar a estrutura jurídica dos crimes intencionais da dos outros, com chocante quebra da unidade sistemática. Notadamente os crimes culposos são irreduzíveis à teoria finalística. Onde, no crime culposos, a finalidade juridicamente relevante? Se tomo de um fuzil para limpá-lo e, por meu desaso, ocasiono um disparo que vai atingir pessoa próxima, êste evento lesivo nada tem a ver com a minha finalidade, isto é, com o meu objetivo, inteiramente irrelevante sob o ponto de vista jurídico, de limpeza da arma. Se a relevância jurídica do fim é uma indeclinável premissa da teoria finalista, que vai ao extremo de sustentar que não há legítima defesa sem o fim de defender-se (!) e é inadmissível co-participação em crime culposos (!), porque o evento ocorrido não era o fim da ação comum, não haveria como encaixar nessa teoria, sem quebra de sua lógica, o crime culposos, em que o fim da ação é irrelevante sob o ponto de vista jurídico. Mas os finalistas são obstinados e, na tentativa de escapar a êsse beco cego, elucubram o que êles chamam de “finalidade potencial”, ou “potencialidade finalística de evitar o evento”, ou “falta de orientação finalística para atalhar o evento”, - o que, em matéria de complexidade de subterfúgios, de trama aracnídea de raciocínios, de capilarismo de argumentos, de labirínticos desvios estratégicos para contornar o obstáculo, constitui um *tour de force* idêntico ao de quem quisesse demonstrar a quadratura do círculo.

Como tôda a vez que a Europa acende fogo, a América Latina há de emitir fumaça, é escusado dizer que já chegou até o Brasil a teoria finalista, tendo havido mesmo quem dissesse dela que é a solução definitiva de fundamentais problemas até hoje insolúveis do tecnicismo jurídico. Antes de tudo, os nossos pressurosos e impenitentes pregoeiros de *novidades* esquecem que as premissas da teoria finalista assentam, quase exclusivamente, em critérios de solução adotados pelo vetusto Código Penal alemão, sem correspondência alguma em nossa lei penal vigente. É

exato que os finalistas se propõem o desate mais lógico de tais ou quais problemas de construção dogmática, mas é óbvio que, quando se faz dogmática, deve ter-se em vista o direito positivo de cada país. Os problemas a que eles se referem inexistem em nosso direito penal legislado. Assim, dizem eles que a teoria tradicional da ação, chamada causal ou naturalística, comete o grave erro de inserir na ação o resultado, olvidando que há crimes sem resultado, como seriam os simplesmente *tentados* e os de *mera atividade*, de modo que sua deficiência é manifesta. Ora, em face do nosso *jus positum*, ação e resultado não se confundem, embora convirjam para a síntese do “fato típico”, isto é, da concretização material do fato previsto e descrito *in abstracto* pela lei penal. E dizer-se que há crimes sem resultado é outra afirmação que não encontra eco em nosso Código Penal atual, em cuja “exposição de motivos” ficou explicitamente acentuado que não há crimes sem resultado, entendendo-se como tal não só o dano efetivo como o dano potencial ou a periclitación do bem ou interesse jurídico penalmente protegido.

Pretendem os finalistas que a sua teoria veio explicar racionalmente o desconcertante caso da *autoria mediata*. Ora, o nosso Código repeliu a *extravagância* da autoria mediata, dispondo que é autor do crime quem concorre, de qualquer modo, direta ou indiretamente, para sua realização. A autoria mediata é um artifício para suprir uma deficiência da anacrônica teoria da *accessoriedade* da participação criminosa, que o Código alemão de 1871 ainda conserva.

Também a questão do erro de fato e erro de direito, que na doutrina alemã é envolvida no tratamento do *erro de tipo* e do *erro de proibição*, estaria resolvida, uma vez por tôdas, com a teoria finalista. Acontece, porém, que em nosso Código Penal não há nada que se pareça com o tormentoso art. 59 do Código germânico, em face do qual não há uma nítida linha divisória entre erro de fato e erro de direito, ou melhor, em que o erro de fato se emparelha com o erro sobre conceitos normativos concernentes a circunstâncias legais do crime.

O Professor Welzel não dissimula a sua ufania por ter sido o “inventor” da teoria finalista, como se se tratasse de qualquer coisa como o linotipo, o avião, a telecomunicação ou a energia atômica. Desde 1929 que já andava maquinando essa teoria. Levou, assim, mais de trinta anos para amadurecê-la e trazê-la ao mercado. É verdade que von Jhering consumiu 36 anos para elaborar a sua famosa pequena monografia sobre a posse; mas atenda-se: o opúsculo de Jhering é uma construção genial, que retificou efetivamente um erro multissecular, enquanto a teoria de Welzel não é mais que a emissão infecunda de exasperada dogmática...

**Publicado originalmente na Revista nº 1 jan./abr. 1967, p. 15.*

NOVAS TEORIAS E DIRETRIZES DO DIREITO PENAL

NELSON HUNGRIA*

Novas teorias em torno do problema da delinquência estão postulando, mais que uma simples reforma, a abolição do direito penal tradicional, cujos princípios deveriam ser radicalmente substituídos por outros que melhor assegurem a defesa social. O novo lema assim apregoa: não mais “direito penal”, não mais “direito de punir”, mas “direito de defesa social” ou “contra a anti-sociabilidade”. Enquanto a escola francesa de “defesa social”, chefiada por MARC ANCEL, se orienta no sentido de um entrosamento gradativo dos critérios do “neo-defensismo” com as normas do direito penal tradicional, já o mesmo não acontece com a escola italiana, sob a mesma denominação, dirigida por FILIPPO GRAMMATICA, segundo o qual o direito penal tradicional deve ser relegado para museu, cedendo o lugar ao “direito-dever de defesa social”, não por meio de punição, mas exclusivamente por meio da recuperação do indivíduo socialmente rebelde ou indisciplinado. Com uma firmeza e concatenação de princípios que ultrapassam as da chamada “escola positiva”, a corrente italiana do neo-defensismo proclama que se deve ter em conta, não o fato de infringir a lei social, mas o agente, o “homem”, o violador do *modus vivendi* da coletividade, como *pessoa humana*, a ser perquirida e avaliada em sua totalidade, para averiguar se se trata, ou não, de um indivíduo anti-social. Não mais *responsabilidade ou culpabilidade penal*, com ou sem base na imputabilidade moral ou psíquica, mas a demonstração da existência, *in concreto*, de sociabilidade ou anti-sociabilidade, de cunho eminentemente subjetivo, como um conceito de síntese. Não mais a preocupação com a tutela de bens jurídicos, mas a readaptação social, o “melhoramento” do indivíduo-agente. Não mais “crimes”, mas “índices de maior ou menor anti-sociabilidade”. Não mais *pena*, mas *medidas de defesa social*, preventivas, educativas ou curativas, adequadas a cada pessoa. Não mais *repressão ou castigo*, mas *ressocialização, reclassificação social* dos transviados ou anti-sociais.

A nova escola de defesa social tem o sentido ou representa uma superação do positivismo ferriano, pois este, ao contrário daquela, não pleiteia uma reforma radical e sistemática, continuando apegado ao critério de *responsabilidade* embora dizendo-a *social*, ou *legal*, para imprimir-lhe caráter chocantemente objetivo (indivíduo é responsável porque e enquanto vive em sociedade) e, assim, exasperando o fundamento da atribuição do fato anti-social ao indivíduo. Diversamente do positivismo, a nova doutrina da defesa social não nega a responsabilidade moral, nem conseqüentemente o livre arbítrio ou o libertismo da vontade, mas faz deles total abstração. O positivismo conserva a noção de *crime*, insistindo em falar de *delinquentes* e classificando-os em categorias mais ou menos empíricas, enquanto o neo-defensismo não conhece *crimes*, senão *atos indicativos de anti-sociabilidade* de seu autor, e não cuida de *delinquentes ou não-delinquentes*, senão de indivíduos *sociais* ou *anti-sociais*. Na sua tomada de posição, o neo-defensismo não se confunde com a *defesa social* inspiradora das teorias utilitaristas, pois constituiria um complexo de normas e práticas tendentes, não ao resguardo de bens ou interesses jurídicos contra

* Ministro do Supremo Tribunal Federal.

a lesão ou perigo de lesão por parte do indivíduo, mas a prevenir e eliminar, no indivíduo, as causas de anti-sociabilidade. Seu fim único é a defesa da sociedade por meio da *socialização* do indivíduo, a harmonização da vida do indivíduo com a vida da sociedade. É a proteção da sociedade por meio da proteção do indivíduo, com medidas pedagógicas, emendativas ou curativas, segundo a natureza de cada caso.

Com o radicalismo da diretriz de FILIPPO GRAMMATICA e seus adeptos não se compadece a escola francesa. Entende esta que deve ser gradativa a acomodação do direito penal tradicional aos princípios da defesa social, salvo os que permitam aplicação imediata sem maior contraste com o *jus positum*. Também a escola francesa propugna o princípio de que o fim precípua da pena é a ressocialização do delinqüente, devendo desaparecer o dualismo de pena e medida de segurança. Em todos os aspectos da pena, devem prevalecer os direitos da pessoa humana. O que se faz mister é um movimento de política criminal humanista. Como diz HERZOG, a defesa social, sob o nôvo prisma, é a “tendência para a humanização do direito penal”. O neo-defensismo, segundo a diretriz moderada, propõe-se uma ação sistemática de *socialização* dos delinqüentes, mas entende que será isso possível sem desarticulação total do direito punitivo tradicional. Desde que os institutos e normas jurídico-penais se orientem essencialmente, tanto do ponto de vista substantivo, quanto do processual ou adjetivo, no sentido da recuperação moral e social do indivíduo criminoso, não há necessidade imediata de subverter *ab imis fundamentis* a armação atual do direito penal. Foi dentro desse ponto de vista que o I Congresso de Defesa Social, realizado em 1954, aprovou o seguinte voto: “As decisões judiciais devem ser proferidas e executadas tendo em conta, principalmente, a personalidade do criminoso e tenderem, por medidas científicas e individualizadas, para a adaptação social do indivíduo.” A moderação da escola francesa está muito mais próxima de praticabilidade atual do que o radicalismo da escola italiana. Pode mesmo dizer-se que ela é um reflexo das tendências mais recentes do direito penal. Como de outra feita já acentuamos, o direito penal passa atualmente por uma fase de revisão de critérios, a começar pelo que diz respeito à tradicional pena-retribuição, que na ortodoxia de seus princípios está caindo em franco descrédito. Ao invés da pena limitada ao seu sentido etimológico, ou da pena-castigo, como retribuição do mal pelo mal ou contragolpe do crime, ou como exclusivo mandamento de justiça, ou como imperativo categórico, ou com fundamento em transcendentes razões filosóficas, o que presentemente se preconiza é a pena como meio e instrumento de utilidade social, atendendo, acima de tudo, ao fim prático de tentar, na medida do possível, a reclassificação social do delinqüente, pelos meios educativos ou ortopsíquicos indicados pela experiência. A recuperação social do criminoso, de simples epifenômeno, passa a ser o preponderante, o precípua escopo da pena. Não mais, entre as paredes do cárcere, o drama de sofrimento de culpado, por antecipação do Inferno, mas o edificante espetáculo de resgate e salvação de um ser humano. Quando no Congresso Internacional de Direito Penal de Roma, em 1953, BIAGIO PETROCELLI, autor principal do malogrado projeto de nôvo código penal para a Itália, de 1949, afirmou que “a pena é uma superior exigência do espírito, cuja atuação deve, se necessário, pairar acima de todas as exigências práticas”, suas palavras ecoaram como se viessem do fundo de uma época já inteiramente superada e esquecida. O versículo do nôvo credo adquire ressonância cada vez mais extensa. O Código Penal suíço, no seu art. 37, já preceitua, de modo expresso, que as penas privativas de liberdade “devem ser executadas de modo a exercer sobre o condenado uma ação educadora e a prepará-lo para a vida livre”. O

Código soviético, da mesma forma, atribui à pena a finalidade de “corrigir e reeducar o criminoso no espírito da honrosa adaptação ao trabalho e no respeito às normas da vida coletiva”. A vigente Constituição da Itália – país vanguardeiro no estudo da ciência penal – inclui entre as suas disposições a seguinte: “As penas não podem consistir em modos de tratamento contrários ao sentimento de humanidade e devem visar à reeducação do condenado”. O art. 10 da Declaração de direitos da Constituição francesa, de 1946, declara: “As penas privativas de liberdade devem tender à reeducação do culpado”. O Código tchecoslovaco, de 1950, entre os fins da pena ressalta o de “educar o condenado durante sua execução e ressocializá-lo, para convertê-lo em um membro da comunidade, como os demais”. No mesmo sentido, Os Códigos da Bulgária e da Iugoslávia, ambos de 1951. O Regulamento das Prisões da Espanha, de 1956, estabelece que as sanções penais devem ter por fim “uma ação reformatória, na conformidade dos princípios e orientações da ciência penitenciária”. Também a nossa Lei nº 3.274, de 1957, que veio formular normas gerais sobre o regime penitenciário, dá especial relevo ao princípio de que a pena, ajustada à personalidade do delinqüente, deve constituir um “regime de educação moral, intelectual, física e profissional”. O mais recente projeto de novo Código Penal argentino, de autoria de SEBASTIÃO SOLER, repete o preceito do Código helvético: a pena deve ser executada como medida pedagógica, preparando o criminoso, gradualmente, para o retorno à vida livre. É assim por diante. De tal sorte se veio acentuando, quer na doutrina, ou nos “votos” de Congressos internacionais ou nos projetos de reforma jurídico-penal, quer, correspondentemente, no próprio direito positivo, ao adotar novos métodos no âmbito da execução penal, o critério de que a privação de liberdade, como sanção contra o delinqüente, não é um fim em si mesma, não devendo ser aplicada *quia peccatum*, senão, principalmente, *ne peccetur* (isto é, devendo ser aproveitada para o afeiçoamento do condenado à vida social, mediante processos de educação ativa), que se chega, afinal, à conclusão de que já não há mais distinguir entre pena e medida de segurança, dada a intercorrente identidade dos meios práticos utilizados por uma e outra. O estabelecimento prisional, nos seus modernos moldes, tende a assimilar, inteiramente, o *modus exequendi* da medida de segurança detentiva. O tratamento aplicado aos delinqüentes, evitada toda promiscuidade corruptora, deve ser humano, isento de vexações, e tender, principalmente, para sua instrução geral e profissional e para sua reabilitação moral, para o seu melhoramento social. A pena, na sua execução, está-se transformando, cada vez mais, em medida de segurança. Explica-se, destarte, que nos mais recentes Congressos penais, no plano internacional, venha sendo debatida largamente a tese relativa à supressão do sistema de *dupla via* ou de *dois trilhos* (*doppio binario*, *dual track*, *Zweispurigkeit*), isto é, da aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, a ser substituído por um tratamento unitário. No já citado Congresso de Roma, de 1953, teria triunfado a tese de unificação integral das duas sanções, e sob a epígrafe exclusiva de “medida de segurança”, se FILIPPO GRISPIGNI, o saudoso professor da Universidade romana, que sempre evoluiu entre a escola positiva e a escola neo-clássica, não tivesse proposto como relator do tema, uma fórmula conciliatória ou transacional: não mais o sistema de aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, ou vice-versa, mas o sistema alternativo, ficando ao esclarecido e prudente arbítrio do juiz, em cada caso, aplicar, ou somente a pena, ou somente medida de segurança. A respeito do assunto, já tive oportunidade de me pronunciar, sem vacilações, nas internacionais *Jornadas Penales* de Buenos Aires, em agosto de 1960. Salvo o caso excepcional de necessidade de tratamento curativo, isto é, no caso dos

enfermos mentais ou dos semi-imputáveis de fundo mórbido, em que se não poderá prescindir da medida de segurança, que é o manicômio judiciário ou o “anexo” psiquiátrico, sou pelo método unitário, mas sob a rubrica de *pena*, sem repúdio à tradicional condição de imputabilidade e culpabilidade moral, pôsto que não há incompatibilidade alguma entre o princípio de responsabilidade psíquica e a concepção finalística da pena. A adoção da medida de segurança como sanção única apresentaria sério inconveniente. Conceitualmente subordinada, na sua aplicação, ao estado de periculosidade ou anti-sociabilidade do delinqüente, não poderia abranger os criminosos de ocasião, episódicos ou de emergência, os passionais autênticos, os políticos, os simplesmente culposos, os autores, de crimes meramente convencionais, os normais em geral, cuja existência os próprios positivistas ou defensistas não negam que não apresentam deformada personalidade ou intimidade psíquica, ou ineducação social, de modo que, em relação a essas categorias, desapareceria a incontestável e imprescindível função intimidativa ou de prevenção geral da pena. Se apenas fôssem atingíveis os perigosos ou anti-sociais, aos que não o fôssem, isto é, aos não perigosos ou aos anti-sociais, se forneceria um prévio salvo-conduto para a prática de crimes, o que seria um rematado despropósito. Sou dos que entendem que a pena, na sua função teleológica, não pode ficar confinada dentro de um princípio monolítico ou exclusivo. Seu escopo é pluridimensional. Não somente *retribuição* (*malum passionis ob malum actionis*), mas também *defesa social*, isto é, na sua fase executiva, deve prover, quando necessário e na medida do possível, a recuperação social do condenado.

No recentíssimo Colóquio realizado em Coimbra, para comemorar o centenário da abolição da pena de morte em Portugal, do qual tive a honra de participar, travou-se vivo debate entre os professores FILIPPO GRAMMATICA e GIUSEPPE BETTIOL, ali presentes, um defendendo a exclusividade do princípio de defesa social e outro sustentando o princípio da retribuição como único admissível. Ao que declarou o ilustre BETTIOL, fôra tormentosa a sua vacilação entre os dois princípios, mas afinal, se convencera de que, dentro da lógica dos princípios que disciplinam o *homo socialis*, não havia lugar para a pena retributiva. Intervim no debate, para declarar que eu me eximira ao tormento sofrido por BETTIOL, adotando a política do Zadig de VOLTAIRE, que, resolvendo a grave controvérsia religiosa entre os persas, sôbre se se devia entrar no Templo com o pé direito ou com o pé esquerdo, entrou no sagrado recinto com ambos os pés. Tenho para mim que o fim da pena é retribuição e é defesa social. Na pureza de sua concepção ou rigor de sua lógica, o princípio da retribuição já não se encontra em legislação penal alguma do mundo civilizado, pois, de outro modo, não se explicariam os institutos do livramento condicional, da suspensão condicional da pena e do perdão judicial, que, universalmente adotados, interrompem a continuidade ou a efetiva aplicação da pena, quando o condenado revela indícios de regeneração ou não se mostra perigoso, anti-social ou socialmente ineducado. Por outro lado, o princípio da defesa social, na sua formulação antiga ou atual, não pode ser adotado, com exclusividade, para legitimar o escopo da reação do Estado contra os violadores da lei social, pois, como já foi ressaltado, é deficiente em relação aos mesmos indivíduos que vêm de ser mencionados, não necessitados das medidas profiláticas, educativas ou curativas sugeridas pelos defensistas, e que, assim, teriam livre ensejo de infringir a ordem jurídica. A pena há de ser um *quid compositum*, transacionado entre *justiça* e *utilidade*, entre retribuição e defesa social, para evitar que fique truncada na sua função de utilidade prática.

Com a preconizada aglutinação entre pena e medida de segurança, volta ao

debate a controvertida questão da “pena indeterminada”. Se a pena passa a ter como um de seus irrenunciáveis objetivos ou encargos funcionais a reassimilação social do delinqüente, a sua duração (que o princípio da retribuição exigia fôsse limitada) terá de ser indeterminada, ou seja, condicionada à persistência da ineducação social do condenado. Do mesmo modo que se dispensa a continuidade de execução da pena, quando o condenado, intercorrentemente, revele recuperação social, assim também deverá ser prolongado o tempo dessa execução, enquanto o condenado se mostre carecedor do tratamento educacional ou recuperativo. É trazida, então, à baila a teoria chamada “da culpabilidade do caráter”, ou da “culpabilidade pela conduta da vida”: o indivíduo deve responder, não apenas pela sua ação antijurídica, considerada em si mesma, senão também, e principalmente, pela sua deformada intimidade psíquica ou personalidade. Desde que para a formação ou modelação de sua personalidade anti-social entrou, como fator concausal a sua vontade, ao criminoso deve ser aplicada a pena, não só pelo que *fêz* (isto é, pelo crime praticado), como pelo que *é*, e enquanto não deixa de ser o que *é*, ou seja, enquanto persistir, em potencial, sua anti-sociabilidade. Já não mais se deveria referir a culpabilidade apenas a um fato isolado ou individuado, mas também, e acima de tudo, a tãda a vida pretérita do agente, enquanto esta estivesse marcando a sua personalidade, ou o seu caráter. Ainda mesmo, porém, que se assentisse em tal corrente de idéias (em gritante contraste com o direito penal tradicional), a indeterminação da pena do ponto de vista político, seria desaconselhável, porque enseja um demasiado arbítrio judicial, dada a atual precaridade ou relativa insegurança dos indícios psicológicos da cessação de anti-sociabilidade. E isto mesmo reconhecem os próprios defensistas, quer os da escola francesa, quer os da escola italiana, excetuadas as medidas de caráter curativo, que não podem deixar de ser subordinadas, no tempo, à cura do paciente. Entre nós, para recusa da pena indeterminada, existe até mesmo a censura da Lei Constitucional, que proíbe a “prisão perpétua” como pena.

O anteprojeto de novo Código Penal Brasileiro, de cuja elaboração fui incumbido pelo Governo, ajusta-se, até certo ponto, aos critérios mais recentemente preconizados e consagra a unificação das duas sanções cominadas cumulativamente no Código vigente – pena e medida de segurança –, salvo a exclusividade, da última, obrigatoriamente, no caso dos doentes mentais, e facultativamente, na hipótese dos “inferiorizados psíquicos” de natureza mórbida. As penas privativas de liberdade (reclusão e detenção), segundo declara o art. 35, “devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado, que o necessite, uma individualizada ação educacional, no sentido de sua recuperação social”. Se, por um lado, é mantida, a pena ainda quando o réu não demonstre indícios de anti-sociabilidade ou periculosidade social, por outro lado a pena, quando presentes tais indícios, assume função essencialmente pedagógica. A duplicação de sanções, neste último caso, além de supérflua no regime adotado, importaria um desperdício econômico por parte do Estado, uma duplicata inútil e dispendiosa. Depois de determinar, obrigatoriamente, a internação dos inimputáveis, por motivo de doença mental, no “manicômio judiciário” (que é o estabelecimento pioneiro das medidas de segurança), o anteprojeto assim dispõe, no seu art. 89: “Quando o condenado se enquadra no § 2º do art. 30 (que trata dos indivíduos de imputabilidade restrita, portadores de personalidade psicopática, “fronteiriços” em geral) e necessite de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário ou estabelecimento penal, ou em seção especial de um ou de outro § 1º –

Sobrevindo a cura, não se dá a transferência do internado para o estabelecimento penal, mas não fica excluído o seu direito ao livramento condicional, como se estivesse a cumprir a substituída pena privativa de liberdade. § 2º – Se, ao término do prazo, persistir o mórbido estado psíquico do internado, condicionante de periculosidade atual, a internação passa a ser por tempo indeterminado, aplicando-se o disposto nos §§ 1 a 4 do art. 88 (relativos à verificação anual da possível cessação de periculosidade)”. Trata-se, como se vê, de um *quid compositum*, isto é, de uma pena consubstanciada com medida de segurança curativa pelo prazo da condenação, findo o qual pode subsistir uma pura medida de segurança, que durará enquanto não fôr conjurado o estado mórbido condicionante da periculosidade do internado. Dir-se-á que há nessa medida cambiante uma conjugação ilógica de critérios com fundamentação diversa, mas o direito penal é desembaraçadamente pragmático: não atende à *lógica*, mas à *utilidade*. No caso disciplinado pelo art. 89, havia que contornar o preceito constitucional infenso à pena indeterminada; daí a admitida superveniente conversão integral da sanção em medida de segurança, cuja indeterminação no tempo escapa à censura da Magna Carta. Outro atestado, no anteprojeto, do entrosamento que êle procura realizar, entre pena e medida de segurança, é a adoção do “estabelecimento penal aberto”, que o próprio FILIPPO GRAMMATICA, vexilário do neo-defensismo, inculca até mesmo como uma das “medidas de defesa social”, substitutivas da tradicional pena-castigo:

“Devemos, sobretudo, ao tratar dos “lugares” de execução das medidas de defesa social, insistir sôbre um problema que pode interessar particularmente ao sistema defensivo, isto é, o dos “estabelecimentos abertos”, que constituem um tema de vastíssimo estudo e experimentação em muitos países. A êle as Nações Unidas dedicaram especial atenção. Nas recomendações que propuseram, foi dada, a respeito dos estabelecimentos para execução *all’aperto*, a seguinte definição: “O estabelecimento aberto caracteriza-se pela ausência de precauções materiais e físicas contra a evasão (tais como muralhas, grades, ferrolhos, guardas e vigilantes), assim como por um regime fundado sôbre uma disciplina consentida e sôbre o sentimento de responsabilidade dos internados relativamente à comunhão em que vivem, regime êsse que encoraja o internado a usar das liberdades oferecidas sem abusar delas”... Tal sistema é precisamente baseado sôbre uma radical interpretação dos direitos do homem. A execução *all’aperto* entra, conseqüentemente, no programa da defesa social.”

O estabelecimento penal aberto, que, no Brasil, já está sendo praticado, e com ótimos resultados, em vários Estados (São Paulo, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Alagoas, Rio Grande do Norte etc.), deve seu programa e organização inicial ao famoso penitenciariasta OTTO KELLERHLS, o inolvidável diretor da Penitenciária de Witzwil, na Suíça. O seu critério prevalente é o de evitar, quanto possível, os maus efeitos da prisão tradicional, sob rígida disciplina, que torna o condenado ainda mais desajustado, pois, adotando o processo paradoxal de tentar prepará-lo para a vida livre mediante um regime de escravidão, afrouxa-lhe a vontade, elimina-lhe o espírito de iniciativa, desanima-o para o trabalho voluntário, suprime-lhe o restante sentimento de dignidade ou amor próprio, fá-lo perder a confiança em si mesmo, leva-o à desgraça das perversões sexuais, distancia-o cada vez mais da compatibilidade com a vida social ou a ordem jurídica.

Os estabelecimentos penais abertos existentes em nosso país – devo dar um testemunho *de visu* – já superaram o modelo de Witzwil, pois neste o regime continua sendo o de “segurança média” (*medium security*), não dispensando o encerramento celular à noite, sob chave. Além, disso, não possui o que pude observar no estabelecimento mineiro das Neves e nas Colônias paulistas de Bauru e São José do Rio Preto: a instalação de modestos *cottages* nas cercanias da sede da administração, para moradia das famílias dos internados (denominados “reeducandos”), em convivência com estes, proporcionando-se aos seus, filhos, em seção especial do estabelecimento, ensino primário. Os internados trabalham, ou nas oficinas, sem outra vigilância que a dos contra-mestres, ou nas lavouras, para onde se encaminham pela manhã, de onde somente voltam à tarde, sem a companhia de um só guarda armado. Tais estabelecimentos têm funcionado, entre nós, um pouco à margem da lei, e o anteprojeto visa a oficializá-los, seja com sanção exclusiva, seja como etapa na execução de outras penas privativas de liberdade.

Já foi criticado esse sistema, sintomático da tendência de radical renovação em matéria de execução penal, porque o benigno, humano tratamento que dispensa aos delinqüentes criaria um contraste amargamente irônico com o desconforto em que vivem os não delinqüentes, desprovidos de fortuna. Não procede, porém, a crítica. Na tentativa de debelar o flagelo da delinqüência, e já evidenciada a ineficácia dos métodos tradicionais para a reabilitação dos que delinqüem, todos os recursos e expedientes, que se apresentem com maior eficiência, são admissíveis e louváveis. O êxito que poderá ser alcançado, pelo menos com a atenuação do malefício dessa extensa e alarmante chaga cancerosa, que é a criminalidade, seria compensação suficiente para reduzir ou afastar argumentos como o que vem de ser citado, que só têm contribuído para a exacerbação da pena-castigo, o que, ao invés de corrigir, somente serve para agravar a anti-sociabilidade de quem a ela é submetido, embrutecendo-o e incapacitando-o para a vida livre. Desde que se verifique a *corrigibilidade* de um criminoso, que se torna hóspede forçado do estabelecimento penal, já a multi-secular experiência demonstrou, *ad nauseam*, que não há de ser com a inflicção de castigo, por mais cruel ou duradouro, que se obterá a sua inocuidade ou reassimilação social. Somente os irredutíveis aos empregados métodos humanitários de reforma, entre os quais ressalta o trabalho orientado no sentido de uma redenção e reajustamento da individualidade, é que deverão ser sujeitos à segregação como um fim em si mesma ou como um meio de neutralizar, pelo menos temporariamente, a sua atividade maléfica, convindo mesmo que se lhes imponha tão demorada privação de liberdade, que, ao término da servidão penal, se encontrem fisicamente incapacitados, em razão da idade avançada, para retornar ao submundo da criminalidade (e não foi outra razão que o meu anteprojeto de novo Código possibilitava, em certos casos, a elevação da pena de reclusão até 40 anos, critério que, entretanto, não teve o apoio da Comissão Revisora, que optou pelo tradicional máximo de 30 anos). Fora daí, a reconquista de um delinqüente, no sentido do seu readaptamento à ordem jurídico-social, ao *mínimo ético* indispensável à conduta da vida em sociedade, é uma proeza que deve ter o assentimento, o estímulo, a contribuição de um pouco de sacrifício por parte de todos os membros da coletividade. Deve esta seguir o exemplo daquele patriarca da parábola de Cristo, que exultou com a volta do filho pródigo, sem cuidar do possível despeito ou queixume do outro filho, que lhe permanecera obediente e fiel.

**Publicado originalmente na Revista nº 4 jan./abr. 1968, p. 43.*

ALTERNATIVAS ÀS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO CÓDIGO PENAL ARGENTINO DE 1922

NILO BATISTA*

Não deve surpreender a escassa repercussão que a vigência do Código Penal Argentino, aos 29 de abril de 1922, teve no Brasil¹. Para os brasileiros, 1922 foi um ano repleto de acontecimentos instigantes, com maior ou menor visibilidade. No primeiro caso estão a Semana de Arte Moderna, ocorrida em fevereiro, em São Paulo, no desfecho de inquietações estéticas rebeladas contra nosso colonialismo cultural, ou o episódio, em 5 de julho, dos Dezoito do Forte, culminando num enfrentamento - bem poderíamos dizer chacina - que desnudava vícios e contradições da República Velha; com menor visibilidade, temos a fundação clandestina do Partido Comunista, no final de março, ou a arregimentação do conservadorismo católico através do Centro Dom Vital, criado em maio². Um ano antes, o Decreto nº 4.269, de 17.jan.21, procurava exorcizar os demônios anarquistas, do panfleto apologético à dinamite (aos moldes da lei argentina “de defesa social”, nº 7.029, de 30.jun.10); um ano depois, o Decreto nº 4.743, de 31.out.23, punia com dois anos de prisão o estrangeiro expulso que regressasse ao país (como fazia o artigo 5º da mencionada “lei de defesa social”). Tão perto e tão longe, aproximados pelo destino latino-americano comum, distanciados pelas peculiaridades dos respectivos processos sociais, o fato é que a vigência do novo Código Penal dos argentinos não mobilizou a atenção dos penalistas brasileiros; ah, fosse um código europeu...

Três quartos de século depois, olhamos para este código penal e, antes de qualquer outro aspecto, observamos suas orgulhosas cicatrizes. Festejemos nele ter vivido aquele destino latino-americano com admirável obstinação. Referindo-se ao processo argentino entre 1925 e 1975, **Marcos Kaplan** menciona a sucessão de “fluxos e refluxos, progressões e regressões, reformas insuficientes e restaurações incompletas”, que detém, entretanto, em todos os momentos, “uma reserva de vitalidade, energia, perseverança e capacidade regeneradora”³. Que palavras poderiam melhor exprimir

* Advogado e Professor de Direito Penal brasileiro na UERJ e na UFRJ. Mestre de Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor *Honoris Causa* pela Universidade Nacional Gerenal San Martín - Argentina.
1 Examinamos dois jornais cariocas (*A Noite* e *Correio da Manhã*), em suas edições ao redor de 29.out.21 e 29.abr.22, sem localizar qualquer menção à promulgação e à vigência do código argentino. No noticiário, uma decisão da 3ª Câmara da Corte de Apelação, cassando fiança que o juiz **Edgard Costa** concedera a um réu de vadiagem, reafirmava a inafiançabilidade daquela contravenção; um conflito numa assembléia de operários, com um morto e dois baleados; um protesto contra a execução de *Sacco* e *Vanzetti*, durante o qual os manifestantes “entretinham-se a cantar hymnos anarquistas, vivendo, a cada momento, a causa que diziam defender” (*Correio da Manhã*, 31.out.21, p. 5); prisões arbitrárias e violentas de trabalhadores suspeitos de anarquismo; o substantivo “Favella” referindo-se tão-somente ao morro da Providência (“A Favella forneceu hontem mais um caso à polícia - dois soldados e um paizano baleados por desordeiros” - *Correio da Manhã*, 30.out.21, p. 4); crimes passionais, o suicídio de uma jovem por ingestão de 40 g. de cocaína, bem como a prisão e a pronúncia de “vendedores” de cocaína (a expressão “traficantes”, com forte tradição escravista, ainda não iniciara sua brilhante carreira na imprensa da guerra às drogas), vadios, prostitutas, roubos, brigas, furtos...
2 Cf., entre numerosa bibliografia, **Mário da Silva Brito**, *Antecedentes da Semana de Arte Moderna*, Rio, 1964, ed. Civ. Bras.; **Hélio Silva**, *1922 - Sangue na Areia de Copacabana*, Rio, 1971, ed. Civ. Bras.; **Dulce Pandolfi**, *Camaradas e Companheiros História e Memória do PCB*, Rio, 1995, ed. Relume-Dumará; **Romualdo Dias**, *Imagens de Ordem - A Doutrina Católica sobre Autoridade no Brasil*, S. Paulo, 1996, ed. Unesp.
3 **Marcos Kaplan**, “Cinquenta Anos de História Argentina (1925-1975)”, no volume *América Latina - História*

o conjunto de derrogações e repristinações que inscrevem no dorso do Código Penal argentino a história recente de seu povo? Tomemos um só exemplo, dentro do tema que nos foi assinado.

Originária de dispositivos do incipiente direito tributário italiano do terceiro quartel do século XIX⁴, de onde foi ter ao código Zanardelli, a oblação voluntária estava prevista no artigo 64 do C.P. argentino⁵. Revogado o artigo 64 pelo Decreto nº 4.778/63, recobraría vigência com a Lei nº 16.648/64; novamente revogado pela Lei nº 17.567, ver-se-á repristinado pela Lei nº 20.509; outra vez perderia vigência por conta, agora, da Lei nº 21.338, para retornar em 1994, triunfalmente renovado, no contexto da Lei (nº 24.316) que introduziu a suspensão condicional do processo⁶. A “evidente inconveniência” que Soler via na oblação voluntária⁷ porventura provinha de sua fantástica precocidade desjudicializadora; no Brasil, somente setenta e três anos depois apareceria algo assimilável (Lei nº 9.099/95, artigos 72 e 74, par. ún.). Interessa ressaltar, contudo, nesses “fluxos e refluxos” – comuns a tantas passagens do C.P. argentino – a “perseverança e capacidade regeneradora” que devolveu eficácia à disposição pioneira; saudemos essas orgulhosas cicatrizes.

É preciso também celebrar a vitalidade com a qual, em sua infância, resistiu o aniversariante aos riscos dos projetos perigosistas⁸, resistência tanto mais prodigiosa quanto se observa o meio ambiente – socialmente conflituado e academicamente positivista – em que foi gestado. Quando o objeto teórico da criminologia é a “conduta humana perigosa”, como pretenderia Laplaza, o objetivo prático da intervenção penal são as “classes perigosas (que) ameaçam de forma iminente e grave” uma ordem jurídica cuja legitimidade está fora daquele objeto⁹. Invisíveis eflúvios da conjuntura progressista que, a despeito de seus horizontes ambíguos, a ascensão radicalista propiciara, terão evitado um código escancaradamente a serviço do controle penal das “classes perigosas”. A previsão, para multirreincidentes, da reclusão acessória por tempo indeterminado em presídio na Terra do Fogo (originária de concepções penitenciárias colonialistas recebidas pelo projeto de 1891 e positivadas pela chamada Lei Bermejo, de 1895) respondia a um paradigma então muito corrente: o CP brasileiro de 1890 determinava que os vagabundos que violassem o compromisso de “tomar ocupação dentro de quinze dias” após o cumprimento de suas penas seriam “recolhidos, por um a três anos, a colônias penais que se fundarem em ilhas marítimas ou nas fronteiras do território nacional” (art. 400). Esta *relegatio tardia* (e este teria sido seu *nomen iuris*, não fosse a “Fé de Erratas”), no vestíbulo de um mundo no qual o isolamento não mais se construiria por distâncias e sim por tecnologias, era historicamente inevitável, como taxa a ser paga, em boa moeda pós-delitual, ao entranhado “perigosismo” da ocasião.

de Meio Século, trad. M. Bagno e R.G.R. Castro, Brasília, 1988, ed. UnB, p. 22.

4 Manzini se refere a uma lei de 1861, sobre imposto de consumo (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, 1950, ed. UTET, v. III, p. 573).

5 “La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá en cualquier estado del juicio por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente al delito y de las indemnizaciones a que hubiere lugar.”

6 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, P.G., B. Aires, 1983, ed. EDIAR, v. V, p. 217-218.

7 *Derecho Penal Argentino*, B. Aires, 1970, ed. TEA, v. II, p. 460.

8 Para os projetos perigosistas, cf. Zaffaroni, *op. cit.*, v. I, pp. 434-435; Roberto Bergalli, *La Recaida en el Delito: Modos de Reaccionar contra Ella*, Barcelona, 1980, ed. SERTESA, pp. 25 ss; Luis Jimenez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, B. Aires, 1964, ed. Losada, v. I, pp. 1061 ss.

9 Francisco P. Laplaza, *Objeto y Método de la Criminología*, B. Aires, 1954, ed. ARAYÚ, pp. 94 (para a “ação humana perigosa”) e 99 (para as “classes perigosas”).

Tratemos de buscar, na simplificada articulação do C.P. argentino de 1922 – sua brevidade mereceu encomiástica referência de **Asúa**¹⁰ – as disposições que de alguma maneira sinalizam alternativas à privação da liberdade. Excluída de nossa atenção a medida de segurança da reclusão acessória por tempo indeterminado, previa o artigo 5º, ao lado da **multa** e da **inabilitação**, tão só duas penas privativas da liberdade: a **reclusão** e a **prisão**. (O código então vigente no Brasil previa quatro: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar – art. 43.) Como a duração de ambas, **reclusão** ou **prisão**, poderia ser perpétua ou temporária, e também a execução de ambas impusesse trabalho obrigatório (arts. 6º e 10), a distinção – fundada na apartação dos condenados em estabelecimentos penitenciários distintos (art. 9º) – estaria fadada a esvanecer-se, e a unificação prática ver-se-ia proclamada em 1958, através do Decreto nº 412 (Lei Penitenciária Nacional). A recente Lei nº 24.660, de 1996, sobre execução penal, também tratou de modo unitário a matéria¹¹. Mas é um mérito incontestável do C.P. de 1922, negando-se a estipular distinções especiosas entre **reclusão** e **prisão**, ter favorecido uma empostação unificadora das penas privativas de liberdade na Argentina, removendo cargas simbólicas de infamação e subserviência a esquemas conceituais ultrapassados.

No artigo 10 surpreendemos uma límpida orientação alternativa à prisão: “**Quando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias**”. O dispositivo, originário do código espanhol de 1822, e arraigado no direito argentino – código Tejedor, código de 1886, projeto de 1906, do qual proveio a redação¹² –, ainda que proveniente de uma perspectiva clemencial, tem a virtude de apontar para a prisão domiciliar, cujas virtualidades, de início circunstritas às detenções processuais cautelares, com sabor de *privilegium*, ainda não foram suficientemente exploradas.

A reparação do dano *ex-delicto* foi um tema caro ao positivismo criminológico, galvanizando debates nos congressos europeus ao redor da virada do século XIX; nessa ocasião, já circulava a idéia da reparação do dano como alternativa à prisão para infrações penais leves, sustentada, entre outros corifeus, por **Garofalo** e **Ferri**¹³. Não só pela influência das idéias positivistas nos meios acadêmicos argentinos da época, como também pela participação de inúmeros professores argentinos naqueles congressos¹⁴, a reparação do dano – sem assumir funções de substitutivo penal – é um personagem importante neste código penal, figurando em nada menos que **dez** passagens, a saber: 1ª) artigo 11, inciso 1º (mencionada em primeiro lugar entre as quatro destinações equânimes do produto do trabalho do condenado); 2ª) artigo 28 (ressalvando que o *sursis* não compreende a reparação); 3ª) artigo 30 (preferencialidade

10 Desde que “todo código penal extenso é uma regressão”, na brevidade do CP argentine residiria seu “máximo elogio”; *op. cit.*, p. 1055.

11 Seus artigos 1º e 3º se referem a pena privativa de liberdade “**en todas sus modalidades**”; o artigo 12 se ocupa do regime penitenciário “**cualquiera fuere la pena impuesta**”.

12 **Zaffaroni**, *op. cit.*, v. V, p. 171.

13 “**La coazione personale alla riparazione offrirebbe un succedaneo efficacissimo alle pene lieve**”, escrevia **Garofalo** (*Criminologia*, Turim, 1885, ed. Bocca, p. 319), que dedicaria uma monografia ao tema (*Riparazione alle vittime del delitto*, Turim, 1887, ed. Bocca). Em sua *Sociologia Criminal*, **Ferri** admitia que a reparação funcionasse “como sanção substitutiva da pena carcerária nos pequenos crimes cometidos por criminosos ocasionais” (*Princípios de Direito Criminal*, trad. L.L. d’Oliveira, S. Paulo, 1931, ed. Saraiva, p. 562). Sobre os debates naqueles congressos, cf. **Stephen Schaffer**, *Compensation and Restitution to Victims of Crime*, New Jersey, 1970, ed. P. Smith, pp. 10 ss.

14 Informações sobre tais participações em **Rosa del Olmo**, *Criminologia Argentina*, B. Aires, 1992, ed. Depalma, *passim*.

da reparação sobre a pena de multa e as custas judiciais); 4ª) artigo 31 (solidariedade entre co-autores e partícipes); 5ª) artigo 32 (responsabilidade de terceiros beneficiários materiais do crime); 6ª) artigo 33 (regras para situações de insolvência); 7ª) artigo 61 (a anistia não abrange a reparação); 8ª) artigo 64 (a oblação voluntária não prescinde da reparação do dano *ex-delicto*); 9ª) artigo 68 (o indulto não abrange a reparação); 10ª) artigo 70 (possibilidade de execução sobre os bens do condenado morto). Se tomarmos em conta que a Parte Geral do Código possui 78 artigos, verificaremos que quase 13% deles estão dedicados à reparação do dano, e desse protagonismo se pode, sem temeridade, conjecturar que a reforma penal argentina tem um encontro marcado no futuro com a reparação do dano *ex-delicto* na função de substitutivo penal. Cumpre registrar que, na oblação voluntária, à reparação do dano também se outorga conteúdo extintivo de punibilidade.

O anteprojeto de Parte Geral que **Rodolfo Rivarola** publicou em 1905 – do qual partiu a comissão que elaboraria o projeto de 1906, que foi a mais imediata e incisiva influência sobre o futuro CP de 1922 – utilizou-se da pena de multa como substitutivo para as penas privativas de liberdade curtas¹⁵. Sem endossar tal proposta, o Código, no entanto, revela elogiável relutância no procedimento de conversão da multa em privação da liberdade. Assim, antes da conversão, deveria o tribunal procurar a satisfação da multa, garantindo-a sobre bens, salários ou outras rendas do condenado; na falta dessas garantias, poderia o condenado pagá-la através de seu livre trabalho, cabendo ainda ao tribunal autorizar o parcelamento do valor da multa, fixando o *quantum* das cotas e a data dos pagamentos segundo a condição econômica do condenado (artigo 21). O coetâneo código brasileiro equiparava o condenado insolvente ao relapso para determinar que, oito dias após a notificação, a multa se convertesse em prisão celular, com teto – estabelecido com base em decreto de 1869, à míngua de outro critério – de três anos, o dobro do teto argentino¹⁶. Essa relutância do C.P. argentino em autorizar a conversão pode ser vista, com a boa vontade à qual os aniversariantes têm direito, como uma espécie de substitutivo pelo avesso.

A introdução da suspensão condicional da execução da pena, o grande substitutivo penal daquele período, teve cursos bem distintos na Argentina e no Brasil, ainda que a fonte inspiradora, a chamada Lei Berenger, fosse a mesma. Enquanto na Argentina, além do projeto de 1906, se registram diversos anteprojetos que a contemplavam, nas primeiras duas décadas do século, bem como leis provinciais que a antecipam, e até mesmo uma proposta de sua incorporação ao programa da União Cívica Radical em sua Convenção Nacional de 1916¹⁷, no Brasil o instituto seria introduzido com indiferença e aplicado com desconfiança¹⁸. Tal distinção se

15 Zaffaroni, *op. cit.*, v. I, p. 427.

16 CP 1890: “Art. 59: Se o condenado não tiver meios para pagar a multa, ou não a quiser pagar dentro de oito dias contados da intimação judicial, será convertida em prisão celular, conforme se liquidar”. O teto de três anos era estabelecido pelo artigo 6º do Decreto nº 1.696, de 15.set.1869, por ser a única referência legal disponível.

17 Zaffaroni, *op. cit.*, v. V, p. 436.

18 “A introdução do *sursis* no Brasil, em 1924, se dá muito mais por efeito da mimesis jurídica que parece ser um legado do colonialismo do que como decorrência de consciente comprovação dos malefícios acarretados pela execução das penas curtas. Já o projeto pioneiro de Esmeraldino Bandeira, de 1906, não passava de assumida tradução da lei Bérenger (de 26.mar.1891), com duas alterações: a primeira, ambiciosa elevação do teto de cabimento do *sursis* para penas até cinco anos (significativa, talvez, de que a problemática das penas curtas, como disse **Padovani**, não passa da ponta de um *iceberg*); a segunda, perigosíssima restrição ao cabimento do *sursis* para crimes cujas circunstâncias ‘revelarem perversidade ou corrupção do delinquente’ (neste mote positivista à **Garofalo**, os inconvenientes da pena curta cediam diante de um arbitrário ‘exame criminológico’ do autor). A Exposição de Motivos do projeto que se converteria no decreto

explica pela constatação de que a posição axial da privação de liberdade no sistema penal brasileiro aconteceu com atraso em relação à Argentina, uma vez que o eixo do controle social penal, durante o século XIX, residia nas penas corporais – como decorrência do modo de produção escravista interno, subordinado a relações capitalistas internacionais – executadas num contexto de continuidade entre as esferas pública e privada¹⁹. Cronologicamente, em apenas dois anos o C.P. de 1922 antecipou-se à introdução do *sursis* no Brasil; ainda que ambas as iniciativas se inspirassem no chamado modelo continental, a Argentina explorava mais profundamente

nº 16.588, de 6.set.1924, que introduziu o *sursis*, mencionava não apenas que devíamos recortar nosso direito ao figurino dos ‘povos cultos’, dos ‘povos civilizados’, mas sobretudo argumentava em favor do instituto com ‘o aspecto econômico de nossas prisões, onde os presos são alimentados, tratados e vestidos às custas dos cofres públicos’. Por certo, havia uma referência a ‘nosso defeituoso sistema penitenciário’ e aos riscos do ‘contágio na prisão’. O art. 1º do decreto concedia *sursis* a réu condenado até um ano de prisão ‘que não tenha revelado caráter perverso ou corrompido’, e o art. 5º excluía a aplicação para crimes contra a honra e contra ‘a segurança da honra e honestidade das famílias’. (Para a historiografia do *sursis* no Brasil, **Hugo Auler**, *Suspensão Condicional da Execução da Pena*, Rio, 1957, ed. Forense, pp. 17, ss.) Pelo magistério dos positivistas italianos, a ‘teoria dos substitutivos penais’ havia chegado a nossos livros desde o início do século XX (p. ex., **Macedo Soares**, *Código Penal*, Rio, 1910, ed. Garnier), mas a ‘profilaxia criminal’ arraigadamente sedimentada em nossos costumes era o espancamento e a morte de suspeitos e acusados. O *sursis* foi recebido com relutância. O Código de Processo Penal do Distrito Federal impôs como nova condição o pagamento das custas do processo (o que foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal). Os tribunais negaram abundantemente *sursis*, para casos tão díspares quanto agressão a um velho, motorista que cometera transgressões disciplinares e estelionato. A cláusula da perversidade ou corrupção ensejava sempre uma decisão voluntarística, desprovida de qualquer paradigma jurídico, na seguinte chave: ‘pouco importa que antes do delito aparentasse bom procedimento (...) no ato do crime revelou as más qualidades que possuía’. Gradualmente, contudo, estabeleceu-se, sob a fórmula de que não se cogitava no *sursis* de um favor e sim de um direito, uma porta para a apreciação objetiva do instituto, com a percepção dos danos que pode evitar e, portanto, com o reconhecimento de sua legitimidade institucional. O aprimoramento técnico que o *sursis* sofreria no Código Penal de 1940 (art. 57, ss.), com a supressão das restrições subjetivas mencionadas, substituídas por uma avaliação judicial acerca da possibilidade de reincidência do beneficiado, contribuiu para uma aplicação dogmaticamente controlável.” (**Nilo Batista**, “Alternativas à Prisão no Brasil”, in *Punidos e Mal Pagos*, Rio, 1990, ed. Revan, pp. 126-128).

19 “Para o modo de produção que prevaleceu no Brasil do século XIX – escravismo interno, subordinado a relações internacionais capitalistas - a privação da liberdade (prisão simples) tinha uma função penal complementar e acessória. O controle social penal se exercia predominantemente através da pena de morte, de penas corporais (açóites) e de medidas que reproduziam a condição social escrava (galés e prisão com trabalho). O escravo que não fosse condenado à morte ou às galés era necessariamente condenado à pena de açóites e imposição de ferros (art. 60 do Código Criminal do Império), expediente com o qual se preservava sua produtividade em favor do proprietário e se estabelecia uma ligação explícita entre o poder penal público e o privado, já que correspondia ao senhor trazer o escravo ‘com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz o designar’ (art. 60). Na verdade, para a grande maioria da massa escravizada, alocada nas plantações de açúcar do Nordeste ou de café do Sudeste, o senhor não era apenas um órgão que executava, mas freqüentemente o órgão que sentenciava sobre a própria pena. Reverso natural, órgãos públicos se encarregavam de aplicar castigos determinados pelo senhor do escravo; no Calabouço, anexo à Casa de Correção, ‘em troca de módico pagamento, seaviava-se o escravo, **revestindo-se o castigo de cunho oficial**, aplicando-se tantos azorragues quantos os estipulados pelo senhor na guia de recolhimento’ (**J. Alípio Goulart**, *Da Palmatória ao Patíbulo*, Rio, 1971, ed. Conquista, p. 103). Um Aviso de 1879 recomendava que não se infligissem **castigos** a escravos na casa de detenção, sem prévio exame médico (**Paula Pessoa**, *Código Criminal do Império do Brasil*, Rio, 1885, ed. C. Coutinho, p. 140). A palmatória, o grande instrumento disciplinar doméstico, foi contemplado em posturas de Alagoas, Espírito Santo e Goiás, entre outros estados, e o ‘tronco’ não existia apenas nas senzalas, mas também nas cadeias públicas. Quando, portanto, no último quartel do século XIX, tem início a transição para o capitalismo, que levaria à configuração política republicana e federativa, estava em vigor um sistema penal cujo eixo era constituído por penas corporais. Só em 1886 foi abolida a pena de açóites. (...) Por tudo isso, no final do século XIX não tínhamos, no Brasil, uma experiência penitenciária avaliada. Com a República, implantavam-se ao mesmo tempo a ordem burguesa e a pena privativa da liberdade; fábrica e cárcere tardios, porém enlaçados, num processo histórico bem distinto do europeu.” (**Nilo Batista**, *op. cit.*, pp. 124-125).

suas fronteiras, menos pela inclusão (hoje revogada) da pena de multa, e mais por considerar que o vencimento do prazo de suspensão com observância das condições torna inoperante a própria sentença²⁰, e não apenas a execução da pena, como no código brasileiro de 1940²¹, mesmo após a reforma de 1984.

Intencionalmente omitidas as situações que se inscrevem no “direito da graça” (artigos 59, inc. 2º, 61 e 68), as quais, ao contrário do que se pensava no período refletido no C.P., não são hoje versadas pelo ângulo da substituição penal, cremos estar concluído, com todas as limitações e insuficiências de uma visão estrangeira, sem maior convivência com a riquíssima produção dogmática argentina, o inventário das disposições e dos sinais, mais ou menos explícitos, que em 1922 apontaram para alternativas à pena privativa de liberdade. E esse inventário depõe em favor do código aniversariante, em favor da ascética prudência com que recolheu contribuições – até mesmo através da inusual consulta a magistrados e professores – do acervo penalístico e criminológico disponível. Assim, por exemplo, da imponente biblioteca de criminologia clínica, onde **Eusebio Gomez** listava 1.200 títulos em 1912²², terá o C.P. recolhido um olhar atencioso sobre o réu e o condenado, que refoge aos fetiches caracterológicos então predominantes, quando **Ingenieros** asseverava que a primeira finalidade do livramento condicional era “proteger o delinqüente contra as tentações delituosas” (ou seja, contra si mesmo, também ele!)²³ e o decreto de 1906 que regulamentou o patronato prescrevia que o visitador se conduzisse “como bom pai de família”. Temperando a perigosidade do psicologismo criminológico, o C.P. olhou para o réu construindo, nas regras da aplicação da pena, uma pioneira consideração sobre co-culpabilidade, obrigando o juiz a inquirir “**especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos**” (artigo 41, 2º). Fez mais: obrigou o juiz a ver a face do réu (“**deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto**”), algo que, em tempos de justiça virtual, um alto tribunal de meu país entendeu irrelevante, quando um acusado reclamou de ter sido interrogado *on line*²⁴. É uma boa metáfora sobre os rumos da justiça penal, na atual conjuntura, que apenas impulsos eletrônicos liguem o réu a seu juiz. Não perturbemos, contudo, com a evocação das nuvens sombrias que hoje cobrem a atividade dos sistemas penais, a merecida celebração de aniversário do Código Penal argentino de 1922; ao contrário, evoquemos-lhe os festejos. Na véspera de sua vigência, o jornal *La Nación* publicou uma matéria sucinta (grandes matérias haviam sido publicadas nas edições de 21, 23 e 24 de outubro de 1921) porém muito interessante. Um subtítulo (**Los jueces harán la graduación de penas**) destacava a superação do sistema de individualização tabulada (ressalvada a *contradictio in adjecto* da expressão), vigente desde 1886. Uma passagem da matéria antecipava a unificação de penas privativas de liberdade, porquanto “**infortunadamente esta reforma va a ser ensayada sin que la República disponga de establecimientos que respondan a tales distingos**” (nenhum país latino-americano jamais disporia de estabelecimentos que respondessem ao incessante **distinguo** de

20 Art. 27. **La condenación se tendrá como no pronunciada si, dentro del término para la prescripción de la pena, el condenado no cometiere un nuevo delito.** A redação atual, modificada pela Lei nº 23.057, de 1984, estabeleceu o prazo de 4 anos, não mais o correspondente à prescrição.

21 “Terminado o prazo sem incidente desfavorável para o réu a pena extingue-se, mas só a pena, a condenação persiste” (**Aníbal Bruno**, *Comentários ao Código Penal*, Rio, 1969, ed. Forense, v. II, p. II, p. 187).

22 **Rosa del Olmo**, *op. cit.*, p. 9.

23 *Criminología*, trad. H. de Lemos, S. Paulo, 1924, ed. M. Lobato, p. 204.

24 “Interrogatório feito via sistema conferência em *real time*. Inexistindo a demonstração de prejuízo, o ato reprochado não pode ser anulado, *ex vi* do art. 563 C.P.P.” (STJ, 5ª T., RHC 6.272- SP, rel. Min. **Felix Fischer**, DO 5.mai.97, p. 17.067).

seus penalistas). Um juiz criminal, o Dr. **Martinez**, sensibilizado pela obrigação de conhecer *de visu* o acusado, oficiava ao Chefe de Polícia pedindo pontualidade na apresentação dos réus presos ²⁵; provavelmente não teve sucesso.

**Publicado originalmente na Revista nº 7 jan./jun. 1998, p. 207.*

²⁵ *La Nación*, edição de 28 de abril de 1922, p. 4. Agradeço à Sra. Liliane Magenzain e ao Sr. Kurt - cujo sobrenome a telefonia neoliberal me subtraiu -, do jornal *La Nación*, as gentilezas que me permitiram acessar as edições da época em microfílm.

A TENTATIVA NO FLAGRANTE PROVOCADO

PATRICIA MOTHÉ GLOICHE BÉZE*

1. Introdução

A televisão, o rádio e a imprensa de modo geral vêm mostrando, na esteira do Movimento Lei e Ordem¹, determinadas situações de flagrante delito que são, na verdade, conseqüências do fato da violência ter se tornado um produto de comercialização. Os estudiosos do Direito, então, devem verificar atentamente estas questões que surgem, em que alguém é levado a praticar crime, sob a alegação de que seria assim “desmascarado”.

Estas situações, mostradas amplamente na imprensa – fazendo crer até que é a única instituição capaz realmente de descobrir os crimes – tem, como pano de fundo, toda uma disciplina que envolve a tentativa, o crime impossível e o flagrante preparado, que estão, de alguma maneira, ligados entre si.

Iniciaremos com algumas considerações sobre a tentativa, passando ao crime impossível e às situações conflitantes que o envolvem para, depois, analisarmos o flagrante provocado e, por fim, concluir sobre os fatos que são empurrados para dentro de cada casa, com o objetivo de que as pessoas acreditem que a solução da criminalidade está na repressão cada vez maior aos crimes.

2. A tentativa

Há, na atualidade, várias questões interessantes quando são estudadas as características do crime tentado. Muito embora a análise principal aqui seja a do flagrante provocado, não é possível deixar de lado algumas noções iniciais sobre a tentativa, até para ser o ponto de partida de toda a explanação.

Em primeiro lugar, não há, em regra, tipicidade da tentativa de crimes definida na parte Especial do Código Penal. A adequação típica da conduta se dá por subordinação mediata, valendo-se da norma de extensão temporal prevista no art. 14, inciso II do Código Penal. Da mesma forma, no que toca à aplicação da pena, a tentativa constitui uma causa especial de sua diminuição, já que o parágrafo único do art. 14 do Código Penal determina que, em regra, a pena deverá ser diminuída de um a dois terços².

Na tentativa, o agente tem dolo na consumação, mas esta não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade. Mas o que poderiam ser as circunstâncias alheias

* PATRICIA MOTHÉ GLOICHE BÉZE é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Mestre e Doutoranda em Direito pela UERJ.

1 Para aprofundamento da matéria: ARAUJO JR, João Marcello de. “Os Grandes Movimentos da Política Criminal de Nosso Tempo – aspectos”. In *Sistema Penal para o Terceiro Milênio – atos do colóquio de Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan. 1991.

2 O critério utilizado pela jurisprudência majoritária para calcular a diminuição da pena do crime tentado é considerar o número de atos executórios praticados.

à vontade do agente, que levariam à consumação do crime? Muitas situações, e tantas elas podem ser que não há como enumerar, pois sempre se esqueceria de alguma.

De qualquer forma, o agente sempre está voltado para a consumação e o certo é que sempre erra quanto a ela, restando o delito tentado. Assim entende EUGÊNIO ZAFFARONI:

“em todas as tentativas os meios acabaram por mostrar-se inidôneos, para produzir o resultado, porque, do contrário, o fato não teria ficado em grau de tentativa.”³

Dentre estas várias circunstâncias alheias à vontade do agente que levam à tentativa, para a análise do crime impossível, interessam aquelas oriundas, como determina a lei, da ineficácia do meio e da impropriedade do objeto.

Não se está querendo dizer, e é bom que fique claro, que toda circunstância alheia à vontade do agente seja obrigatoriamente uma ineficácia do meio ou uma impropriedade do objeto, mas, tão somente, que, dentro do universo de circunstâncias, estas serão estudadas especificadamente porque são os casos que podem levar à caracterização do crime impossível.

3. Crime impossível

O crime impossível, também chamado de tentativa inidônea, tentativa inútil ou quase crime, é disciplinado no art. 17 do Código Penal, que determina que “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime”.

Pela leitura do dispositivo legal, parte da doutrina entende que, no crime impossível, há uma tentativa em que não há punição do agente devido à impossibilidade da ocorrência da consumação. Neste sentido LUIZ RÉGIS PRADO:

“O crime impossível (tentativa inidônea) vem a ser aquele em que, *a priori*, com base em um juízo de previsibilidade objetiva, surge como impossível a produção do resultado delitivo”⁴.

Esta falta de punição é entendida como excludente de tipicidade, ou seja, não seria típica a tentativa se houvesse uma impossibilidade de ocorrência da consumação. São exemplos clássicos da doutrina a tentativa de homicídio por envenenamento com aplicação de farinha em vez de veneno, ou do agente que aciona o gatilho com a arma descarregada, ou ainda as manobras abortivas em mulher que não está grávida, ou, por fim, os disparos de arma de fogo efetuados, com vontade de matar, em cadáver.

Posição interessante é a de EUGÊNIO ZAFFARONI, para quem, no crime impossível, não há sequer tentativa, tendo em vista que a consumação, para ele, não ocorre em

3 ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997, p. 697.

4 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 257.

razão da inexistência dos elementos necessários para a configuração da consumação.
In verbis:

“A tentativa é só uma ampliação da tipicidade para abranger uma etapa anterior à consumação, vale dizer, a falta do tipo objetivo da tentativa surge unicamente da antecipação cronológica da proibição que a tentativa implica, mas de modo algum se podem admitir faltas de outra natureza, porque isso implicará que, com a tentativa, se alcancem condutas que não estão tipificadas, como a perfuração do cadáver, deitar-se com o próprio cônjuge, apoderar-se de uma coisa própria, a bestialidade, a necrofilia etc. Em todos esses casos faltarão a vida que se queria tirar, a mulher alheia com quem se relacionar, a coisa alheia de que se desejava apoderar, o lucro indébito que se pretendia obter, a pessoa com quem se desejava o acesso carnal, mas estas faltas não obedecerão a uma antecipação cronológica da proibição, própria da tentativa, por razões totalmente diferentes e, por conseguinte, alheias à natureza da limitação que a tentativa produz no tipo objetivo. Estará faltando muito mais tipicidade objetiva do que aquela que a tentativa exige que falte”⁵.

Diametralmente oposta é a posição de ROGÉRIO GRECO, para quem, pela redação do art. 17 do Código Penal, deve-se partir do pressuposto que o agente já ingressou nos atos executórios, ou seja, há a tentativa e a consumação não ocorreu por circunstâncias alheias à sua vontade⁶.

O meio, tratado na lei, é tudo que o agente utiliza para produzir o resultado desejado. Ele é ineficaz quando se torna incapaz de produzir o evento de consumação do crime. O objeto é tudo em que recai a conduta do agente e se revela impróprio se inidôneo a chegar à consumação do crime.

EUGENIO ZAFFARONI entende que meio não deve ser confundido com instrumento do crime, mas seria considerado toda a conduta praticada pelo agente que coloca em prática a causalidade de seu crime⁷. E completa, ensinando que nenhum meio é absolutamente inidôneo, exemplificando com o açúcar, que é inidôneo para matar por envenenamento, mas é idôneo para atingir a saúde de um diabético⁸.

Conclui-se, assim, que há casos em que, embora o agente tenha agido com dolo de atingir a consumação – pois o dolo da tentativa é o mesmo do crime consumado – esta é impossível de ocorrer, não havendo, por isso, tipicidade objetiva e, conseqüentemente, punição (nem mesmo em virtude da periculosidade do agente, como determinava a anterior Parte Geral do Código Penal).

Verifica-se claramente a ênfase dada pelo legislador ao resultado danoso, em prejuízo da intenção perseguida.

Havendo, ainda, a consumação do crime, não há que se imaginar o crime impossível onde não há tipicidade nem a título de tentativa.

5 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Da tentativa – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 4ª edição, p. 71.

6 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 278.

7 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Ob.cit.*, p. 80.

8 *Idem*, p. 81.

4. Flagrante provocado

Verifica-se o flagrante provocado quando alguém induz um terceiro a praticar o crime para surpreendê-lo na prática deste. A doutrina e a jurisprudência entendem que esta situação não pode gerar nem a existência de crime nem tampouco ser legítima para configurar um cerceamento à liberdade.

Primeiramente, cabe uma análise quanto à nomenclatura. O flagrante provocado também é chamado de crime de ensaio, crime putativo por obra do agente provocador⁹, crime provocado ou, ainda, flagrante preparado¹⁰.

Neste caso, a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal exterioriza a opinião majoritária de que “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. A impunidade decorre do fato de que somente na aparência é que ocorre um crime, “na realidade, o seu autor é apenas o protagonista inconsciente de uma comédia”¹¹.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT trata bem da questão, afirmando que

“no flagrante provocado, o delinqüente é impelido à prática do delito por um agente provocador (normalmente um agente policial ou alguém a seu serviço). Isso ocorre, por exemplo, quando a autoridade policial, pretendendo prender um delinqüente, contra o qual não tem provas, mas que sabe ser autor de vários crimes, provoca-o para cometer um, com a finalidade de prendê-lo. Arma-lhe uma cilada. Isso é uma representação; o agente, sem saber, está participando de uma encenação teatral. Aqui, o agente não tem qualquer possibilidade de êxito na operação (crime impossível)”.

Vale a pena consignar que, embora a polícia use este expediente para efetuar prisões, a cada dia que passa, mais e mais, este artifício está sendo usado pela mídia nos programas em que se deseja a audiência da violência. Repórteres que se passam por vítimas para que a população conheça pessoas que praticam crimes, sendo que esta prática é um nada jurídico, e que não pode levar à punição da pessoa por este fato. Fica então, no ar, uma falsa impressão de impunidade, porque as pessoas praticam o crime e não são punidas.

A impressão é falsa porque só é possível uma punição com provas, com investigação, com devido processo legal, e não simplesmente com uma encenação de crime, ainda que o autor não saiba disso.

O flagrante provocado é, assim, equiparado ao crime impossível, pela ausência de tipicidade em razão de não ser viável a tentativa numa situação em que tudo existe para flagrar o agente no crime em que foi artificialmente levado a praticar.

Não se pode concordar com a opinião de ROGERIO GRECO, *data venia*, para quem, no flagrante provocado, “a total impossibilidade de se consumir a infração penal pretendida pelo agente pode ocorrer tanto no caso de absoluta eficácia do meio por ele utilizado como no de absoluta impropriedade do objeto”¹².

9 FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense. 1983, p. 253.

10 Em posição contrária, igualando o flagrante preparado ao flagrante esperado, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – parte geral*, volume I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 370.

11 FRAGOSO, Heleno. *Ob. cit.*, p. 253.

12 GRECO, Luis. *Ob. cit.*, p. 283.

Na verdade, o flagrante provocado é parecido com a hipótese do crime impossível, mas não se identifica como sendo a mesma situação porque é a impossibilidade das circunstâncias criadas que levam à ausência de consumação.

O flagrante provocado não se confunde, no entanto, com o flagrante esperado, onde o agente não é incitado à prática do crime, mas, ao praticá-lo livremente, é surpreendido pela polícia. Neste sentido é a doutrina, conferindo validade ao flagrante esperado.

Esta é a posição de HELENO FRAGOSO:

“a jurisprudência hoje é pacífica no sentido de que não há crime putativo no caso de mera predisposição da autoridade, previamente informada da ação delituosa. Só haveria crime putativo, no caso de flagrante preparado, quando há ação de agente provocador, tornando impossível a efetiva realização do crime”¹³.

Assim também CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

“o agente, por sua exclusiva iniciativa, concebe a idéia do crime, realiza os atos preparatórios, começa a executá-los e só não consuma seu intento porque a autoridade policial, que foi previamente avisada, intervém para impedir a consumação do delito e prendê-lo em flagrante. Constata-se que não há a figura do agente provocador. A iniciativa é espontânea e voluntária do agente. Há início de ação típica. E a presença da força policial é a ‘circunstância alheia à vontade do agente’ que impede a consumação”¹⁴.

Esta também a posição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“RHC. Concussão. Ilegalidade do flagrante. Prisão efetuada 15 dias após a consumação do crime. Despacho que recebe a denúncia. Desnecessidade de fundamentação. Recurso parcialmente provido.

Consumando-se, o crime de concussão, com a efetiva exigência da vantagem indevida, tem-se a ilegalidade da prisão realizada mais de 15 dias após a consumação do crime, quando do recebimento daquilo que foi exigido, pois tal fato constitui-se em mero exaurimento do delito. Não se cogita da descriminalização prevista na Súm. nº 145/STF para fins de trancamento do feito, pois o crime se consumou antes do flagrante. O despacho que recebe a denúncia prescinde de fundamentação. Recurso parcialmente provido tão-somente para determinar o relaxamento da prisão em flagrante do paciente”¹⁵.

¹³ FRAGOSO, Heleno. *Ob. cit.*, p. 253.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ob. cit.*, p. 370.

¹⁵ Publicado no *DJ* em 22/11/1999, p. 164, Relator: Ministro Gilson Dipp.

“Habeas corpus. Negativa de autoria. Necessidade de exame aprofundado do conjunto fático-probatório. Flagrante provocado, forjado e preparado. Enunciado nº 145 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Inaplicabilidade às hipóteses de flagrante preparado. Materialidade. Responsabilidade penal. Concessão da ordem.

1. Não demonstrada na luz da evidência, *primus ictus oculi*, a negativa de autoria, deve a questão, por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório, ser decidida em momento processual oportuno, qual seja, por ocasião da prolação da sentença, refugindo a matéria, pois, da via augusta do *habeas corpus*.

2. Não há confundir flagrante preparado, forjado e esperado. No primeiro, “o agente é induzido à prática de um crime pela ‘pseudo vítima’, por terceiro ou pela polícia, no caso chamado de agente provocador”; no segundo, “os policiais ou particulares ‘criam’ provas de um crime inexistente”; já no terceiro, “a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar o mecanismo causal da infração, e que procura colher a pessoa ao executar a infração (...), quer porque recebeu informações a respeito do provável cometimento do crime, quer porque exercia vigilância sobre o delinqüente.” (in *Processo Penal*, JULIO FABBRINI MIRABETE, Editora Atlas, 5ª edição, 1996, páginas 371/373).

3. O enunciado nº 145 da Súmula do Supremo Tribunal Federal não se aplica à hipótese de flagrante esperado.

4. O fato de o réu não ser encontrado com a substância entorpecente não o exime de responsabilidade penal na hipótese de a droga ter sido descoberta previamente por policiais que, retirando-a do ambiente em que originariamente acondicionada, mas aguardando em vigília o retorno do acusado ao local em que depositada, executam sua prisão.

5. Embora caracterizada a justa causa para a ação penal, deve-se desconstituir a prisão cautelar na hipótese de a precipitada apreensão do entorpecente pela polícia excluir a situação de flagrância do crime, rompendo a relação material que une o tóxico ao traficante.

6. Ordem concedida para desconstituir o auto de prisão em flagrante.”¹⁶

Assim também o Supremo Tribunal Federal:

“Crime impossível: inexistência: flagrante preparado de crime de mera conduta já anteriormente consumado: inaplicabilidade da Súmula 145.

Cuidando-se de concussão - crime de mera conduta - que já se consumara com a exigência de vantagem indevida, a nulidade de prisão do servidor quando, dias depois, recebia a quantia exigida, obviamente não torna impossível o delito antes consumado.”¹⁷

16 Publicado no DJ em 04/02/2002, p. 568. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido.

17 Publicado no DJ em 19/05/2000, p. 15. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence.

“Habeas corpus. Alegações de flagrante preparado e de falta de provas para a condenação.

1. Não configura situação de flagrante preparado aquela em que a Polícia, ‘tendo conhecimento prévio do fato delituoso, vem a surpreender, em sua prática, o agente que, espontaneamente, iniciara o processo de execução’ (HC 67.984 - 1. T. – DJ 10.08.90).
2. É pacífica a jurisprudência do S.T.F., no sentido do descabimento de ‘*habeas corpus*’ para o reexame de provas em que baseada a condenação.
3. ‘H.C.’ indeferido”¹⁸.

Assim, verifica-se que a maioria da doutrina e da jurisprudência diferencia o flagrante provocado do esperado, inclusive nas suas conseqüências jurídicas. A posição de ROGERIO GRECO, que equipara as duas espécies de flagrante, é minoritária.¹⁹

Também não se deve confundir o flagrante provocado e o flagrante esperado com o flagrante forjado. Neste caso, o agente inventa uma situação falsa para imputar um crime a uma pessoa. É o caso clássico da Polícia, que coloca dolosamente substância entorpecente num automóvel alegando que encontrou a substância, com o fim de efetuar uma prisão em flagrante com base na Lei de Tóxicos.

Ainda merece ser analisada a situação do agente que provoca um flagrante, mas ao invés de impedir sua consumação, nada faz. Neste caso, como a provocação não impediu a consumação, a disciplina deve ser outra.

O crime, embora provocado, existiu em sua inteireza e quem o praticou deve ser responsabilizado. A questão é: quem provocou o flagrante – e nada fez para impedir a consumação – pode ser de alguma maneira responsabilizado?

O mestre ZAFFARONI enfrenta a questão e tem a posição de que o provocador de um flagrante deve ser punido como instigador de um crime tentado – ainda que não haja crime para o provocado. Assim:

“cabe considerar que a impunidade do agente provocador deixa livre uma forma de ‘investigação’ de delitos bastante discutível, pois, em lugar de investigar policialmente delitos cometidos, trataria de instigar o cometimento de delitos para depois puni-los. Semelhantes métodos não têm cabimento num Estado de direito, porque a ética deste impede a degradação da sua imagem, não permitindo que o Estado se valha do crime para a realização da sua justiça”²⁰.

¹⁸ Publicado no DJ em 19/04/96, p. 11072. Relator: Min. Sydney Sanches.

¹⁹ GRECO, Rogério. *Ob. cit.*, p. 283: “não vislumbramos, contudo, qualquer distinção que importe em atribuir a tentativa no flagrante esperado e o crime impossível no flagrante preparado. (...) Não importa se o flagrante é preparado ou esperado. Desde que o agente não tenha qualquer possibilidade, em hipótese alguma, de chegar à consumação do delito, o caso será o de crime impossível, considerando-se a absoluta ineficácia do meio por ele empregado, ou a absoluta impropriedade do objeto”.

²⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Ob. cit.*, p. 697.

Parece lógico que, havendo o crime consumado, tanto o autor deva responder como o agente provocador. Este agente, na verdade, ao provocar um crime, torna-se garantidor da sua não-ocorrência. A fonte de onde emana a sua posição de garante é o art. 13, § 2º, alínea c do Código Penal porque o agente, ao preparar o flagrante, acaba criando o risco que a consumação pudesse ocorrer. Assim, se puder agir e se omitir dolosamente, passa a ser partícipe do crime que podia e devia evitar e não evitou.

Prática comum, na televisão, a colocação de câmeras ocultas e a provocação do crime. Havendo a consumação, não restam dúvidas de que a preparação não levou ao crime impossível e quem praticou o crime consumado deve responder por ele. E o provocador também, ainda que tenha deixado ocorrer a consumação para demonstrar na televisão como tudo acontece.

5. Hipóteses previstas em leis especiais

A lei de organização criminosa trata ainda de uma situação parecida: o flagrante retardado, ou postergado, ou ainda chamado prorrogado. Esta disciplina só se aplica aos crimes praticados por organização criminosa, ou seja, em princípio, quando há um crime de bando ou quadrilha, que é um crime permanente.

Afirma a doutrina que, se o bando ou quadrilha da organização criminosa estiver praticando crimes, ao invés de haver a prisão em flagrante naquele momento – como, aliás, determina o art. 301 do Código de Processo Penal, sabendo a autoridade policial que depois haverá outro crime, pode deixar para um momento posterior esta prisão, tendo em vista que a quadrilha é crime permanente, com o objetivo de uma melhor colheita de provas. Esta permissão encontra-se no art. 2º, inciso II da Lei 9.034/95. É um caso que pode ocorrer somente no flagrante esperado, e não no flagrante preparado.

Na aplicação da Lei 9034/95, então, é necessário que se trate de organização criminosa e que não haja nenhuma alteração artificial para levar à prática do crime, ou seja, que não seja o caso do flagrante provocado, mas sim do esperado.

Situação ainda parecida é prevista na Nova Lei de Tóxicos, Lei 10.409/2002, em seu art. 33, inciso II, e parágrafo único²¹, permitindo à autoridade deixar de autuar o traficante ou usuário de substância entorpecente, no caso de investigação internacional. Trata-se de uma forma especial de flagrante prorrogado e de uma hipótese de exceção prevista na lei.

21 Lei 10.409/2002: **Art. 33.** Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que entrem no território brasileiro, dele saiam ou nele transitem, com a finalidade de, em colaboração ou não com outros países, identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II, a autorização será concedida, desde que:

I - sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores;

II - as autoridades competentes dos países de origem ou de trânsito ofereçam garantia contra a fuga dos suspeitos ou de extravio dos produtos, substâncias ou drogas ilícitas transportadas.

6. Conclusão

O flagrante preparado, ou situações análogas a ele, fazem parte do nosso cotidiano. Basta recordar as extorsões, corrupções, principalmente envolvendo funcionários públicos, em que, no momento da obtenção da vantagem, há prisão em flagrante. Como são crimes formais, a consumação já havia ocorrido quando do constrangimento e da solicitação, não havendo, portanto, em princípio, nem situação de flagrante, ainda mais supostamente preparado.

O flagrante preparado não é válido a configurar um crime, nem tampouco para justificar uma prisão. No entanto, pode e deve ser valorado com cautela pelo juiz se fizer parte de uma investigação a respeito de fato anteriormente praticado, sem qualquer provocação.

Assim, se ocorrerem vários furtos de toca-fitas num determinado condomínio e houver uma investigação, onde há testemunhas que viram o autor do fato – mas não se sabe sua qualificação – é admissível que um flagrante preparado leve a uma pessoa que, ouvida na Delegacia, poderá ser reconhecida e qualificada pelos fatos pretéritos, mas que não poderá ser presa de forma alguma em razão dos fatos objeto da preparação. A provocação do flagrante não constitui prova ilícita, uma vez que esta preparação, por si só, não é criminosa, ainda que não seja desejável num Estado Democrático de Direito.

O flagrante preparado, diante de todo o examinado, só existirá se o crime for tentado. Consumado o delicto, afastado está o flagrante preparado.

A colocação de câmeras, por si só, não determina uma preparação de flagrante. Mas algumas situações diferentes podem ocorrer. No caso de uma mãe que avisa ao filho que está colocando câmeras escondidas para comprovar que a babá o agride fisicamente, e pede ao menor para que ele a irrite bastante, está alterando artificialmente a situação que levará a babá a agredir a criança, mas pode ser que, em determinados casos, não se consiga surpreendê-la no flagrante quando ela já consumou a agressão.

Neste caso, ou se entenderá que a câmera não poderia impedir a consumação, para afastar o flagrante provocado – apesar da instalação do equipamento, que só servirá para comprovação do crime consumado – ou se deve entender que a mãe, ao instigar o filho a irritar a babá, é partícipe das agressões.

A primeira opção parece mais correta: embora exista uma alteração da situação normal, não há como impedir a ocorrência da consumação só com a câmera, não sendo, então o caso de se falar em flagrante preparado.

Por fim, é importante consignar o total repúdio à prática do flagrante provocado por parte da mídia, com o objetivo de provar o que não pode ser provado, já que a preparação do flagrante torna aquele fato um “nada jurídico”, ainda que o autor tivesse a intenção de praticar o crime.

7. Bibliografia

ARAÚJO JR, João Marcello de. "Os Grandes Movimentos da Política Criminal de Nosso Tempo – aspectos". In *Sistema Penal para o Terceiro Milênio – atos do colóquio de Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan. 1991.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – parte geral*, volume I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Da tentativa – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 4ª edição.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997.

**Publicado originalmente na Revista nº 18 jul./dez. 2003, p. 169.*

O PRINCÍPIO DO RESPEITO ÀS AUTONOMIAS CULTURAIS *

RAÚL CERVINI **

I – *Subculturas e normatividade penal*

1. Assinala Alessandro Baratta¹ que o princípio do respeito às autonomias culturais traduz-se na impossibilidade de se criminalizar condutas aceitas socialmente, em culturas minoritárias. Em outras palavras, a lei penal não deve incluir proibições que violentem aquilo que é culturalmente aceito.

Na nossa maneira de ver, a inegável hierarquia deste princípio garantidor, referido pelo professor de *Saarbrücken*, reafirma-se quando tomamos como ponto de partida da análise a moderna teoria normativa da cultura.

Os sociólogos americanos *Jaeger* e *Selznick* têm insistido nos aspectos simbólicos da comunicação e aprendizagem, ao proporem a sua teoria normativa da cultura: “a cultura se compõe de tudo aquilo que resulta das experiências simbólicas compartilhadas e de tudo que é capaz de mantê-las.”²

Observam estes mesmos autores que sua concepção normativa da cultura conduz a uma correspondente teoria dos valores que leva a considerar as normas como “culturais”, não pela sua virtude intrinsecamente considerada, mas, exclusivamente, enquanto suscitam respostas simbólicas que integram um sistema de significados antropológicamente compartilhados.

2. Tradicionalmente, tem-se assinalado que nas subculturas existem, como parte desse todo que é a cultura, certas notas características que, à luz das novas propostas normativas da cultura, redimensionam a sua transcendência. Assim:

A) Uma subcultura implica na existência de juízos de valor ou todo um sistema social de valores que, sendo parte de outro sistema, este mais amplo e central, cristalizou-se à parte. Vista a situação a partir da cultura dominante, e mais ampla, os outros valores da subcultura segregam a primeira e obstaculizam a integração total, causando, em certas ocasiões, conflitos abertos ou encobertos. Como resultado do isolamento normativo da subcultura, e a sua própria solidariedade, surgem valores compartilhados que seus membros apreendem, adotam e, inclusive, exibem como transcendência simbólica, e que diferenciam em quantidade e qualidade dos da cultura dominante.

* Tradução feita pelo Professor Doutor José Henrique Pierangelli e pela Doutora Maria Alice de Andrade Leonardi.

** O autor e o tradutor representam seus países junto ao Instituto Interamericano de Direitos Humanos, órgão ligado à ONU e à OEA, com sede em San José da Costa Rica.

1 Baratta, Alessandro: “Requisitos mínimos del respecto de las Derechos Humanos en la Ley Penal” in “Revista de Criminología y Derecho”, nº 1, Edit. Fundación de Cultura Universitaria, Montevidéo, 1987, p. 11.

2 Jaeger, Gertrude e Selznick, Philip: “A Normative Theory of Culture”, in “American Sociological Review”, 1964. 29:653/669.

Dessarte, como o homem nasce dentro de uma cultura, pode acontecer-lhe, também, nascer dentro de uma subcultura. Passa-se com ele aquilo que SELLIN³, já em 1938, havia observado: *“Nasce biologicamente equipado para receber e adaptar conhecimentos acerca de si mesmo e de suas relações com outros. Seus primeiros contatos sociais dão início a um processo de coordenação que durará por toda a vida, e no qual ele vai absorvendo e adaptando idéias que lhe são transmitidas, de maneira formal ou informal, mediante instrução ou preceitos. Estas idéias representam significados relativos aos costumes, às crenças, às obras e às suas próprias relações com os seus semelhantes e com as instituições sociais. Vistas como unidades separadas, estas idéias podem ser entendidas como elementos culturais que vão se encaixando dentro de certos padrões ou configurações mentais, que tende afixar-se em sistemas de significados totais.”*

B) Os valores compartilhados por uma subcultura, frequentemente, podem evidenciar-se e podem ser identificados fenomenologicamente, em função da conduta esperada: atos que vão desde o permitido até ao obrigatório em determinadas situações da vida. Qualquer norma ou quadro de valores deve ser capaz de governar naturalmente a conduta, numa variedade de situações, para que se possa qualificá-la, legitimamente, como antropologicamente fundamentada.

Precisamente, Radcliff-Brown⁴, ao estudar o fundamento das sanções através das sociedades primitivas, salienta sua indissolúvel vinculação com os parâmetros culturais de cada comunidade, posto que a sua eficácia deriva, dentre outras razões, do ajustamento, mais ou menos estreito, das normas aos valores prevalentes no seu próprio substrato.

C) A mesma subcultura pode também tolerar outros valores que se encontram fora do seu próprio sistema, contanto que essa adesão não solape os seus próprios valores que a caracterizam como tal e desde que esses valores não se vejam ameaçados, intrinsecamente, na sua própria existência.⁵

3. O tema assume especial importância na América Latina, onde nos limitamos a imitar os Códigos Penais da Europa, sobre cujo fato, agudamente, assim se manifesta Zaffaroni⁶: *“Se nós nos perguntarmos o que a realidade do Paraguai tem a ver com o Império alemão para adotar o seu Código Imperial, não poderemos entender isso com clareza. O que tem que ver a realidade peruana para adotar o projeto suíço, tampouco poderemos compreender com clareza. Qual a relação da Venezuela com a Itália unificada, para adotar o Código Zanardelli? E o que tem a Argentina a ver com o Reino da Baviera para adotar o Código de Feurbach?”*

Como vemos, durante um longo período – para não dizermos sempre – temos voltado as costas para a nossa própria realidade cultural, tomando emprestado fragmentos de ideologias penais de países centrais, as quais correspondem a outros parâmetros sócio-culturais. Este desajustamento, este desencontro entre os Códigos importados e o meio cultural em que se os pretende aplicar assume profundas consequências no campo dos Direitos Humanos das comunidades indígenas e de

3 SELLIN, Thorsten. “Culture, Conflict and Crime”, in “Social Science Research Council Bulletin”, nº 41, Nova York, 1938, p. 11.

4 RADCLIFF-BROWN, A.R.: *Estructura y Función en la Sociedad Primitiva*, Ediciones Península, Barcelona, 1974, p. 233. Sobre o mesmo tema, veja-se BLALOCK, H.M.: *Introdução à pesquisa social* (2.^a ed.), Editorial Zahar, Rio de Janeiro, 1977, p. 77.

5 Cf. DA MATTA, Rodrigues: *Relativizando: uma introdução à Antropologia Social*, Petrópolis, 1981, p. 86.

6 ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Problemas de Política Criminal Latino-americana, in “Revista de Derecho Penal”, nº 6, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1984, p.28.

outros agrupamentos sociais culturalmente diferenciados por sua história, origem, religião, isolamento geográfico e outras características que lhes são próprias.

A) No que concerne às etnias aborígenes, devemos, antes de tudo, recordar que os textos latino-americanos, imbuídos de uma visão etnocentrista, partem de uma base que posiciona o indígena num estágio inferior de civilização, e que o direito deve se esforçar para elevá-lo a um plano superior, afetando, dessa forma, os princípios de igualdade, de liberdade de cultos e o direito à própria integridade psíquica da pessoa, porque, se se pretender tirar, abruptamente, um homem de sua cultura, ele sofrerá uma ruptura de seus valores, com um conseqüente dano psíquico.

A própria Etnologia nasceu com uma falha metodológica intrínseca, com a teorização de um homem “civilizado” sobre um “selvagem”. Assim, pesquisou e comparou costumes, que destacou como exóticos para, em seguida, arriscar-se em considerações supostamente universais. Sua formulação científica, no entanto, requeria um ser conhecido e um objeto de conhecimento, o que levou a sacrificar a dimensão humana das etnias observadas.⁷

A história das etnias nativas era desprezada, lançada a um período cíclico, que se repetia sem possibilidades reais de mudança, ou seja, essa *dance sur place* de que nos fala Gurvich. Os países centrais arvoram-se, então, no papel messiânico de romper o círculo, de liberar esses povos desse eterno estágio de estagnação, através de uma “transusão de progresso”, que correspondia a um agressivo processo de aculturação.

Como bem assinala Zaffaroni, no *Informe Final sobre os Sistemas Penais e Direitos Humanos na América Latina*, esta antropologia “vitoriana” foi elaborada para justificar os empreendimentos colonialistas britânicos e franceses do século XIX, “que pretendiam – particularmente na África – posicionar os africanos, ou colonizados, numa situação de infantilidade em relação ao colonizador, este de cultura adulta ou amadurecida e, também assim, a ideologia de nossas elites do século passado contrárias à democracia, por considerar que nossas raças indígenas ou africanas estavam ainda despreparadas para a sua prática”.⁸

O Evolucionismo atacou os velhos prejulgamentos eurocêntricos, sem gerar outros. Admitia que o homem era homogêneo na natureza, mas posicionava os povos em distintos níveis de um processo de desenvolvimento cultural. Tanto assim é que Morgan fala em três estágios culturais: selvagismo, barbárie e civilização, dividindo os primeiros em três momentos: inferior, médio e superior.⁹ Significativamente, para os autores do Evolucionismo os astecas, incas e maias engrossaram a listagem dos povos qualificados como “bárbaros”, por desconhecerem a escrita alfabética, em que pese o seu notável nível de conhecimentos e o monumental desenvolvimento de sua arquitetura, que assombrou aos colonizadores. Este juízo era coerente com a concepção de uma seqüência evolutivo-cultural universalmente válida, medida mediante a ótica de um critério eurocentrista. Posteriormente, o Funcionalismo

7 Cf. CALAN, Hilary: “Etiología y Sociedad”, *Breviarios* nº 235, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1973, México, pp. 11 e segs.; Mauss Mareei: *Mentalidade primitiva e participação em Antropologia*, São Paulo, 1979, pp. 150 e segs.

8 *Instituto Interamericano de Derechos Humanos: Sistemas Penales y Derechos Humanos* (Informe Final). Documento final do programa de investigação desenvolvido pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos (1982/1986). Coordenador Professor Eugenio Raúl Zaffaroni, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 56.

9 Cf. CARO BAROJA, Julio: *Ritos y Mitos Equívocos*, Ediciones Istmo, Madri, 1974, p. 12; e ZAFFARONI, E. Raúl: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (Informe final), *op. cit.*, p. 55.

reconheceu a radical diferenciação entre as culturas, mas as concebeu como sistemas fechados, sem historicidade.

Levi-Strauss, na sua *Antropologia Estrutural*¹⁰, aperfeiçoa os conceitos, afirmando que a Etnologia, aquilo que os ingleses chamam de Antropologia Social e os norte-americanos de Antropologia Cultural, não pode permanecer indiferente aos processos históricos, nem às mais altas referências conscientes aos fenômenos sociais. Não obstante, ter-se-ia que esperar pelos estudos de Herskovits¹¹ para que se desenvolvesse e aceitasse a idéia de que existem vias multilineares de evolução cultural (relativismo cultural), ou seja, que cada cultura propõe seu próprio modelo original de evolução substancialmente válido.

Por outro lado, não existe um pensamento racional e um pensamento mítico, radicalmente diferenciados. Hoje, é inquestionável que todos os povos pensam, partindo de premissas que se têm por aceitas, no processo inconsciente da socialização ou da endoculturação. Vale dizer que em toda mentalidade co-existem o *logos* e o *mito*; não existe uma mentalidade pré-lógica numa forma pura, como tampouco uma mentalidade racional pura.¹² Atualmente, está totalmente fora de dúvida que não existe uma categoria de “povos primitivos”, mas sim que cada cultura propõe um modelo original de evolução e que, dessa forma, o autodesenvolvimento persegue o engrandecimento de uma cultura, e a troca dessa cultura leva à sua destruição (etnocídio), quando é substituída pela cultura dominante.¹³

No seu mérito, pode-se afirmar que a mudança de aculturação a que tendem os Códigos latino-americanos, avassalando tradições, buscando apagar os padrões de identificação racial, a fim de facilitar a assimilação das comunidades minoritárias, representa uma forma de agressão praticada contra a especificidade cultural dessas etnias aborígenes, claramente violadora dos Direitos Humanos.

B) Além das minorias étnicas mencionadas, em todos os nossos países, caracterizados por essa marginalização estrutural de que nos fala Zaffaroni, existem outros grupos que se encontram culturalmente isolados por diversas causas, tanto no âmbito rural como no urbano, e que merecem, no nosso entendimento, um tratamento diferenciado por parte do sistema penal.

Ao finalizar a década de 50, o antropólogo norte-americano OSCAR LEWIS apresentou a primeira de suas obras: *Antropologia da Pobreza*¹⁴, livro especialmente destacável, pois, além de nos fornecer um quadro íntimo e objetivo da vida diária de cinco famílias mexicanas – em sua maioria, pertencentes à classe mais inferiorizada –, nos ensina que a chamada “cultura da pobreza” manifesta-se não só na privação econômica, mas também numa especial capacidade criativa que provê adaptações aos despojados, em face de sua posição marginalizada. Muitas das particularidades subculturais destas populações pode-se considerar como tentativas, objetivando

10 LEVI-STRAUSS, Claude: *Antropologie Structurale*, Editorial Plon, Paris, 1958, p.34.

11 HERSKOVITS, Melville: *El hombre y sus obras. La ciencia de la Antropología Cultural*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1964.

12 Cf. CARO BAROJA, Julio: *Ritos...*, *op. cit.*, pp. 60 e segs.; MALINOWSKI, Bronislaw: *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1985, pp. 103 e segs.; MEAD, Margaret: *Adolescencia, sexo y cultura em Samoa*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1984, Cap. 8 e segs.

13 Cf. FOSTER, George M.: *Tzitzuntzan – Los campesinos mexicanos en un mundo de cambio*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1972, p. 26 e segs.; STAVENTHAGEN, Rodolfo et al.: *La cultura popular*, compilação de Adolfo Colombres, co-edición Dirección General de Culturas Populares da SEP e Premia Editora, Puebla, México, 1983, pp. 11 e segs.

14 LEWIS, Oscar: *Antropología de la Pobreza*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1961.

solucionar problemas locais, que as instituições da sociedade global não resolvem, e é esse isolamento relativo uma das características mais importantes que influem na manutenção das linhas da cultura da pobreza. “Fora de meu bairro, já não me sinto no México”, disse o entrevistado Manuel Sanchez.

Em obra posterior¹⁵, o mesmo autor destaca que os padrões compartilhados dentro destas comunidades, minoritárias, muitas vezes colidem com os de uma sociedade global intolerante, que não reconhece essa diversidade.

Uma precisa investigação de campo que desenvolvemos, há quatro anos, com um grupo de estudantes da Faculdade de Direito e Ciências Sociais, em dois *cantegriles* (bairros marginais) da cidade de Montevidéu, do qual, até agora, só possuímos resultados fragmentários e inéditos¹⁶, confirma o conceito anteriormente exposto: uma substancial porcentagem dos investigados, maiores de idade, intimamente não consideram e nem compreendem como ilícitas algumas condutas que se encontram formalmente tipificadas como delituosas nos textos suscetíveis de lhes serem aplicados. Assim, por exemplo, cerca de 67% dos indagados ignoram que manter relações sexuais com uma pessoa menor de 15 anos, mesmo com seu consentimento, configura delito de violação^{*} *ope legis* ao presumir-se a violência (art. 272 do Código Penal) e, o que é mais importante, 94% dessas mesmas pessoas perquiridas – em virtude das mesmas regras de seu grupo cultural – não podem compreender que haja delito em tal conduta, posto que, em seu ambiente, o fato se apresenta como um imperativo subcultural categórico, quando as jovens se relacionam sexualmente a partir dos 12 anos de idade e o fazem com uma certa vocação pela reiteração.

Da mesma informação resulta que 82% das pessoas questionadas aleatoriamente, nesses mesmos bairros, expressam-se por não compreender a razão pela qual o contrabando e a ulterior comercialização dos produtos introduzidos no país são considerados como atividades delituosas nos Códigos, não passando, para eles, de simples meio de vida e que conta, ademais, com uma certa aquiescência de terceiros.

No mesmo contexto subcultural, existem autênticas proibições, e entre elas, talvez, a delação constitua a hipótese mais clara. Ser considerado, nesses meios, como *batidor* e *dortiba* (expressões de gíria local [*criolla*] que definem aquele que denuncia um fato tipificado como ilícito)^{**} constitui um estigma vergonhoso para a absoluta maioria das pessoas que ali vivem. Por outro lado, nestas comunidades, jamais se poderá compreender o sentido de certas normas como a do art. 148 do Código Penal uruguaio (*apologia de hechos calificados como delitos*).

Também no âmbito de outra subcultura marginal – as “favelas” do Rio de Janeiro –, equipes de trabalho coordenadas pelo Professor João Marcello de Araújo Jr., analisando as implicações subculturais da droga nesses conglomerados, detectaram

15 _____: *A study of slum culture*, Ed. Random House, Nova York, 1968. Editor de América Latina, Buenos Aires, 1972.

16 Investigação de campo executada dentro do marco de atividades complementares do Curso de Direito Penal, sob a orientação da Professora Ofélia Grezzi, 1986.

* O art. 272 do CP uruguaio diz: “Violación. Comete violación el que compela a una persona del mismo o de distinto sexo, com violencias o amenazas, a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse. La violencia presume quando la conjunción carnal efectúase:1. Con persona dei mismo o diferente sexo, menor de quince anos.” (Nota dos tradutores)

** A expressão entre nós equivale à de *alcaguete*, que a Lei nº 8.072/90, que define os chamados crimes hediondos, erigiu em causa especial de diminuição de pena, pensando que esse prêmio poderia romper os laços subculturais que ligam autores, co-autores e partícipes. Ledo engano!

numerosos exemplos de condutas que têm sido formalmente criminalizadas, através de normas que carecem de um mínimo fundamento antropológico, principalmente entre os numerosos migrantes procedentes do Nordeste brasileiro.¹⁷

C) Esclarecido o alcance e variado espectro de regras sociais diferenciadas, às quais vincula-se o princípio do respeito às autonomias culturais, nos capítulos seguintes iremos nos ocupar, fundamentalmente, das minorias culturais indígenas, cuja existência cria uma problemática que, em nosso ponto de vista, tem, na maioria dos casos, uma solução ligada à proposta descriminalizadora.

II – *Desencontro entre os textos normativos e as culturas nativas na América Latina*

1. *Formas de controle social nas culturas indo-americanas*

Para um estudo sério acerca da situação destas comunidades, em face das normas penais criadas pelas culturas dominantes, faz-se indispensável um conhecimento cabal dos exatos termos em que se desenvolve a vida do aborígene. Para tanto, como primeiro passo, se faz necessário “descolonizar-se” mentalmente.

Nesse mesmo sentido, a venezuelana Gladys Yrureta¹⁸, citando Reyes Posada, sustenta que “o direito de uma cultura tribal não se expressa mediante regras explícitas, que possam ser captadas por pessoas alheias à sua cultura, a menos que se aprofundem no estudo das instituições que lhes são próprias, porque nunca aparece evidenciado o aparato coativo, que obriga ao cumprimento de suas normas, assim como o seu corpo de sanções. Porém, não obstante as relações de parentesco, organização política, organizações de trabalho e educativas, a mitologia e a religião, dentre as mais destacadas, possuem uma enorme força social e se confundem no âmbito de sua cultura.

O “direito” dos povos pré-colombianos tinha sua maior expressão, precisamente, no âmbito penal¹⁹, assumindo uma grande força normativa com sistemas próprios, suficientemente eficazes, para fazer cumprir suas normas, como observou Soler²⁰, ao tratar do caráter público do direito penal entre os incas. Porém, se algo caracteriza este particular direito inca, é sua diversificação, já que nem sempre os fatos que configuram delitos entre nós eram considerados por estes povos como tal, pois, em muitos casos, estes formavam parte de seus costumes e ritos. Assim, por exemplo, o rapto, que constitui uma tradição a efetuar-se antes do matrimônio em algumas tribos. Também essa mesma tradição possibilita ao marido conviver com duas ou três mulheres, além da esposa. E inclusive o uso de certas drogas constitui,

17 Trabalho de campo preparatório, ainda inédito, sobre aspectos subculturais do consumo de drogas, coordenado pelo Catedrático da Universidade do Rio de Janeiro, João Marcello de Araújo Jr., denominado *Projeto Alternativo do Rio*.

18 YRURETA, Gladys: *El indígena ante la Ley Penal*, edição da Universidad Central de Venezuela e da Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1981, p. 11. *Op. cit.*: REYES POSADA, Alejandro: *El Sistema Jurídico de los Guahibos en Colombia*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Kelly, Bogotá, 1974, pp. 12 e 13.

19 Cf. RODRÍGUEZ ROUANET, Francisco: “Prácticas Tradicionales de los Indígenas”, in “Revista Guatemala Indígena”, vol. IV, nº 2, publicação do Instituto Indigenista Nacional, Guatemala, 1969, p. 51.

20 SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, 3.ª ed., tomo I, Buenos Aires, 1956, p.96.

em algumas dessas etnias, um imperativo vinculado a propósitos religiosos, rituais e militares.²¹

Por outro lado, algumas tribos indo-americanas são imbuídas de um sentimento altamente solidário, surpreendente para nossa cultura, pois consideram delitos o egoísmo, a acumulação de riquezas e, em alguns casos, a mentira e a covardia. Também as respostas grupais são frequentemente especiais, como por exemplo, soluções composicionais e a exclusão do grupo étnico, com a consequente perda da identidade, que é a mais grave de todas as sanções.²²

2. *Regime jurídico penal aplicado às comunidades indo-americanas*

A) A dominação espanhola significou um virtual esmagamento das manifestações nativas. Os colonizadores desorganizaram meticulosamente as estruturas tradicionais das culturas aborígenes. Os indígenas perderam suas terras, viram-se obrigados a limitar-se a regras de vida para eles incompreensíveis, forçados a abjurar suas crenças e a adotar outras que lhes eram totalmente alheias.

Ensina a professora G. Yrureta²³, no seu profundo estudo acerca do indígena ante a lei penal, que uma simples revisão da recompilação das leis dos índios permite-nos verificar a existência de um bom número de normas que atacavam a autonomia cultural das comunidades indígenas: impedindo seus ídolos, aras e adoratórios, afastando-os de suas feitiçarias e de seus sacerdotes²⁴, implantando, entre eles, a língua do conquistador²⁵, proibindo-lhes a mancebia e a sua relação poligâmica²⁶, etc.

Também figuravam, nessa recompilação, regras penais formalmente benevolentes, destinadas a serem aplicadas aos indígenas, por exemplo: as que estabelecem sanções especiais para o seu amancebamento²⁷ ou procedimentos especiais contra os nativos, nas causas de inquisição²⁸, inclusive algumas que procuram

21 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: "El nuevo Régimen Penal y Administrativo sobre Estupefacientes y Psicotrópicos en México", in *Criminología, Marginalidad y Derecho Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982. p. 36; Cardenas de Ojeda e col.: *Toxicomanía y Narcotráfico, Aspectos legales*, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., México, 1967, p. 10; SIMÕES, Luiz: "Cultura y Control en las Primitivas Sociedades Indoamericanas", *Cuadernos del Sur*, vol 2, Edit. Diana, Caracas, 1969.

22 Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Sistemas Penales (Informe Final)* op. cit., p. 58; Stavenhagen, Rodolfo: *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. Coedição do IIDH e do Colegio de México, México, 1988. À p. 102, expressa: "Las valoraciones y la lógica de la relación delito sociedad son muy distintas a las que prevalecen en las sociedades no indígenas. Citemos como ejemplo la situación en la Guajira venezolana: Las leyes que rigen a los indios guajiros son conocidas y oblitatorias para todos. Estas son transmitidas de padres a hijos, y se tiene un claro concepto de delitos, como hecho que es repudiado por el grupo. Las sanciones penales son impartidas con severidad y eficacia a pesar de no existir las instituciones controladoras propias de la sociedad nacional. La transgresión de la ley acarrea además de la sanción, una subvaloración del estatus social, lo que expone al delincuente al desprecio público. La obligación a que se somete a la familia o "casta" ejerce gran presión moral sobre el ofensor, lo que determina que en la mayoría de los casos este responda debidamente. Las sanciones en su mayoría están basadas en la "compensación"; Casi siempre se indeniza al ofendido mediante bienes que se traducen en collares de piedras de valor llamados "tumas". Si se trata de una sanción impuesta a un miembro de una "casta", primero se envían "palabreros" a pedir que se reconozca la ofensa y la indemnización impuesta. De no llegar a un acuerdo, se desata la guerra..."

23 YRURETA, Gladys: *El indígena ante la Ley Penal*, op. cit., p. 28.

24 Cf. in YRURETA GLADYS, op. cit., p. 29.

25 *Idem, ibidem.*

26 *Idem, ibidem.*

27 *Idem, ibidem.*

28 *Idem, ibidem.*

impedir que se os submetam a perseguições e prisões de longa duração²⁹. Todavia, com este tratamento apropriado para menores ou seres inferiores submetidos à tutela do colonizador, nada mais se fazia do que degradar essas comunidades na sua dignidade.

B) Na atualidade, a situação do indígena nos Códigos e Projetos Penais latino-americanos pode ser sintetizada da seguinte maneira:

- a) Por um lado, existem muitos textos normativos que se caracterizam pela ausência de previsões expressas, o que implica num grave desconhecimento da ambivalência cultural de países nos quais os indígenas constituem a maioria ou uma parte bastante apreciável da população, caso do Código mexicano para o Distrito Federal, de agosto de 1931, ou do Código Penal de Porto Rico, de 22 de julho de 1974.
- b) Outros países possuem, no seu direito positivo, claros exemplos de proibições contrárias ao culturalmente aceito, como o Decreto-Lei de 5 de setembro de 1935, do Haiti, que reprime o culto do *vodu*, como prática supersticiosa, numa ilha onde 75% da população professam esse rito; o ano 391 do Código da Costa Rica, que sanciona “as práticas de bruxaria ou qualquer outro culto ou crença contrária à civilização ou aos bons costumes”, norma que assinala a diversidade cultural da costa do Caribe desse país. Por outro canto, na Colômbia, uma disposição, com hierarquia constitucional (art. 53), proíbe “os cultos contrários à moral cristã”³⁰.

Enquanto isso, o Código Penal do Peru de 1924, nos seus arts. 44 e 45³¹, divide os peruanos em “homens civilizados”, “indígenas semi-civilizados” (aos quais assimila aqueles que estão “degradados pela escravidão e pelo alcoolismo”) e “selvagens”³². O Código Penal da Bolívia, de 1973, atualmente vigente, nos seus arts. 17 e 18³² fala

²⁹ *Idem, ibidem.*

³⁰ Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe Final)* op. cit., p. 56.

³¹ Arts. 44 e 45 do Código Penal do Peru, de 1924: “Art. 44: *Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir-las penas de penitenciaria y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años.*” “Cumplidos dos tercios de tiempo que, según la ley, correspondería al delito si hubiera sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario, continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los veinte años.” “Un reglamento del Poder Ejecutivo determinará las condiciones de vida de los salvajes colocados en colonia penal, que serán organizados en el propósito de adaptarlos en el menor tiempo posible al medio jurídico del país.” E o Art. 45: “Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a la regla del art. 90. Podrán, asimismo, en estos casos, sustituir las penas de penitenciaria y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional con arreglo al título VII. Podrán también reemplazar la pena de prisión según el procedimiento permitido en el art. 42.”

³² N. do T. – O Código Penal do Peru, de 1924, foi ab-rogado pelo D. Legislativo nº 635, que se encontra em vigor desde 26 de abril de 1991. Como reminiscência da legislação anterior, encontramos no art. 152 as chamadas “Eximentes e atenuantes em razão do grau de cultura”, com a seguinte redação: “*Él que por su cultura o costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.*”

³² Arts. 17 e 18 do Código Penal da Bolívia, de 1973: “Art. 17 (*inimputabilidad*): *Son inimputables: 5) (Indio selvático). El indio selvático que no hubiera tenido ningún contacto con la civilización.*” O inciso segundo do Art. 18, acerca da semi-imputabilidade, diz: “*El juez procedera en igual forma (esto es, atenuando la pena o decretando la medida de seguridad más conveniente), cuando el agente sea un indígena cuya incapacidad derive de su inadaptación al medio cultural boliviano y de su falta de instrucción.*”

do *índio selvagem*, como inimputável, e do *inadaptado cultural*, como semi-imputável. Por último, também o Código Penal da Colômbia, no seu art. 96, refere-se ao indígena como inimputável por *imaturidade psicológica*³³, e as medidas a que se submete os indígenas tendem, frequentemente, à sua incorporação cultural; vale dizer que se parte da premissa de que o direito deve esforçar-se para “elevar” esses seres que se encontram num estágio inferior, submetido ao modelo da cultura dominante e a seus valores jurídicos.

III- *Soluções preconizadas pela doutrina latino-americana acerca da aplicabilidade destas normas contrárias ao culturalmente aceito*

Tentaremos expor, de maneira sucinta, a diferença de critérios ensaiados através dos anos.

1) A partir de um enfoque rigidamente positivista, José Medrano Ossio³⁴ tem sustentado que, com a finalidade de proteger a sociedade em face do delito, e também o próprio indivíduo delinquente, deve-se estabelecer meios defensivos variáveis na sua forma e indeterminados na sua intensidade, cuja medida somente deverá estar relacionada com o perigo que represente a causa do delito, com o fim de vê-lo eliminado.

Por conseguinte, para este autor, ainda que em se tratando de um indígena, não interessa um exame acerca de sua imputabilidade, ou uma declaração de sua responsabilidade, mas se deve procurar a defesa social ante o seu delito, declarando-o perigoso e submetendo-o às medidas apropriadas, não penas, que evitem a sua reincidência. Certamente, em que pese a denominação diferenciada para os indígenas não integrados ao meio social, a reação difere muito pouco das penas comuns.

2) Na maioria dos casos, tem-se buscado a solução do problema a partir da ótica da dogmática penal, basicamente sob dois pontos de vista:

- a) Alguns autores³⁵ sustentam que, mesmo em relação aos indígenas, deve ser mantido, a todo custo, o princípio da igualdade de todos perante a lei, posto que a organização dos países americanos repousa, precisamente, nos princípios e sentido democráticos da igualdade, não podendo, por consequência, tolerar hierarquias de grupo ou de raça.

Este posicionamento tem sido fortemente criticado, no sentido de que “é absurdo pensar-se que as regras comuns do direito público e privado possam ser observáveis por populações que possuem tão diversa estrutura social, tão diversificados costumes e tradições, tão distinto gênero de vida familiar e social”.³⁶

- b) Em outros casos, tem-se sustentado a necessidade de se aplicar um sistema jurídico-penal específico aos indígenas.

33 Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Sistemas Penales (Informe Final)*, op. cit., p. 55.

34 MEDRANO OSSIO, José: *Responsabilidad Penal de los Indígenas*, Potosí, 1941, pp. 11 e segs.

35 GALLINO YANZL, Carlos: *Imputabilidad (los estados de barbarie)*, in *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XV, p. 243.

36 CONSENTINI, Francisco: “Código Agrario para la República de México”, “*Revista Cubana de Derecho*”, Sección Ooctrinal, Imprenta O’Relly, 62, La Habana, jan./jun. 1957, pp. 62/63, cit. por YRURETA, Gladys, op. cit., p. 52.

Compondo este entendimento, existe um setor minoritário que sustenta a necessidade de serem os indígenas, em matéria penal, julgados por um sistema penal completo, aplicável a eles³⁷, e uma outra parte da doutrina penal, esta amplamente predominante, que estima que na lei penal geral devem existir alguns preceitos especiais, destinados a considerar as características particulares dos indígenas, mas que não vão até ao ponto de aceitar um regime jurídico integral, destinado especialmente a eles.

Neste último segmento encontram-se, consoante a sistematização proposta pela professora Yrureta³⁸: (a) aqueles que propiciam a declaração de imputabilidade do indígena; (b) os que estimam que suas particularidades devem ser consideradas, a partir de um exame da personalidade do delinquente, que permita uma melhor individualização da pena; (c) e, por último, alguns que parecem colocar o problema dentro dos variados campos da culpabilidade.

a) *Crítério da inimputabilidade*

Fundamenta-se este critério numa pretendida inferioridade do índio, seja ela psicológica, social ou econômica, ou decorrente de sua “decadência”, por fatores ou vícios ambientais, e declara que se deve, dentro da legislação penal, contemplar uma regra que reconheça a sua inimputabilidade.

O tratadista brasileiro Aníbal Bruno³⁹ nos expõe que os selvagens não adaptados à vida social do nosso nível, às normas complexas que a regulamentam e aos critérios de valor de nossos juízos devem ser assimilados, a partir do ponto de vista da inimputabilidade penal, à categoria dos surdos-mudos, pois, ainda que não exista ali nada de teratológico ou patológico, sua condição os coloca em situação de incapacidade de entendimento e orientação volitiva, na qualidade e graduação exigidos pelo Código. Acrescenta BRUNO que, nos indígenas, existem, ademais, certas tonalidades nos seus processos psíquicos e certos complexos afetivos que lhes são peculiares, suficientes para confirmar essa inimputabilidade.

Diversos autores têm partilhado desse posicionamento⁴⁰, que foi acolhido pelos códigos penais da Bolívia (arts. 17 e 18) e Colômbia (art. 96).

Alfonso Reyes Echandía, durante a discussão do Projeto de Código Penal da Colômbia, observou que os indígenas civilizados padecem de uma “imaturidade psico-social” que os torna incapazes ante a lei penal. E, mais adiante, expõe, para justificar o critério da inimputabilidade: “a tese de que os indígenas não convivem culturalmente com os colombianos civilizados só serve para destacar um interessante aspecto psico-social, que permite qualificá-los de...«inimputáveis».”⁴¹

É certo que este critério funda-se, como já assinalado, numa posição paternalista ou tutelar e na suposição de uma pretendida inferioridade do indígena.

37 Posicionamento do Professor Mendoza, José R.: *Estudio Jurídico y Penitenciario Del Indio*, 2ª ed., Madri, 1956.

38 YRURETA, Gladys: *op. cit.*, p. 57.

39 BRUNO, Aníbal: *Direito Penal*, parte geral, I, tomo 2º, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959, pp. 137 e segs.

40 Em certos casos especiais, assim o admite o professor espanhol LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA, no seu *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Editorial Losada, Buenos Aires, 1957, pp. 847 e segs.

41 Cf. STAVENHAGEN, Rodolfo: *Derecho Indígena y Derechos Humanos*, *op. cit. ut supra*, 87.

b) *Critério da individualização da pena de acordo com o exame da personalidade do delinquente*

De conformidade com este entendimento, a particular situação do indígena pode ser considerada, penalmente, como uma circunstância de atenuação em face de sua responsabilidade penal admitida ou como antecedente acerca de sua personalidade como inimputado.⁴²

c) *Critério que coloca o problema do índio dentro do campo de atuação da culpabilidade*

No seu Manual, Zaffaroni, ao referir-se à culpabilidade, observa, certamente, que o erro de proibição, quando é invencível, elimina a compreensão da anti-juridicidade, e, outras vezes, ainda que existindo tal conhecimento, falta ao agente uma “internalização” suficiente que lhe permita compreendê-la. Diz textualmente: “Chama-se erro de proibição aquele que recai sobre a compreensão da anti-juridicidade da conduta. Quando é invencível, vale dizer que, mesmo atuando com a devida diligência, o agente não tivesse podido compreender a anti-juridicidade de seu injusto, aquele assume o efeito de eliminar a culpabilidade. Quando é vencível, em nada afeta a tipicidade dolosa ou culposa, que já está afirmada ao nível correspondente, assumindo tão-só o efeito de diminuir a reprovabilidade, ou seja, a culpabilidade, o que se traduz na quantidade da pena, possibilitando a sua diminuição até onde a lei autoriza...”⁴³

Dessarte, o problema do indígena fica, assim, qualificado como um erro de compreensão, culturalmente condicionado. Com isto, o professor argentino alude e hierarquiza, seguindo as modernas concepções acerca da cultura, a formação interior (aprendizagem) que desde pequeno se fez mediante normas de conduta diferentes. Mais adiante, acrescenta que este condicionamento cultural não só pode dar origem ao erro de proibição, mas que também pode dar lugar a outros tipos de erro, tais como justificativas putativas, erros de tipo etc.

No nosso modo de ver, Zaffaroni, ao redigir o Informe final sobre *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, redimensiona suas conclusões, de maneira perfeitamente congruente com as suas anteriores manifestações sobre a necessidade de um fundamento antropológico do Direito Penal.

Com relação ao fundamento antropológico do Direito Penal, o professor argentino escreve:

“Na nossa cultura, o direito penal existe para o homem e não o homem para o direito penal; o direito penal é algo que serve alguma coisa para o homem (que é significativo), e, se não lhe desentranharmos o que para que serve (seu significado), retirar-lhe-emos sua característica de obra humana.”⁴⁴

42 Posicionamento de Ceniceros, José A.: “Responsabilidad penal de las Indígenas”, “Revista Jurídica de Criminología y Ciencias Penales”, Bolívia, maio 1945, pp. 59 e segs., citado por YRURETA, Gladys, *op. cit.*, p. 65.

43 Zaffaroni, E. Raúl: *Manual de Derecho Penal*, parte geral, Ed. Ediar, Buenos Aires, 4ª ed., p. 543.

44 *Idem*, p. 301.

E expressa-se, mais adiante:

“Para que o direito penal tenha efetividade, será mister que respeite a condição humana; que sirva ao homem a partir de um reconhecimento acerca do ser do homem. Isto é, fundamentação antropológica. O direito penal efetivo deverá estar antropológicamente fundamentado...”⁴⁵

Para este autor, um direito penal que não tenha a capacidade de servir como garantia externa da existência dos indivíduos integrantes de uma determinada comunidade não será efetivo, mas, ao contrário, gerará permanentes tensões e conflitos sociais, que destruirão a sua eficácia. Conseqüentemente, nem tudo o que tem forma de lei é Direito, nem toda “lei penal” é “Direito Penal”, porquanto, quando o Estado desconhece o indivíduo como “pessoa humana”, rompe com uma estrutura lógico-objetiva, a norma não estará antropológicamente fundada e a sua atuação se resumirá num mero exercício, de poder, que não constitui Direito.

No Informe Final sobre Sistemas Penais e Direitos Humanos na América Latina, estas conclusões sobre a necessidade de uma fundamentação antropológica do Direito Penal desenvolvem-se até um ponto de acabamento. Ao tratar do tema “Desconhecimento das culturas diferenciais”, assim se expressa:

“Se bem que não se possa considerar o indígena inimputável pela simples razão de ser indígena, não resta dúvida de que se lhe pode exigir que interiorize as regras de uma cultura que não é a da sua infância, e, por conseguinte, deve-se respeitar, em relação a ele, o princípio de culpabilidade e declará-lo não culpável, quando a diferença entre as regras grupais seja de tal ordem que não se possa reprovar-lhe a sua conduta, na conformidade com a norma jurídica.”⁴⁶

É, todavia, nas *Recomendações finais* sobre o ponto que se plasma, numa síntese admirável, a real projeção do pensamento do professor argentino, razão pela qual permitimo-nos transcrever seu texto:

“Pelo exposto, cremos que se deve recomendar:

1 - A supressão de qualquer “medida” ou “pena” que pretenda excluir, forçosamente, uma pessoa das regras vigorantes em seu grupo cultural, salvo quando se trate de regras que atentem diretamente contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas.

2 - A supressão de toda perseguição ou criminalização de grupos culturais ou religiosos, seja de maneira direta, seja a pretexto de tutelar outros bens jurídicos, pela via penal ou policial.

3 - A elaboração de conceitos doutrinários que permitam concluir pela ausência de culpabilidade de qualquer pessoa que, em razão das normas de seu próprio grupo cultural, não possa ajustar sua conduta às normas jurídicas ou culturais dominantes.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 302.

⁴⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Sistemas Penales (Informe Final)*, op. cit., p. 57.

4 – Possibilitar a extinção da ação penal, ou da punibilidade, nos casos em que se dê ou venha a se dar lugar a uma sanção ou composição, de acordo com as regras tradicionalmente aceitas dentro de seu grupo indígena e isso não repugne o respeito devido à dignidade humana.”⁴⁷

IV – Conclusões

1 – Reconhecimento da diversidade cultural

A) Na América Latina, vivem aproximadamente 30 milhões de indígenas, distribuídos em mais de 400 grupos linguísticos (só no México, existem 56 grupos, com uma população total de aproximadamente 10 milhões). Em numerosos países do continente, os indígenas constituem minorias demográficas, mas em alguns (Bolívia, Guatemala) são maioria absoluta. Em outros países, como no México, ainda que se apresentem em nível nacional, representam uma clara maioria em certas regiões ou províncias.⁴⁸

B) O professor brasileiro Nilo Batista⁴⁹, seguindo na mesma linha de Roberto Lyra – entre outros –, tem assinalado, acertadamente, a existência nas comunidades indígenas latino-americanas de uma normatização penal diferenciada que, ainda que modesta e, às vezes, formada de elementos mágicos, possui características de um verdadeiro “Direito”, em razão de sua comprovada efetividade para a manutenção da ordem e o equilíbrio necessário dentro dessas comunidades.

C) Há já muitos anos, através de inumeráveis pronunciamentos e declarações, os próprios grupos indígenas do continente vêm reclamando o direito de sobreviverem e desenvolverem-se como índios – entre estes, concretamente, os maias, nahuas, miskitos, aymarás, quéchuas, mapuches, yanomami etc. – dentro dos limites das sociedades nacionais.

Reclamam o direito à sua própria cultura, à sua língua, aos seus modos de vida e às suas tradições, de regerem-se por suas normas e juízes, e não admitem que a modernização e o desenvolvimento signifiquem, necessariamente, o desaparecimento de suas culturas, algumas delas milenárias. Por outras palavras, ao etnocídio traçado por tecnocratas, juristas e indianistas, mais ou menos bem intencionados, os índios

47 *Idem*, p. 58.

48 STAVENHAGEN, Rodolfo: “Derechos Humanos y Derechos Indios”, in “Revista Jurídica y Paz”, ano 1, n° 2, México, fevereiro de 1986, p. 9 e segs. e supra, p. 97, expressa: “La población indígena no puede ser identificada por criterios raciales o biológicos, que estuvieron muy de moda en el siglo pasado. Las ciencias sociales contemporáneas utilizan de preferencia criterios culturales, entre los cuales el criterio lingüístico es por lo comun el que más se emplea.” “Pero también la definición cultural de los indígenas há planteado problemas serios de identificación, con implicaciones prácticas para la política indigenista. ¿Qué criterios o elementos culturales, aparte de la lengua, deberán ser empleados?, ¿Y quién los emplea? Las definiciones aportadas por los científicos sociales (antropólogos, sobre todo) no siempre son aceptadas por los funcionarios públicos encargados de las políticas indigenistas.” “Por otra parte, en anos recientes, ... las organizaciones indígenas han venido reclamando con creciente insistencia que los únicos habilitados para decidir quiénes son o no son Indios en América son los propios indígenas.”

49 BATISTA, Nilo: “Práticas Penais no Direito Indígena”, in “Revista de Direito Penal”, órgão oficial do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, n° 31, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 75. No mesmo sentido: FRIEDLANDER, Judith: *Ser Indio en Hueyapan. Un estudio de identidad obligada en el México contemporáneo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1977. STAVENHAGEN, Rodolfo: *Derecho Indígena...*, op. cit. ut supra, pp. 107 e segs.

de hoje contrapõem o desenvolvimento cultural da sua raça, enraizado na própria identidade, e o fundamento na sua própria criatividade e dinâmica.

D) Por último, devemos reiterar que, na América Latina, existem outros grupos sociais em grau de isolamento cultural ou de incorporação relativa, com padrões próprios de regulamentação, e certamente efetivos, em seu meio. Nessa situação, encontra-se uma significativa porcentagem da população do continente devido a circunstâncias determinadas pelo isolamento geográfico religioso ou condicionamento econômico (habitantes de *villas miseria*, *povos jovens*, *cantegriles* (bairros marginais), favelas etc.

2 - *Sentido cultural das normas e necessidade de um fundamento antropológico para a existência de um direito penal garantidor*

No nosso entendimento, a cultura é um armazém de regras de condutas (normas culturais), e o Direito, uma ordem de conduta a que se refere a formalização normativa. Sendo o Direito uma ordem externa de conduta, não é possível conceber-se um ser humano que tenha se conscientizado integralmente da ordem jurídica. Mas, para cumprir precisamente a sua função, o Direito deve conter uma aspiração ética: a de que, ao se converter em norma de conduta individual, deve aspirar a que os indivíduos possam conscientizar-se de suas normas e se conduzirem de acordo com elas.

Esta aspiração ética constitui uma obrigação do Estado: a de reconhecer a autonomia cultural do indivíduo, e que, nesse sentido, surge como um limite à sua ação e um freio a seus desbordamentos. Entendemos, seguindo ZAFFARONI, que, quando o Estado desconhece o indivíduo como pessoa culturalmente referida, rompe com uma estrutura lógico-objetiva, e à norma jurídica faltará o fundamento antropológico.

A partir deste enfoque, o Direito Penal deve traduzir-se numa ordem reguladora da conduta humana que, em suas valorações, reconheça a identidade cultural dos indivíduos, pois, se sua atuação orientar-se em sentido contrário, estará regulamentando uma conduta de ficções e não de homens reais.

3 - *Proposta a partir do ideal da mínima intervenção penal*

A) Estimamos, finalmente, que se torna imperioso excluir do marco normativo penal aquelas proibições que, em virtude das diferenciadas regras grupais, não se possa pretender que as minorias étnicas ou outros grupos sociais, culturalmente delimitados, cumpram. Este processo descriminalizador ajusta-se ao que foi proclamado em várias Declarações, Pactos e Convenções internacionais em matéria de Direitos Humanos.⁵⁰

B) De conformidade com isso, e a fim de se cumprir as exigências mínimas de uma ordem jurídica justa, deve-se reconhecer como vigentes e válidas as normas de conduta social, sistemas de sanções e procedimentos relativos à sua aplicação tradicionalmente aceitos por essas minorias culturais, exceção feita aos casos de

⁵⁰ Os textos mencionados, segundo o Informe Final sobre "Sistemas Penales y Derechos Humanos", *op. cit.*, p. 55, são: a Declaração Universal, arts. 2 e 18; o Pacto Internacional, arts. 4, 14, 18, 26 e 27; a Declaração Americana, arts. 1 e 12.

extrema gravidade, em que as normas e valores vigentes nessas culturas resultem diretamente lesivas a bens fundamentais (vida, integridade física, ordem pública).

C) Em todo caso, e subsidiariamente, de conformidade com o que já foi exposto, pode-se recorrer a uma causa de ausência de culpabilidade, fundada na ausência do conhecimento ou conscientização suficiente da anti-juridicidade da ação, para eximir de pena aquele integrante de uma comunidade cultural minoritária que, no caso concreto, não estava na situação de conhecer e compreender que sua ação estava reprovada pelo ordenamento normativo nacional.

Não queremos terminar este tema sem recordar a Recomendação nº 3 da Declaração de Barbados, documento indigenista fundamental, surgido do simpósio de antropólogos sobre fricção interétnica na América do Sul (janeiro, 1971):

“...3) O Estado deve reconhecer o direito das entidades indígenas de se organizarem e se regerem segundo sua própria especificidade cultural, que, em nenhuma hipótese, se pode limitar aos seus membros para o exercício de todos os direitos dos cidadãos, mas que, em troca, os exime do cumprimento daquelas obrigações que entrem em contradição com a sua própria cultura.”⁵¹

**Publicado originalmente na Revista nº 32 jul./dez. 1990, p. 113.*

51 Compilação do Projeto Marandú: “Documentos y Testimonios”. Ediciones del Sol. Serie Antropológica, Buenos Aires, 1975, p. 23.

LITERATURA SOCIAL E CRIMINALIDADE

ROBERTO LYRA*¹

1. *A arte a serviço da ciência*. 2. *Júlio Ribeiro (A Pena de Açoitos)*.
3. *Taunay (O "Encilhamento")*. 4. *Monteiro Lobato (O "Grilo")*.

1. Desde o meu concurso para o magistério superior oficial (vêde meu livro *Direito Penal*, 1.º vol., Rio, 1936 e o material divulgado, sobretudo na *Revista Brasileira de Criminologia*, de 1947 a 1959), venho realizando pesquisas sociológicas sôbre a criminalidade na arte em geral. *A arte a serviço da ciência* – assim denominei o movimento para fixar a sociogênese específica. Não tratei de ilustrar esquemas de classificações de criminosos, como ENRICO FERRI e seus continuadores, sem a seta e o foco das causas. Por outro lado, não procurei intuições esparsas e genéricas, como muitos outros. Tratei dêles em vários trabalhos e, mais recentemente, em “Apologia do Direito Penal”.

Em 1963, JEAN PINATEL apresentou uma “Criminologia literária que explora as obras literárias para nelas procurar a confirmação das teorias”. Teorias cinzentas, de que falou GOETHE, quando é “verde a árvore da vida”.

Repeli os disfarces da propaganda de um sistema econômico pelos ressuscitadores dos “romances industriais” (*Cultura e Sociedade*, de RAYMOND WILLIAMS, São Paulo, 1969), como os de GASKELL, DICKENS, DISRAELI, KINGSLEY, GEORGE ELIOT.

Os documentos sociais exibem ao natural o que se artificializa em leis, tratados, compêndios; o que não figura nas estatísticas; o que jaz em arquivos e museus; o que cede à paixão e ao interesse no governo ou na oposição; o que é sacrificado pela pressa imediatista e sensacionalizante do jornalismo; o que se fragmenta e superficializa longe do que denomino e conceituo como supercriminalidade e criminalidade absoluta. Onde buscar a verdade? Onde obter, por exemplo, a imagem da vigência da justiça privada, direta e discricionária?

“A lei aqui é o art. 44, § 32. O art. 44 é o calibre da clavina Winchester; § 32 – corresponde ao cano das pistolas de repetição” (ROQUETE PINTO). Um fazendeiro de Jauru costumava dizer aos vaqueiros: “Quem achar boi gordo pode tocar pra cá, que é meu; *ferro* que eu respeito é só magreza. . .”

Sòmente a arte pode mergulhar de olhos abertos nas ondas sociais. Não se encontra no “ventre dos autos” o que está nas entranhas da sociedade.

As leis penais não retratam as realidades sociais, as peculiaridades nacionais, as singularidades populares. Na maior parte do território nacional, elas não vigem. As constituições que constituem, as disposições que dispõem de fato estão nos usos e costumes, nas práticas “abafadas” ou encobertas do Estado dentro do Estado. O que vige é uma justiça privada primitiva, sem, sequer, os pesos e medidas de Talião que satisfaz desenvolvadamente a vingança segundo a imaginação celerada de poder real.

* Advogado, Promotor de Justiça, Professor, Jurista e político brasileiro. Foi Ministro da Educação no Governo de João Goulart.

Historiadores continuam a ser mais jornalistas do que os jornalistas. Êstes é que tratam da incursão social, enquanto aquêles se incumbem da excursão, entre episódios e personagens destacados no “panteon” invertido da notoriedade. Entretanto, os mais superficiais poderiam filiar cada caso às suas sedes germinais. O artigo de fundo foi substituído pela reportagem de fundo. As legendas como que perpetuam os feitos de doentes mentais e morais.

O crime do desembargador Pontes Visgueiro, em 1873 (São Luiz, Maranhão) deveria figurar nos tratados de psiquiatria como prova da ignorância do já então elementar: a paixão senil incendiando o cérebro esclerosado. O crime do Professor João Estanislau da Silva Lisboa (Salvador, Bahia, 1847) revive pela auréola romântica – a requintada ourivesaria assassina (Dr. *João Estanislau da Silva Lisboa*, de ANISIO CIRCUNDES DE CARVALHO, Bahia, 1935; *A Bala de Ouro*, PEDRO CALMON, Rio, 1947), 123 anos depois (1970) apurou-se que a bala era de chumbo. Ela pode ser vista no Museu Histórico Feminino (Salvador, Bahia).

Os motivos ou fins políticos, a qualidade da vítima e a dos mandantes tornaram memoráveis crimes, como o de Marcelino Bispo contra Prudente de Moraes, sendo atingido o ministro da Guerra Machado Bittencourt, e o de Manso de Paiva contra Pinheiro Machado.

Ao lado dêsses e outros criminosos menos expressivos são fixados, sem exame sociológico, criminosos habituais e profissionais, como, por exemplo, Gino Amleto Meneghetti, “o maior ladrão do Brasil”. A legenda jornalística não cuidou dos maiores e piores criminosos, além de tudo impunes e bastante poderosos para encher prisões com os outros. Meneghetti era italiano e veio para o Brasil com fôlha internacional (Itália, Estados Unidos, Argentina etc.). Passou um terço da vida na prisão, da qual fugiu várias vêzes, inclusive com as evasões legais de desclassificações e reduções da pena e de livramento condicional, até de comutação da pena pelo Presidente da República. O poder judiciário e o poder executivo contribuíram para que Meneghetti escapasse da prisão, com tôdas as formalidades. O beneficiário disse, e tinha tôda a razão, que a Justiça e a prisão “não serviram de nada”. O prof. FLAMÍNIO FAVERO responsabilizou o “sistema carcerário” pela reincidência de Meneghetti. O “rei dos ladrões” relatou suas lutas contra necessidades e perigos desde a infância. O que aprendeu foi furtar, matar, fugir, ocultar-se. Seus mestres foram os receptadores. Aos comerciantes que conheceu definiu como “ladrões sem pressa”. A vida de Meneghetti teria influído no livro *L’ Homme Revolté*, de CAMUS, que o visitou na prisão.

Juristas e literatos com intuição ou senso sociológico reconheceram: “O romance não é a viela em ponto pequeno, porém a vida em ponto grande. Não são sòmente os nossos próprios esforços e lutas, afetos e recordações que temos ocasião de achar na bagagem do romance. Aí também se encontram ciência, filosofia, arte, política, religião; aí nos relacionamos com tôdas as questões do tempo, compreendemos o seu alcance, sentimos a urgência de uma solução” (TOBIAS BARRETO). “A poesia e a prosa sociais são produtos da sociedade no seio da qual nascem e da consciência social, que se abaixa ou se eleva, se retrai ou se alarga, se relaxa ou se fortifica, com o meio social” (ARTUR ORLANDO). “Nos romances e dramas os males sociais são minuciosamente descritos, meticulosamente analisados, rigorosamente dissecados e os remédios sociais são estudados” (PEDRO LESSA). “No domínio da ficção temos obras que trouxeram colaboração inestimável à interpretação dos fatos sociais. Não nos esqueçamos de que, muitas vêzes, o romance tem importância maior do que uma obra científica. Ele torce, modifica a opinião coletiva, conduzindo, não raro a

reformas imediatas. Mesmo em Sociologia a beleza e a poesia têm os seus direitos. É uma compensação para todos os desencorajamentos e um complemento a tôdas as venturas” (A. CARNEIRO LEÃO). “O excelente estômago da arte é capaz de digerir tudo” (OTTO MARIA CARPEAUX).

FERREIRA DE CASTRO (*O Instinto Supremo*) foi “fiel à realidade literária, que, pelo seu poder condensador e harmonizante, é, como de há muito se sabe, mais convincente, tantas vêzes mais verossímil e mais verdadeira do que a da própria vida”. E confessou: “Em numerosos passos desta obra, rompi deliberadamente com a história. Procurei que os seus heróis não parecessem mitos, que os seus atos não segregassem a incredulidade que brota das fábulas, que as suas virtudes emergissem da própria condição humana, como em tôda as épocas foi verdade, antes dos acontecimentos se tornarem históricos”.

FREUD foi buscar seus símbolos na tragédia grega. MÉLANIE KLEIN baseou-se num romance para imprimir “novas direções à psicanálise” com suas concepções sôbre a constituição do “eu”, notadamente as modalidades primitivas da identificação. FREUD acentuara, principalmente, a relação entre identificação e introjeção. MÉLANIE KLEIN propõe-se, partindo do romance de JULIEN GREEN (*Si J’Étais Vous*, Plon, Paris, 1947), a analisar o mecanismo complementar, por êle chamado identificação projetiva. Não se trata de simples atribuição a outrem de qualidades ou emoções que nos seriam próprias, mas, em sentido quase realista, a projeção de certas partes de si mesmo (ou de certos “objetos internos”) sôbre, ou melhor, dentro de outra pessoa.

ETIENNE DE GREEFF derivou para a ficção seu desencanto metafísico e seu ceticismo científico diante dos princípios do conhecimento e da ação e da dinâmica dos processos psicológicos e da personalidade. Escreveu dois romances. Reencontrou suas angústias, mas para libertá-las.

DENIS SZABO desprezou a “armadura conceitual rebarbativa” para basear-se em escritores como GIDE ou MORAVIA que nos traçam em *Caves du Vatican* ou em *Les Indifférents* “retratos de uma sutileza psicológica e de uma autenticidade moral dificilmente igualáveis”.

Em *Pour une Sociologie du Roman*, Paris, 1964, LUCIEN GOLDMANN equiparou a diferença entre o ponto de vista do sociólogo e o do escritor à que existe entre o ponto de vista do corredor e o do atleta. As duas perspectivas não se contradizem. Completam-se, para o esclarecimento recíproco. É que os sujeitos da criação cultural são os grupos sociais e não os indivíduos isolados, os heróis demoníacos do romance – um louco ou um criminoso. O romance, como biografia e crônica social, reflete, mais ou menos, a sociedade da época.

Os supostos defeitos literários do excesso de material direto serão virtudes para o cientista. Este não atribuirá ao objeto da investigação e da interpretação as próprias deficiências, sobretudo a insensibilidade para identificar o que sômente a arte pode captar. Não é estranho que aceite “intenções” individuais ou de grupos quem combate as “intenções” sociais? Arte pura é a que não põe a criação a serviço de interêsses subalternos e facciosos, assim como é impura a que se associa, consciente ou inconscientemente, ao aformoseamento de privilégios e injustiças. Romancear, contar, não é falsear.

A ciência não sabia que o suicídio é homicida. Salvo caso de doença mental, não existe suicídio. O que a lei considera morte voluntária de um é sempre obra de outro. Vêde CHARLES HENRY HIRSCH (*Mimi Bigoudis*).

Em livros de ciência, AFRÂNIO PEIXOTO não poderia descrever, como no romance *Maria Bonita*, a natureza e a vida nas regiões do Rio Pardo e Canavieiras no litoral baiano, com os choques de homens, mulheres e crianças economicamente inferiores, as receitas contra o mau-olhado, os amuletos que salvam de bala, facada ou veneno, os barqueiros que fazem cessar as chuvas, expondo-se aos pingos d'água uma pequena estátua de Santo Antônio.

Se ESTÁCIO DE LIMA, com todos os títulos, erudição e tirocínio, escrevesse relatórios ou monografias sobre a prostituição, seria citado e seguido pelos "técnicos", e encabeçaria bibliografias classificadas. Mas, como honrou a verdade com a beleza, a densidade e a profundidade da arte no romance *Rua do Açouguinho*, para desmascarar todos os desvãos ocultos, merece o desdém ignorante e insensível. Sobre a prostituição na Guanabara vêde *Telhado de Vidro*, de NESTOR DE HOLANDA, Rio, 1967.

"Nos primeiros tempos, o meu gôzo maior consistia no percorrer as ruas desordeiras. Parava às esquinas. Sentava-me nas tavernas. Entre rameiras e vagabundos, entrei de grangear intimidade. Nunca me esqueço de alguns da mais cerrada convivência: o Cabeça-de-Bronze, navalhista famoso, cheio de crimes na biografia, sustentado por uma tísica, a Louise, de cabelos selvagens, sempre vestida de negro. E a Sara, sentimental e bexigosa, que se suicidou, rasgando as artérias com um caco de garrafa, na manhã em que a polícia lhe deportou o apaixonado. E a Leontine, o Lenço-Encarnado... Houvesse faltado o dinheiro que a família me enviava, e eu terminaria ladrão... assassino... (ALVARO MOREYRA).

"Ah, jovens putas das tardes
o que vos aconteceu
para assim envenenardes
o pólen que Deus vos deu?"

VINICIUS DE MORAES.

GRACILIANO RAMOS espantou-se com a capacidade de fabulação de JOSÉ LINS DO RÊGO ao descrever a vida nos mucambos da capital de Pernambuco sem ter convivido com os seus habitantes. É que GRACILIANO não compreendia romance sem base na observação de fatos. Mas, o cientista não se fundará somente na receptividade dêste ou na apreensão daquele, pois dispõe do conjunto que, literariamente, constitui até ciclos de marca econômica (café, algodão, cana-de-açúcar, cacau, uva, caju, etc.). Além disso, penetrará na vida e na obra dos autores e críticos, para discriminar entre cota de fantasia e lastro de documentação. "Contando a história da sua terra, JOSÉ LINS DO RÊGO nos põe diante dos olhos, como documentário autêntico, tôda a vida do Nordeste: o mandonismo dos coronéis, o conflito dos patriarcas rurais com os jovens bacharéis fracassados, a luta do progresso da industrialização contra o atraso feudal (a usina devorando o banguê), o espetáculo dramático do fanatismo popular e as tropelias heróicas dos bandoleiros soltos a fazer justiça com as próprias mãos, truculentos e brutais, as intrigas miúdas da política municipal" (PEREGRINO JÚNIOR). De JOSÉ LINS DO RÊGO: "Em menos de oito anos o Dr. Luís, que chegara lá com dinheiro

emprestado, era hoje o homem mais rico, o mais temido de todo o vale. Nunca ninguém, por aquelas paragens, alcançou maior soma de poder, mais força perante os pobres e perante os ricos. A São Félix valia como um Estado. O governo temia a sua importância. Os seus protegidos não conheciam delegados, as portas das cadeias não prevaleciam para as ordens do usineiro. Procurassem saber de jurados, de eleitores que não fossem crias da grande fábrica e encontrariam poucos. Os júris, as eleições, os padres, os juizes obedeciam às vontades do usineiro”.

JORGE AMADO, ao ser recebido na Academia Brasileira de Letras, disse, que seus personagens são “pessoas simples do povo, mestres de saveiro e pescadores, Mestre Manuel, Maria Clara, Livia e Guma, e sua ansiosa espera da morte no mar; negros e mulatos, o pai-de-santo Jubiabá e o negro Balduino, Rosenda Rosedá e o Gordo; crianças abandonadas, os capitães de areia, trabalhadores dos campos de cacau e rudes coronéis de repetição em punho; o rei das gafeiras da Bahia, Quincas Berro D’Água, e a mulata Gabriela, feita de cravo e de canela, e o comandante Vasco Moscoso de Aragoão, que amava sonhar e comandava os ventos”, Vêde *Criaturas de Jorge Amado*, de PAULO TAVARES, Rio, 1969.

“Nosso romance nasce dos contos e dos autos populares anônimos em processo de formação que absorveu três séculos de oralidade, Em conseqüência, e porque vinculado ao documentário desde as origens, captava acontecimentos, tipos e costumes, o romance brasileiro tem começo, meio e fim no mundo (o mundo brasileiro) que engendra. Dir-se-á que, em sua legitimidade literária inteira, sem nada perder de sua autenticidade artística, serve como uma das contribuições definitivas para a compreensão do país e do povo. Em todos os seus caminhos, não tem como libertar-se de sua integração no mundo brasileiro. O país nêle pode encontrar a sua identidade. E pode encontrá-la sobretudo porque, em estado de testemunho, guardando as imagens como em um espelho, não anula em sua fixação as percepções dos romancistas. A matéria ficcional, viva para o documentário, chega ao romance precisamente para manter-se viva. A base literária não permite que vingue qualquer superação. E, efeito dessa presença que é permanente contemporaneidade, oferece ao romance a possibilidade de apreendê-la e conservá-la, configurando o mundo brasileiro. Quem quer que deseje conhecer êsse mundo – conhecê-lo no sentido de uma compreensão à sombra de todos os valores culturais – basta voltar-se para o seu romance. Não é por acaso que, compondo à brasileira, o país e o romance se fundem, historicamente, o segundo na dependência do primeiro, como demonstram os séculos da formação nacional e da oralidade literária. Os movimentos se processam em intercurso (da formação nacional e da oralidade literária), do século XVI que é o da descoberta, até a primeira metade do século XIX, ambos condicionados à fermentação dos produtos culturais. Em três séculos, enquanto o complexo cultural brasileiro se forma através do sincretismo, o país socialmente se caracterizando para converter-se em nação, é a matéria ficcional que se conforma (como prova a oralidade) para permitir o romance. E, ao surgir, pode surgir apenas após a nação independente e juridicamente organizada. Já os movimentos temáticos e as constantes literárias – dentre os quais o documentário – estabelecidos pela oralidade, estavam criados como seus componentes. Era como se o mundo brasileiro marcasse, em sua complementação cultural, a oportunidade do seu romance” (ADONIAS FILHO).

Romances, contos, crônicas serão pontos de partida, indicações, condensações e não provas.

Além de tudo, os estudiosos aprenderão arte e ciência ao mesmo tempo. Meu lema inaugural – a arte a serviço da ciência – pode ser explicado. É a beleza a serviço da verdade social e do protesto humano para a harmonia. Sob aura humanista, despertaremos a flama vestibular da leveza e da palpitação. O que se recebe da arte não é esquecido. Aliás, fora da invenção, tudo é arte em sentido magno. A própria invenção não será a coroação de esforços e assomos seculares, senão milenares? O sentimento vem antes do pensamento. A arte sente (ou pressente) a verdade que a ciência pensa. “Ciência e arte nasceram para viver juntas, porque arte é harmonia e ciência é verdade. Quando se divorciam, a verdade fica desarmônica e a harmonia falsa. Se este senhor sábio trouxesse pela mão direita a ciência e pela esquerda a arte, para fundi-las no momento de falar, que coisa esplêndida não faria de um tal tema! Trouxe uma só e por isso maçou-nos, empanturrrou-nos a alma de coisas duras, indigeríveis, misturadas com mil pronomes fora dos mancais”. (MONTEIRO LOBATO)

Nos estudos e pesquisas todos associarão arte e ciência para a técnica e o serviço. As próprias noções técnico-jurídicas são prontamente entendidas e especialmente gravadas para sempre por todos com o foco literário. Exemplos: de erro de pessoa (*O Hóspede*, conto de LÚCIO DE MENDONÇA) e de crime impossível (*O Assassinato do General*, conto de MEDEIROS E ALBUQUERQUE).

Juntando o útil ao agradável (este lugar comum nasceu da intuição pedagógica despertaremos o apetite dos alunos despreparados e desatentos e curaremos o desespero dos autodidatas.

Adaptei ao ensino livros, como os de LEMOS BRITO e de EDGARD CAVALHEIRO e RAIMUNDO DE MENEZES, *Histórias de Crimes e Criminosos*, São Paulo, 1956, destacando e ilustrando o material mais característico.

Vali-me de novelas policiais, selecionadas e adaptadas, para aplicação aos pontos. Elaborei até o “miolo” de um “almanaque de contos policiais” para estudantes de Direito Penal e disciplinas afins. Não obtive o interesse editorial. Utilizados controladamente, os casos proporcionam assimilações duradouras e até revelações. Converti indiferenças em paixões, vadiação em aplicação.

Aproveitei até a ilustração anedótica mal empregada pelos palhaços permanentes da falsa cultura e da “causerie” frívola. Empreguei-a para adequada acentuação dos conhecimentos e derivativo para as miudezas e sensaborias técnicas.

Indico, a seguir, algumas passagens que neutralizam a diluição mnemônica.

FRANCO DA ROCHA considerou de intuição psicanalítica este caso: Um indivíduo de poucas letras, mas hábil, era delegado de polícia em São Luiz. Ocorreria um furto, cujo autor não descobriria. Costumava passar por sua casa um prêto quitandeiro, que nunca o cumprimentava. Mas, dias depois do furto, cumprimentou o delegado. Este mandou prendê-lo, dizendo: – “Eis o ladrão! Ele nunca me cumprimentou, o que agora faz por temer a autoridade”. Aquêlo delegado acreano, que confundiu Antropologia e Etnografia, recebeu de um “criminoso nato” lição de Sociologia Criminal. A autoridade policial apontou para as anomalias do crânio do acusado. E este: “Seu” Doutô, aqui nós todos “semos” assim. “O senhor matou onze e não só um. Olhe aqui sua confissão. O senhor é um cínico!” O acusado replicou: “Eu só matei um. Os outros eram “piruanos”. E, sorrindo do “erro” do delegado: “Aqui não se conta “piruano”.

Caso de mandato vindicativo oficial: HUMBERTO DE CAMPOS (*Memórias*). “Feliciano Véras, meu tio, já depois de aposentado, passava o dia inteiro dando

audiência e proferindo com humorismo sentenças bizarras, fora da lei mas dentro do bom senso e do bom humor, quando o fizeram delegado de polícia. Um dia, apareceu-lhe um caboclo. - “Seu” coronel, eu venho me queixar contra o meu vizinho, o Antônio Malaquias. - Que fez o Antônio Malaquias, meu amigo? - Tocou fogo no meu roçado. Meu tio voltou-se para o interior da casa, pedindo uma caixa de fósforos. Trouxeram-lha. E ele, para o queixoso: - Aqui está, meu amigo. Leve esta caixa de fósforos e, por minha conta, toque fogo no roçado do Malaquias!”.

Em meu livro *Direito Penal* (Rio, 1936) relatei êste fato sem teoria de “promessas” e “piedades” assassinas: “O latifundiário nordestino mandou um de seus cabras matar o deflorador da filha dêle, latifundiário. Encontrando-se depois com o “executor”, à porta da igreja local, disse-lhe que não executasse a ordem contra o indicado, pois fôra outro o sedutor. E nomeou o que devia ser sacrificado, o verdadeiro autor. O mandatário respondeu: “Agora, não é mais possível. Já prometi a Nossa Senhora matar aquêle mesmo. Só se matar os dois”.

De RUY BARBOSA: “Depois de *pepinar*, à ponta de faca, o corpo do adversário, o assassino vai à primeira capela ou cruz de estrada rezar pela alma do defunto”. Poderia completar o quadro, acrescentando que o esfaqueador iria à primeira bodega para a talagada especial.

Por dentro das cêrcas dos feudos modernos a fantasia celerada consegue criar nos abismos esgotados da tortura. De JOSÉ AMÉRICO (*A Bagaceira*) “Xinane tinha ido, alta noite, furtar o aipim que havia plantado e, pressentindo os vigias, se entocara no canal. Levado à presença do senhor de engenho, êste ordenou ao feitor: - Lambuze o traseiro de mel de furo e assente no formigueiro. Xinane alarmou-se: - Por amor de seu Lúcio!... - Lambuze, bem lambuzado! - Por amor da defunta! - Nesse caso, dê-lhe umas tronchadas. Manoel Broca prontificou-se: - Fica por minha conta. Trinta lambadas. E ali mesmo, uma, duas, três... logo na terceira, o caboclo grunhia e mijou-se. E o xexéu deu-lhe uma vaia em têrmos”.

2. Como fazer-se idéia da pena de açoites sem a descrição de todo o seu horror pela mão crispada e golpeante do artista? Os textos oficiais technicalizam a dor humana. JULIO RIBEIRO desagravou-a: “O flagelo desceu... Ouviu-se um rechino tênue, e cinco bêtas furfuráceas desenharam-se longas na epiderme arroxeadas das nádegas do condenado. O miserável torceu-se como uma serpente ferida; um grito rouco, inarticulado, horripilante, indescritível rompeu-lhe do peito. Alçou-se e caiu pela segunda vez o instrumento sinistro. A derme fendeu-se e brotaram, como rubis vivos, algumas gôtas de sangue. Nova contorsão agitou os membros do desventurado; novo rugido atravessou-lhe por entre os dentes cerrados. Os açoites amiudaram-se...- Dois! Três! Quatro! Cinco! Dez! Trinta! Cinquenta! Já não era sôbre pele que silvavam os látigos: era sôbre uma chaga, sôbre uma pasta amolecida, sorvada, sangrenta. Troavam os uivos do supliciado; seus dentes batiam como em crescimento de sezões; de todos os poros minava-lhe suor. Os pulsos e os tornozelos tinham-se inchado e também sangravam: com os esforços violentos, com as contrações da dor as correias que o prendiam tinham penetrado nas carnes”.

“Depois do “asqueroso suplício”, ainda trouxeram uma cuia com água de sal e uma navalha de barba. O algoz, ajoelhado junto do padecente, que mal respirava, fêz-lhe na chaga uma, duas, dez escarificações longitudinais com a navalha, depois, tomando a cuia, irrigou-as com salmoura. Foi a dor tão pungente, o sofrimento tão atroz, tão incomportável a angústia, que o infeliz deu um estremeção e perdeu os sentidos...”

O escritor reproduziu os gracejos com que o executor requintava a crueldade. Vêde outros episódios em *Padre Belchior de Pontes* e em *Carne*.

3. É ALFREDO ESCRAGNOLE TAUNAY (*A Inocência*) quem traz aos nossos dias, com simplicidade nítida e vigorosa, as orgias de fraude no “encilhamento” (1890-1891): “Cada cidadão foi um incorporador e diretor de bancos e companhias. Quem ontem não tinha capacidade para dirigir uma bodega nas mais limitadas proporções viu-se de improviso arvorado em diretor de altas finanças. Cada cidadão descurou do seu ofício para jogar, e a praça do Rio de Janeiro metamorfoseou-se, num abrir e fechar de olhos, em Cassino de Monte Carlo, com a diferença, porém, de haver em Mônaco um só príncipe e muito regime no Cassino, e aqui serem muitos os príncipes e abundarem as falcatuas. Que significa a palavra “encilhamento”? Com êste termo, muito usual nos esportes de corridas de cavalo, era conhecido o local onde a última demão se aplicava aos animais, antes de atirá-los à raia da disputa e forçá-los à vitória no páreo. Os zangões e os corretores enxameavam nas ruas centrais, principalmente o trecho final da rua da Alfândega até Primeiro de Março, prolongando-se pela da Candelária e enchendo de vozerio as imediações do prédio do Banco do Brasil. As fortunas fantásticas pululavam como por milagre, da noite para o dia. Onde já se vira tanta roubalheira? E logo, sob as vistas complacentes do próprio govêrno, que animava e incrementava aquela bacanal de lucros. Corria qualquer um ao Ministério e obtinha, sem mais aquela, uma “concessão”, como por exemplo para explorar terras na Amazônia, ou no Araguaia, coisa absolutamente fantástica. A publicidade era feita de bôca em bôca, ingênuamente. Estavam todos certos de que o futuro financeiro de cada qual estava naquelas colonizações... No dia seguinte, o concessionário, que apenas gastara a estampilha do requerimento, vendia o privilégio a uma companhia incorporada que passava a vender as novas ações. Os detentores dêsses títulos empurravam-nos para diante com ágio. Os compradores revendiam-nos com vantagens. E assim por diante. A coisa tomava vulto alarmante. “Os zangões” e os corretores da praça imaginavam e arquitetavam as tramas criminosas dos planos fantasiosos, em que se envolviam os negociastas. A Companhia Geral de Estradas de Ferro e o Banco de Crédito Universal foram as maiores e as mais escandalosas negociatas da época do “encilhamento”.

4. Com MONTEIRO LOBATO, que já constitui um título em nossa história literária, gênero, escola, símbolo, monumento, ficamos sabendo o mais importante sobre “grilos” e “grileiros” (*Onda Verde*). – “Grilo” e seus derivados, “grileiro”, “engrilar”, em acepção muito diversa da que devem ter entre os nipônicos, onde grileiros engrilam grilos em gaiolinhas como se faz aqui ao sabiá, ao canário, ao pintassilgo e mais pássaros tolos que morrem pela garganta. Em certas zonas chega a ser obsessão. Todo o mundo fala em terras “engriladas” e comenta feitos de “grileiros” famosos. E agora que o “grilo” penetrou na arte e vai perpetuar-se em mármore e bronze no monumento da Independência, vem a talho um apanhado geral sôbre a conspícua instituição, viveiro onde se fermenta a aristocracia dinheirosa de amanhã. As velhas fidalguias da Europa entroncam no banditismo dos cruzados. Ter na linhagem um facínora, encoscorado de ferro, que saqueou, queimou, violou, matou à larga no Oriente, é o maior padrão de glória de um marquês de França. Ter entre os avós um “grileiro” de hoje vai ser o orgulho supremo dos nossos milionários futuros. Matarás, roubarás, são os mandamentos de alto bordo do decálogo humano, eternos e irredutíveis, que a ingênua lei de Moisés tentou inverter, antepondo-lhes um inócuo “não”. “Grilo” é uma propriedade territorial legalizada por meio de um título falso;

“grileiro” é o advogado ou “águia”, qualquer manipulador de “grilo”; terras “grilentas” ou “engriladas”, as que têm maromba de alquimia forense no título. Como este acrídio proliferou na Noroeste mais do que o permite o coeficiente tolerável de patota humana, as conversas ressentem-se lá de acentuado locustismo. – Vou comprar terras no “grilo” do Dr. Honestino dos Anjos. – Não caia nessa! O Honestino é um “grileiro” sujo. Qualquer dia escangalham-lhe com a patota. “Grilo” de primeiríssima, que dá gôsto, é o da Ponte Preta! Êsse, sim... Porque há “grilos” geniais, obra de Cagliostros encarnadas nos Lobões cozidos no “venerando mosteiro”; e os há ineptos, mancos, fabricados aí por sapateiros de Themis, “curiosos” de trampolinagem sem dedo para a coisa. Aquêles gozam de tôda a consideração social devida aos “meneurs” de vistas largas, ao passo que a êstes os cobre o povo de irrisão. – Ali vai o senhor Ponte Preta, um “grileiro” macota! – E que me dizes de Beltrano? – Um sujo. Borrou-se com aquêlo “grilinho” indecente da Pedra Azul e anda agora a tentar outro mais inepto ainda. É um crime deixar a polícia soltos pelas ruas tipos dessa ordem... – Não tem a pinta!... – É isso. O “grileiro” é um alquimista. Envelhece papéis, ressuscita selos do Império, inventa guias de impostos, cria genealogias, ensina a escrever a velhos urumbevas que morreram analfabetos, embaça juizes, suborna escrivães e, nôvo Jeová, tira a terra do nada. Seu laboratório lembra as espeluncas dos Faustos medievos; mais prático, porém, não alquimiza ali a pedra filosofal ou o elixir da longa vida. Cagliostro virou rábula: manipula a propriedade. Envelhecer um título falso, “enverdadeirá-lo”, é tôda uma ciência. Mas conseguem-no. Dão-lhe a côr, o tom e o cheiro da velhice, e fazem-no muitas vêzes mais autêntico do que os reais. Expõem-no ao fumeiro, a tal distância da fumaça conforme o grau de ancianidade requerido, e conseguem assim a gama inteira dos amarelídios, segredos até aqui de Cronos. Enquanto o papel se defuma, fazem-lhe aspersões sábias, que lhe dêem a rugosidade peculiar às celulosas d’antanho. Finalmente, para impregná-lo do cheirinho, do “bouquet” dos decênios, passeiam-no a cavalo, metido entre o baixeiro e a carona... E mais coisas fazem que os leigos não pescam, e que constituem o segrêdo do “ponto de bala”. Tudo isso, às vêzes, falha. Veste o lôbo a pele da velhice, mas fica com o rabo da mocidade fora. Conta-se de um, superiormente engenhado, que faliu por artes de um raio de sol. O documento engrilado era perfeito, sem cochilo mínimo por onde o advogado contrário, preposto a destramar a marosca pudesse levantar a perdiz. Por mais que virasse e revirasse o papel, e analisasse a letra, e cotejasse os dizeres, e cheirasse, e apalpassse, não atinava com o calcanhar de Aquiles. Já com dor de cabeça ia pôr de parte o “grilo”, quando Apolo intervém. Um raio de sol entra pela janela e dá de chapa contra o título. Àquela súbita e intensa iluminação o perito pôde vislumbrar as letras d’água com que a fábrica marcara o papel. E lá estava a estrêla da República, naquele documento do século dezessete... Ao trabalhinho e laboratório aliam-se os atos anexos e complementares – violências, subôrno, incêndio de cartórios, sumiço de autos, etc. Porque o “grilo” é proteiforme, e para completar-se sobe à ótica, subornando os teodolitos dos engenheiros. Que prodígios não opera neste campo! O primeiro é substituir a corrente, o podômetro, o teodolito, a trigonometria e o mais por um instrumento só, de alta engenhosidade: o olhómetro. Só o olhómetro merece fé aos “grileiros”, êsse aparelho maravilhoso, de criação nossa e já muito usado pelos governos em estudos estatísticos. Por intermédio dêle mudam-se os cursos dos rios, passa-se um afluente da margem esquerda para a direita, criam-se cachoeiras em sítios onde o nível é manso, e operam-se quantas mais revoluções geográficas se fazem mister à patota. Um “grileiro” possui o nome de um rio que a natureza esqueceu de criar; se consegue localizá-lo, o “grilo” sairá de primeiríssima. E lá vai

êle, com o rio às costas, em procura de colocação... Ao outro fazia grande conta uma cachoeira em tal ponto de certas divisas. O homem não pestaneja: constrói a cachoeira. Há intervenção judiciária. Na vistoria chamam para perito o morador mais antigo das redondezas. O caboclo chega, defronta-se com a cachoeira fantástica e abre a boca. Há cinqüenta anos que vive ali, conhece a zona como a palma da mão – como é que nunca viu aquêle “poder d’água”, barulhento e atravancador? Mas desconfia e, entrando na água, desfaz com dois pontapés a Paulo Afonso de mentira, que lá rola, águas abaixo, transformada em tranqueira de galhaça e cipós... Era “grilo”!...O “grilo” come nas terras apossadas pelos caboclos mal apetrechados contra os percevejos da lei, tanto quanto nas terras devolutas que, engriladas a N., S., L., e O., derretem-se como torrão de açúcar n’água. Calcula uma autoridade no assunto em três milhões de alqueires a área das terras “engriladas” na Noroeste. E êsses milhões caminham para quatro, visto como agora a indústria do “grilo” interessa os altos paredros da política, verdadeiras piranhas em matéria de voracidade. Não há exagêro no cálculo de três milhões, sabendo-se que há “grilos” de 200, 300 e 500 mil alqueires – territórios equivalentes à metade da Bélgica, quase à Saxônia e tamanhos como os antigos ducados e principados alemães!... Verdade seja que êsses “grilos” são os grilos-mães, os 420 da espécie. Um existe de 480 mil alqueires – o rei do clã – notável não só pelo tamanho como pela perfeição da sua gênese. É o grilo recorde, e merece publicidade para lição dos que querem enriquecer depressa, mas andam aí a malbaratar o engenho com patotinhas vagabundas. Baseado em título autêntico, que lhe dava domínio sôbre uns três mil alqueires, resolve um “águia” engrilá-los. Amadurecido o plano estratégico, requer, um dia, cópia dos autos onde vinha a partilha da gleba em questão, delimitada de um lado nestes têrmos: “... e daí, em linha reta de duas léguas, até encontrar o rio tal”. Ao chegar neste ponto, o escrevente do cartório, que tirava a cópia, sofreu uma alucinação ótica e escreveu “vinte e duas” onde rezava “duas”. Mesmo fora das bebedeiras é comum esta visão dupla das coisas, que há de ter em medicina um nome grego. Concluída a cópia, vai ela ao juiz para os sacramentos. Juiz, promotor e coletor, subscrevem-na, depois de lançados o “conferido e consertado” do estilo. Mas nenhum dêles conferiu, nem consertou coisa nenhuma, de acôrdo com a mais louvável das praxes, porque é preciso ter confiança no escrivão, que diabo! E destarte o “grileiro” entrou na posse duns autos tão autênticos perante a lei como os originais. Intervalo de quinze minutos. Um advogado surge e pede vista dos autos originais. Obtém-na e leva para casa o calhamaço. Terceiro quadro: o grileiro denuncia êsse advogado como tendo perdido o papelório. Themis assanha-se e intima o detentor a entregá-los sob as penas da lei: prisão ou reconstrução dos autos perdidos. O bacharel consternado, alega que de fato os perdeu, e segue para o xadrez como um verdadeiro mártir da uruca. É lá, entre grades, antes de meditar Sílvio Pellico e Dostoiewsky, já sente na cabeça o estalo de Arquimedes – Eureka! ... Lembra-se que em mãos de um amigo existe cópia conferida e concertada, e compromete-se a dá-la em troca do raio do original, que o saci (evidentemente o saci!...) lhe furtara da gaveta. Quarto ato: deferimento, soltura, e entrada solene em cartório do “grilo” triunfal! Cai o pano. Reacendem-se as luzes e o “grileiro” de gênio entra na posse de 400 e tantos mil alqueires em vez dos miseráveis três mil primitivos. É ou não um rasgo ianque, mercedor dum filme em oito partes, composto pelos “famous players” da “Lasky Corporation”? A “Paramount” paga entrecchos dêstes a 500 dólares por cabeça, mas fica na dúvida que tenham sido ideados cá pelos mexicanos da América do Sul. Não conhecem os nossos progressos lá fora. Não imaginam o galope do nosso ardego “vorwaerts”. Galope tão grande que já se reflete

na língua. Todos os dias o povo cria palavras novas que dêem medida à evolução da esperteza. Para batismo destes “looping-the-loop” da aviação forense, só entre os bichos que voam encontra o povo analogias competentes: águia, grilo, aguismo. Mas não basta. Há necessidade de formas novas, combinações estapafúrdias, conúbios de rapinantes de alta envergadura com ruminantes de pé ultraligeiro. Só estas cabriolas vocabulares têm fôrça expressiva no caso. Ouvimos, uma vez, em roda onde se comentavam êsses geniais malabarismos, cair em crise de entusiasmo um dos ouvintes; piscou, faiscou os olhos e improvisou êste soberbo jato de impressionismo zoológico, única forma capaz de dizer tôda a imensidade da sua imaginação: – Que cabras-águias!”

**Publicado originalmente na Revista nº 13 jan./abr. 1971, p. 28.*

APOLOGIA DO DIREITO PENAL

ROBERTO LYRA*

Os costumes jurídicos começaram pelos castigos. “A princípio, o Direito foi inteiramente penal” (DURKHEIM). “As primeiras leis foram leis penais” (GARRAUD). “Antes de fixados os direitos foram impostas penas” (ANDRÉ TOULEMON).

O Direito Penal obriga à tomada da corrente que conduz à alta tensão da vida e acorda cedo para acertar o passo por ela. Êle acompanha a trajetória das vicissitudes e expiações, dominando os retrospectos e perspectivas sociais.

A lei penal, como instrumento heróico do instinto de conservação de classe contra o instinto de reprodução social, é a primeira a acusar as mudanças das correlações de forças e dos fundamentos infra-estruturais, da técnica, dos estilos de vida, dos costumes, que são interesses estabilizados ou inertes. “O Código Penal é o espelho fiel das instituições políticas, dos costumes, das idéias morais, sociais e econômicas de um povo” (GARRAUD). “A lei penal é o termômetro que acusa as variações na concepção social da delinqüência” (FLORIAN). “No Direito Penal estão o céu e a terra” (ALIMENA). “Assim como se pode medir ou, ao menos, apreciar o desenvolvimento de uma árvore, medindo sua sombra, pode medir-se ou, ao menos, apreciar uma sociedade por sua criminalidade ou por sua Justiça penal” (ANDRÉ TOULEMON). O Direito Penal é “o banco de prova de toda doutrina social e de toda posição filosófica” (ARTURO SANTORO). “O Direito Penal é o rosto do Direito, no qual se manifesta toda a individualidade do povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza” em suma, onde se espelha a sua alma. O Direito Penal é o povo mesmo, a história do Direito Penal dos povos é um pedaço da psicologia da humanidade. A tarifa da pena é o gradímetro do valor dos bens sociais” (TOBIAS BARRETO).

O Direito Penal visita museus e arquivos, lançamentos e inaugurações. Repercuta em filosofias, religiões, ciências, artes, técnicas. Pela sua porta passa o trânsito universal e enciclopédico, sulcando profundezas e desbravando horizontes.

Há inúmeros livros sobre as idéias penais de DANTE, SHAKESPEARE, VICTOR HUGO, BALZAC, DICKENS, DOSTOIEVSKI, ZOLA, ANATOLE FRANCE e tantos outros que humilham a pretensão doutoral. QUINCEY escreveu um volume sobre o homicídio como uma das belas artes. Nas obras de TOLSTOI, GORKI, AMICIS, SILVIO PELLICO, STHENDAL, D’ANNUNZIO, FLAUBERT, DAUDET, MAUPASSANT, BARRÈS, BOURGET, VIGNY, SHAW, GIDE, ROLAND, DOBLIN, CASONA, BAROJA, CLARIN, SADE, SACHER-MASOCH, BLASCO IBAÑES, CRONIN, SOMERSET, CAMUS, KAFKA e tantos outros, o crime aparece como motivo criador e objeto de estudo. Vêde, entre as contribuições mais recentes, P. SAVEY-CASARD, *Le crime et la peine dans l’oeuvre de Victor Hugo*, Paris, 1956; ANTONIO QUINTANO RIPOLLES, *La criminologia en la Literatura Universal*, Barcelona, 1951.

Um grande mestre brasileiro, Prof. ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, honrou sua ciência com a arte de MACHADO DE ASSIS. A *Arte de Furtar* do padre ANTÔNIO VIEIRA

* Advogado, Promotor de Justiça, Professor, Jurista e político brasileiro. Foi Ministro da Educação no Governo de João Goulart.

deve ser trazida da literatura clássica para o foco social cada vez mais sensível ao descortino religioso. CONFÚCIO identificou os fins da música e os da legislação criminal: “Promover a satisfação comum das aspirações do povo e propiciar uma boa ordem social e política”. Nas velhas tertúlias sobre o fundamento do direito de punir não faltou quem considerasse necessidade estética colocar a justiça no lugar da injustiça (HERBERT, GEYER).

O Direito Penal dá-se com todo o mundo, interessa-se por todos e a todos interessa até à paixão, da mais ignóbil à mais nobre.

Partindo mesmo da visão parcial de um fragmento, todos avaliarão as culminâncias, as imensidades, as profundezas filosóficas, científicas, artísticas e técnicas relacionadas à criminalidade. O homem médio, este “sente” o Direito Penal como uma espécie de jurisdição universal no fóro dos conhecimentos. E não é preciso acionar a afetividade e a fantasia. A esfera experimental, e até propedêutica, vai do infinitamente pequeno ao infinitamente grande, abrangendo a natureza, o homem, a sociedade. Tudo lhe interessa: as relações interplanetárias, as revogações e perspectivas da física nuclear, a fossa trazida das cavernas aos arranha-céus; os novos índices diencefálicos que a substituiriam; o cromossomo, que novas hipóteses biogenéticas subordinam às condições de vida, conjecturando a transmissibilidade do adquirido; o fundo do ser e da consciência que, mal exposto à análise, sofre a ação dos reguladores da vontade, da inteligência e até do sentimento. Não são bem homens os que participam da vida apenas com os sentidos. Os convivas sociais propriamente ditos acionam o coração, quando decifram, nas legendas da letra, do som, da imagem, os sofrimentos e privações de seus *semelhantes*, aos quais deve amor e caridade. Todo indivíduo, na medida de seu egoísmo ou de seu altruísmo, precisa criticar os defeitos da lei e os erros da Justiça, contribuindo para as reparações e reformas. O Direito Penal possui missões para todos. Qualquer caminho conduz ao seu centro – o inferno de prisões e hospitais. Basta concheiar os ouvidos com amor para o gemer dos presos e o clamor dos insanos. Nada, ninguém, pode ser indiferente ao Direito Penal até pelo enderço indistinto de suas normas e pela sujeição de todos aos efeitos da grande criminalidade. Não estão em causa somente as famílias e dependentes de condenados e vítimas. Quem não é, ao menos potencialmente, autor ou vítima? Todos devem atender ao pregão que rompe as fronteiras do tempo e repercute no porvir pelo exemplo e, mais remotamente, pela herança.

O Direito Penal é o mais democrático dos Direitos. Qualquer pessoa poderá prender em flagrante e provocar, ou mesmo promover, ação penal. O Júri, que se compõe de cidadãos, como tais, julga em nome do povo. É o Tribunal Popular.

O Direito Penal é aplicado territorial e extraterritorialmente. O Direito Penal tutela o homem antes do nascimento (contravenção de anúncio de meio abortivo ou anticoncepcional, crime de aborto) e depois da morte (contravenção de inumação ou exumação de cadáver e crimes de impedimento ou perturbação de cerimônia fúnebre, violação de sepultura, destruição, subtração, ou ocultação de cadáver, vilipêndio a cadáver, calúnia contra morto). O Direito Penal foi o primeiro a antecipar-se ao futuro social, cobrando como dever jurídico o altruísmo, ao considerar crime a omissão de socorro. O Direito Penal é a única disciplina jurídica que tem por objeto, diretamente, o homem, em si mesmo, no corpo e na alma, mergulhando na sua personalidade, desde as origens atávicas às previsões do destino. O Direito Penal é o único a situar-se sempre dentro da realidade da natureza e da sociedade, considerando o homem em função do ambiente em que vive e a que há de voltar, dominando e

aprofundando a gênese do crime, suas repercussões no meio, seus inúmeros efeitos de tóda a ordem. O Direito Penal dispõe da liberdade, da honra, do patrimônio, da vida, aviltada, esvaziada e reduzida pela prisão. A pena alcança o futuro pelo labéu. Por tudo isso, os debates e julgamentos criminais acendem as luzes dos cenários, ensinando o Direito ao povo, aproximando-o das tragédias e comédias do crime e do castigo, transformando a curiosidade e até o sadismo em comunhão. Muitas vêzes despercebidamente, perpassa, por todos os casos e fases, a majestade da dor humana.

Os conhecimentos em Direito Penal ilustram as remissões leigas e honram a memória para a vida em geral. Povoam e inspiram a imaginação, excitam e fecundam a inteligência, aquecem o sentimento. São despertadores da alma. São elásticos do espírito. A êles recorre, embora inconscientemente, a razão prática. Ainda para os que se formam por diletantismo ou para os que são forçados pelas circunstâncias à desistência ou ao desvio das atividades jurídicas, arquivando os compromissos e as aquisições com os diplomas, o Direito Penal é o que mais engrandece e empolga a consciência humana, é o que mais desenvolve o civismo, é o que mais mobiliza o senso jurídico. Seus dados aplicam-se a tudo, desde as cogitações filosóficas às conversas mundanas; o Direito Penal é agente provocador incomparável para todos e para tudo. Uma só palavra, como *peculato*, guarda riqueza, tanto vale dizer timo, histórico-cultural. O estudante de Direito Penal, vencendo a ignorância que o faz admirar-se da promiscuidade no bêrço de coisas hoje tão diferentes - *peculato*, pecúlio, pecuniário e pecuária, derivados de *pecus*, recebe, ao mesmo tempo, lições de história e economia.

O Direito Penal é o mais profundo, o mais denso, o mais experiente, o mais sábio, o mais sentido, o mais sofrido. O Direito Penal é o instrumento heróico que condiciona a vida dos demais Direitos, potencialmente pela ameaça e, efetivamente, pela sanção. É o seu pronto socorro nas horas de pânico. O Direito Penal é o Direito-abnegação, o Direito-renúncia, o Direito-sacrifício que, combatendo o crime, trabalha para sua própria destruição, para o desaparecimento de sua razão de ser. Por tudo isso, deve ser o mais querido, o mais compreendido, pela magia da sublimação. É o que assegura margem mais ampla e mais flexível ao talento, à eloqüência, à cultura, à operosidade, à combatividade. Êle fornece a emulsão vivificante ao berçário das vocações jurídicas.

**Publicado originalmente na Revista nº 1 jan./abr. 1967, p. 11.*

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO PENAL ADJETIVO

ROBERTO LYRA*

SUMÁRIO: 1 - *Primado axiológico*. 2 - *Fundo e forma*. 3 - *Conquistas brasileiras*. 4 - *Principais características de nosso processo penal*. I) *Solidariedade internacional*. II) *Atenuação de desigualdades sociais*. III) *Melindres familiares e individuais*. IV) *Iniciativa popular*. V) *Publicidade*. VI) *Defesa*. VII) *Podêres do juiz*. VIII) *Falibilidade do juiz*. IX) *Dupla conformidade*. X) *Relatividade das provas*. XI) *Disciplina das nulidades*. 5 - *Sistemas processuais*. 6 - *Norma processual penal*. 7 - *Ação penal*.

1. *Primado axiológico*. A temática e a problemática importantes do processo penal não estão em teóricas e técnicas e sim na sociedade e nos indivíduos em causas. Os principais cuidados versam sobre o respeito à dignidade humana, o amparo da liberdade contra qualquer restrição não autorizada, expressamente, pela lei (lei propriamente dita), a apuração da verdade e, portanto, a garantia da inocência. Os grandes valores provêm da Constituição, que os recebe do máximo histórico como título de civilização e diploma de cultura. Desde os mais antigos pactos entre governos e povos às epígrafias memoráveis, como *Habeas Corpus*, *Magna Charta Libertatum*, *Charta Baronum*, *Petition of Rights*, Declaração da Independência (1776), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a tônica tutelar vem resguardando a investigação, a instrução, o julgamento, a execução, o reingresso. Daí dogmas jurídico-penais, como definição do crime (*nullum crimen sine lege*); definição da pena (*nulla poena sine lege*); proporcionalidade da pena (*poena commensurari debet delicto*); defesa (*nemo potest inauditus damnari*); decisão favorável da dúvida (*in dubio pro reo* ou *in dubiis reus est absolvendus*); interpretação favorável (*favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*); presunção de inocência (*innocentia praesumitur ante condemnationem*). Estas conquistas não estão sujeitas ao jogo hábil entre o adjetivo político e o substantivo *Justiça*, de que falava RUY BARBOSA. O Código Penal seria o código dos culpados e o Código de Processo Penal o código dos inocentes. “O processo é irmão gêmeo da liberdade” (VON IHERING). Estudá-lo exige mais consciência do que ciência e mais ciência do que técnica.

Que relevância tem, por exemplo, a indagação: a sentença condenatória criminal constitui, declara, determina, dispõe, especifica? Se a pena visa, realmente, a regenerar, a corrigir, não há, a bem dizer, *condenação*. O juiz não opta, inconseqüentemente, entre versões e angulações. Ele apaga ou acende a luz sobre destinos, como responsável moral pela vida ou pela morte.

Sentença e execução não são temas e, muito menos, problemas técnicos. A técnica funcionará, restrita e formalmente, na investigação, no inquérito, na instrução.

* Advogado, Promotor de Justiça, Professor, Jurista e político brasileiro. Foi Ministro da Educação no Governo de João Goulart.

O julgamento é função da vida social como pronunciamento da sociedade sobre membros dela em relações existenciais.

2. *Fundo e forma*: A distinção entre direito substantivo e direito adjetivo surgiu na velha Alemanha para coonestar a limitação dos poderes do parlamento prussiano em matéria orçamentária. Não foi uma criação jurídica, mas um expediente político. A elaboração teórica, além de tudo intoxicada de privatismo, não se libertou da tara trazida do nascedouro prussiano. A forma não pode preterir o fundo.

Diplomas atípicos da imaginação autoritária desdenham de fronteiras, já de si movediças, entre os poderes do Estado. A pretexto de dispor sobre processo, sujeita-se a Justiça à Polícia, ficando esta com os meios e aquela somente com os fins. O *substantivo* perde a substância normativa e até sanções. Substância normativa, porque a substância mesmo vem das bases sociais. Até o insuspeito VON BELING ascendeu das miudezas técnicas para aceitar uma Sociologia Processual Penal.

Com a chamada “visão panprocessualística” (a expressão é de BELLAVISTA), CARNELUTTI pretendeu, recentemente, situar a teoria da pena no direito adjetivo, reservando ao direito substantivo a teoria do crime. Os “técnicos” criticam CARNELUTTI, porque sua “visão” contradiz o direito positivo (BELLAVISTA, DE LUCA, LEONE, PETROCELLI etc.). Assim, reconhecem que as visões teóricas hão de resultar do direito positivo que varia no tempo e no espaço sob a dependência do social. “O complexo das formas da justiça criminal tem refletido, desde as mais remotas origens, o estado social e político da nacionalidade, a vida e as transformações do Estado – colônia, vice-reino, império e República” (JOÃO MENDES).

O erro de CARNELUTTI provém do conceptualismo falsamente científico. A veiedade “técnica” apodera-se da obra alheia que tanto combateu, isto é, a distinção entre uma ciência do crime (Criminologia) e uma ciência da pena (Penologia). E, para degradá-las, porque a chamada Criminologia, no sentido restrito, e a superveniente Penologia, pelo menos, serviam a propósitos evolutivos, com base histórica e, portanto, científica. O próprio QUINTILLANO SALDAÑA, o principal idealizador da separação, apresentou a Criminologia no sentido restrito e a Penologia como “irmãs uterinas”. Ressalvei o sentido restrito dessa Criminologia separatista, porque, no sentido amplo, a Criminologia seria ciência geral. O objeto atribuído a esta – é o que postulo – deverá ser reintegrado no Direito Penal, do qual foi descostelado. Ou a Criminologia será ciência social ou não será ciência. Ora, o Direito é ciência social e um de seus componentes – o Direito Penal – assessorado pela Medicina Legal, cuida de toda a matéria usurpada.

A “visão panprocessualística” constitui, além de tudo, anacronismo, pois o Direito Penal já precisa de outro nome pela crescente superação da idéia de pena, desde o advento das medidas de segurança. CARRARA, na célebre aula inaugural de 1873, exortou os alunos a preferir o estudo do direito processual. Tudo estava por fazer. Os doutrinadores desperdiçaram quase um século, porque sua suposta sistematização foi escamoteada do direito privado, até na terminologia, com o bolor bi-milenário do direito romano. Depois que as necessidades didáticas fundiram teoria e prática, incorporando à congêrie o esquemário administrativo da organização judiciária, policial, carcerária, tivemos na doutrina a *mediocritas, nemmeno aurea*. Ela perdeu de vista a natureza, o objeto, o fim do processo penal e sua função pública por excelência. O processado e julgado é um homem, mas os tratados e compêndios como que o afogam em categorias processuais – acusado, réu, pronunciado, condenado

etc. As expressões - paciente e agravado - revelariam auto-crítica do agente oculo, do agravante pessoal. E o executado? Executa-se a sentença, mas, à imagem da execução do homem como homem, quem sofre a pena é sempre executado.

3. *Conquistas brasileiras*: O Código de Processo de 1832 (MANOEL ALVES BRANCO), como o Código Criminal de 1830, honrou nossas primeiras responsabilidades nacionais na construção monumental do Direito. Esta obra do gênio liberal, avançada e sensível, foi conquista da revolução brasileira, de 1831, logo traída. "Luminoso e tonificante raio de liberdade organizada" (CLÓVIS BEVILÁQUA). Substituiu o processo inquisitório do livro quinto das ordenações filipinas pelo processo acusatório. Extinguiu as devassas. Jurisdicionizou as faixas do arbítrio policial. O chefe de polícia passou a ser um juiz de direito. Criou o Ministério Público. As garantias do *habeas corpus* e do Júri receberam grandes linhas de efetividade e consequência. O Código de 1832 vigorou até 1841 em todo o país, como primeira realização de um Código processual nacional.

O esforço unitário para a homogeneidade das regras do processo penal foi retomado pelo Código de 1941. No século decorrido da vigência do Código Alves Branco - 1841-1941 - atuaram normas estaduais, até extralegais. O Código de 1941 facilitou as adaptações às realidades estaduais e admitiu provimentos supletivos dos regimentos dos tribunais, aliás de duvidosa constitucionalidade. A aplicação e a execução das sanções dependem, em regra, dos Estados (órgãos jurisdicionais, aparelhamento judiciário, policial, prisional, assistencial, etc.). A unidade jurídica, para consumar a igualdade perante a lei, é prejudicada pela multiplicidade dos Brasis sociais em que ainda nos dividimos.

Os autores do projeto foram VIEIRA BRAGA (Minas Gerais), NELSON HUNGRIA (Minas Gerais), NARCÉLIO DE QUEIROZ (Ceará), ROBERTO LYRA (Pernambuco), FLORÊNCIO DE ABREU (Rio Grande do Sul), CÂNDIDO MENDES (do então Distrito Federal).

As Constituições são mais minuciosas com as garantias do que com os direitos individuais. Êstes seriam apenas falsas legendas ou ênfases programáticas sem o exato e pronto cumprimento. A Constituição Federal de 1967, apesar do pecado original e da tendência autoritária, prestou à democracia estas continências: "Art. 150, § 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública. § 12 - Ninguém será prêso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará se não fôr legal. - § 13. Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena. - § 14. Impõe-se a tôdas as autoridades a respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário. - § 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com as recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção. - § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu. - § 17. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel, ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar na forma da lei. - § 18. São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. - § 19. Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, a de brasileiro. - § 20. Dar-se-á,

habeas-corpis sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas-corpis*. § 21. Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpis*, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

A lei ordinária vem estendendo, a meu ver inconstitucionalmente, a noção do flagrante delito, a pretexto de “flagrante presumido” e “quase-flagrante”.

Os juízes e tribunais poderão expedir, de ofício, ordem de *habeas corpis*, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (art. 654, § 2.º do Código de Processo Penal); será condenada nas custas a autoridade que, por má-fé, ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação (art. 653); será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade da autoridade (art. 653, parágrafo único); o carcereiro, o diretor da prisão, o escrivão, o oficial de justiça, a autoridade judiciária e policial que embarçar ou procrastinar a expedição de ordem de *habeas corpis*, as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação da paciente, ou a sua soltura, serão multados, sem prejuízo das penas em que incorrerem (art. 655); o detentor será prêso e processado, se desobedecer à ordem de apresentação do paciente (art. 656, parágrafo único); havendo empate e tendo o presidente tomado parte na votação, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente (art. 664, parágrafo único).

A legislação sobre direito processual e normas gerais de regime penitenciário compete à União (art. 8.º, n.º XVII, letras *b* e *c* da Constituição Federal). É delegável a legislação a respeito. Só a matéria substantiva foi excluída (art. 55, n.º II).

A expressão – *na forma* – não significa apenas a tramitação regular, mas o rigor sacramental de que depende a realidade mandamental. O declaratório subordina-se ao assecuratório e atributivo. Do contrário, não se chegaria ao executivo, sem o qual não há norma jurídica, mas preceito alegórico e inoperante.

4. *Principais características de nosso processo penal.* I) *Solidariedade internacional.* O Código de Processo Penal honrou a tradição brasileira de cooperação internacional, respeitada sempre a soberania nacional. O livro V versa sobre as relações jurisdicionais com autoridades estrangeiras. Vêde o art. 150, § 19, da Constituição Federal. O Estado estrangeiro não *requisita*, mas pede. Na linguagem comum, há sinonímia, embora imperfeita, entre requisitar e pedir. Na linguagem jurídica, sobretudo jurídico-penal, requisição implica exigência e, portanto, hierarquia incompatível com a soberania nacional. A sentença penal estrangeira poderá produzir efeitos no Brasil, depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 114, n.º I, letra *g*, da Constituição Federal e arts. 7.º e § único e 78 § 3.º do Código Penal e art. 757, *ex-vi* do art. 760 do Código de Processo Penal) e, independentemente de homologação, nos casos dos arts. 6.º, 34, 46, 57, n.º I, do Código Penal e arts. 7.º e 11 da Lei das Contravenções Penais. Não há execução da sentença, mas seu reconhecimento, direto ou indireto, para a produção de certos e determinados efeitos secundários.

II) *Atenuação de desigualdades sociais.* O Código de Processo Penal contém disposições que visam a atenuar desigualdades sociais: em relação à proteção judicial ao pobre (arts. 32, 68, 806, §§ 1.º e 2.º), à sua defesa (art. 263, § único), à fiança (art. 350). Sobre a fiança de rico, vêde o parágrafo único do art. 325.

III) *Melindres familiares e individuais.* Os melindres familiares e individuais são preservados (exs. arts. 206, 233, 248, 249). Sobre segrêdo – art. 207.

IV) *Iniciativa popular*. Qualquer pessoa tem a faculdade de: a) promover ação penal por crime de responsabilidade; b) de modo geral, inclusive no silêncio de lei especial, provocar a instauração de inquérito policial por crime de ação pública (art. 5.º, § 3.º) e a ação penal (art. 27) por crime de ação pública; c) de prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (art. 301), sendo que, tratando-se de contravenção, o auto respectivo estabelece o início da ação penal (arts. 26 e 531); d) de impetrar *habeas corpus*, em seu favor ou de outrem (art. 654).

V) *Publicidade*. A regra é a publicidade do processo. Vêde as exceções dos arts. 20 e 792.

A publicidade, que interessa aos indivíduos, como acusados e vítimas de crimes, não é a extrajudicial e sim a que se traduz por citações, intimações, “cientes”, audiências com dia, hora e lugar prefixados e a portas abertas, publicação das decisões e atos, tudo na forma da lei. Esta, a publicidade que o povo conquistou em lutas históricas contra as instâncias clandestinas e secretas. Esta, a publicidade que condiciona a validade do processo, assegurando a fiscalização dos interessados diretos e indiretos. O sensacionalismo publicitário, êste é criminógeno e até criminoso. Ainda que estivesse sempre a serviço da verdade e do bem, poderia prejudicar o inquérito, a investigação, a instrução, o julgamento, o recurso, a execução, o reingresso.

É claro que os trâmites e resultados serão obrigatoriamente divulgados e livremente apreciados.

Os crimes devem ser provados e os criminosos julgados com a severidade ou a indulgência merecida em atmosfera serena, equilibrada, fechada às excitações e incitações publicitárias.

São excepcionais os casos sigilosos. A liberdade de crítica e informação sofrerá apenas nos estritos limites da legítima necessidade pública.

VI) *Defesa*. Não é a absolvição do culpado, mas a condenação do inocente, que afeta os fundamentos jurídicos, desacredita a Justiça, alarma a sociedade, ameaça os indivíduos, sensibiliza a solidariedade humana. Não há revisão do êrro que absolve e sim do êrro que condena. Mais do que direito individual, a defesa é dever público inscrita, historicamente, entre as prerrogativas humanas. Não se trata apenas de integrar o contraditório, como pretende a “técnica” marginal e rastejante. Deve assegurar-se, efetivamente, a defesa com todos os meios e recursos e seus corolários: presunção da inocência, até sentença fundamentada de juiz garantida e responsável; proibição da *reformatio in peius* (art. 617); prevalência da decisão mais favorável (art. 615, § 1.º *in fine*); benefício da dúvida, mediante defesa (*habeas corpus*, mandado de segurança, embargos infringentes e de nulidade). Há outros recursos privativos da defesa: *habeas corpus*, mandado de segurança, protesta por nôvo júri.

Seja qual fôr o seu crime, nenhum acusado, mesmo o confesso, pode dispensar a defesa. O revel, o foragido, o homisiado há de ser defendida em tôdas as fases de todos os processos. O juiz poderá suprir as inépcias e punir as negligências do defensor (art. 265). Fixando a autoria do culpado, o juiz impede que a pena passe da pessoa do criminoso.

VII) *Poderes do Juiz*. O juiz é plenipotenciário no processo penal, concentrando sempre a iniciativa e a intervenção, ordenando provas e diligências, sem preclusão até a sentença (arts. 407, 497, n.º XI). Corrige a chicana, a cavilação, a alicantina, o verbalismo sófístico e protelatório. Dispõe de sanções processuais, inclusive prisão. O

chamado pensamento do legislador foi sub-rogado à plenitude jurisdicional assistida pela confiante margem de arbítrio proporcionada à consciência do magistrado.

O juiz aprecia, livremente, as provas e as definições jurídicas. Pode condenar *ultra et extra il petitem* e proporcionar outros enquadramentos. O juiz, como órgão da plenitude jurisdicional, pode condenar, apesar do pedido de absolvição, e aplicar pena mais grave do que postulada (artigos 383 a 385).

VIII) *Falibilidade do juiz*. O Código de Processo Penal reconhece a falibilidade do juiz e mesmo de tribunal togado em acórdão unânime quanto a matéria jurídica. Assim, cabe recurso de revisão da sentença condenatória ou acórdão confirmatório até depois da morte do condenado pelo pressuposto da inobservância da evidência da lei. Portanto, não só pelo pressuposto de grosseiro erro de fato, também de grosseiro erro de direito (art. 621, n.º I).

A multiplicidade de recursos, inclusive *ex officio*, advertências, formalidades, fiscais, assessores, ciências, vistas, citações, intimações, notificações, além da publicidade, revelam os cuidados contra erros e abusos do juiz. É a cobertura prudente para os poderes do primeiro dos sujeitos do processo, além dos deveres e responsabilidades especiais.

Nos tempos da “Justiça” absoluta a sentença “convencia” o réu, e este era condenado à “penitência”. O “suspeito” era coagido à confissão pela tortura. Mesmo inocente, não podia duvidar da infalibilidade dos juizes. O juiz passou a ser o convencido, o convicto e, para tanto, precisa de conhecer o homem cada vez mais condicionado pela sociedade.

IX) *Dupla conformidade*. Assegura-se a dupla conformidade na prestação jurisdicional: juízo singular e colegiado superior e, no caso do Júri, pronunciamento em duas instâncias coletivas. Ninguém será condenado por um só juízo em instância única, salvo se se conformar com a decisão.

X) *Relatividade das provas*. Não há hierarquia das provas. Todas as provas são relativas, inclusive a confissão. Vêde os arts. 157 e 197.

XI) *Disciplina das nulidades*. Nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo. Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade. O juiz deve prover imediatamente à eliminação da nulidade, renovando ou retificando o ato irregular, se possível. Ainda que não o faça, a nulidade considera-se sanada: a) pelo silêncio das partes; b) pela efetiva consecução do objetivo visado pelo ato, não obstante sua irregularidade; c) pela aceitação, ainda que tácita, dos efeitos do ato irregular.

Foi superada “a formalística ridícula de chicanas e rabulices, a anulação de processos até porque não consta dos autos ter o beleguim tocado o badalo ao abrir a audiência ou não ter o escrivão copiado os termos do formulário com todos os seus pontos e vírgulas” (VIVEIROS DE CASTRO). A supressão do *excesso* de formalismo não afeta o formalismo, o processo mesmo.

5. *Sistemas processuais*. No sistema inquisitório inerente aos velhos e novos absolutismos, o juiz acumula a função de acusador contra a regra - *ne procedat iudex ex officio*; a ação pode ter início até mediante delação anônima; a defesa é limitada e vinculada; a prova é tarifada; a prisão preventiva é a regra. O sistema acusatório caracteriza-se pela oralidade, pela publicidade, pela exigência de acusador diverso

e distinto do juiz (*nemo iudex sine actore*) que se ache acima das partes; pela regra da liberdade até a condenação definitiva e, portanto, pela excepcionalidade da prisão preventiva. O sistema processual brasileiro é acusatório. Perdura, porém, exceção: a iniciativa da ação pelo juiz, embora circunscrita ao processo sumário para contravenção e logo restituída ao Ministério Público e com a garantia do contraditório *ab initio* e a luz da publicidade. Mesmo nesse caso, o juiz não é o *dominus* da ação. Portanto, o juiz não é, ele mesmo, o acusador, como no processo inquisitorial. Sua iniciativa participa, excepcionalmente, da atividade jurisdicional exercida por pessoa distinta e diversa. É um caminho brasileiro para contrôlo judicial, inicial e direto, sem os males do juizado da instrução e sem o administrativismo do processo monitorio, da oblação voluntária, do processo por decreto nas “pequenas infrações”. O gênio brasileiro repudiou sempre o processo instrumental e mediador e procura, cada vez mais, o essencial e o finalístico.

6. *Norma processual penal.* A distinção entre a norma penal e as demais sanções jurídicas só se torna inconfundível quando a aplicação cabe a juiz, segundo regras peculiares de processo. Não basta a cominação de pena. Outras normas jurídicas irrogam pena, inclusive prisão. Há até norma penal sem pena e mesmo sem crime (arts. 14 e 27 do Código Penal).

A norma processual penal, pela natureza da função jurisdicional e das relações que disciplina, é de direito público.

É *comum*, quando abrange todos os sujeitos que se achem em sua esfera de aplicabilidade, e *especial*, quando tal esfera é limitada, *intuitu personae* ou *ratione materiae*; é *geral*, quando obedece aos princípios de um mesmo sistema processual, e *singular*, quando dêle se afasta, contra *temnorem rationis*, *propter aliquam utilitatem*; é *permanente*, quando vige por tempo indeterminado, e *temporária*, quando vige por tempo determinado, e, *excepcional* quando vige em certas conjunturas, como guerra, revolução, calamidades, etc.

A regra é a aplicação da lei vigente no lugar do crime (*locus commissi delicti*). *Ubi facinus admissum ibi est poena plectendum*.

A lei processual penal aplica-se imediatamente (*tempus regis actus*), mas a bem da economia processual, continuam válidos os atos realizados sob a vigência da lei anterior. A lei processual penal comporta interpretação extensiva, aplicação analógica e a potencialidade normativa suplementar dos princípios gerais de direito (art. 3.º). Em caso algum, a extensão e a analogia poderão restringir a liberdade, que é a regra democrática. As exceções hão de ser sempre expressas e exclusivas, sobretudo quando afetam direitos e garantias individuais. Para participar do império da norma expressa, a extensão e a analogia hão de manter com esta relação de homogeneidade. Se não há solução analógica (*similibus ad similia*), o juiz recorrerá aos chamados princípios gerais de direito. Assim, ele não pode repetir o *non liquet* do pretor romano.

7. *Ação penal.* No direito brasileiro, o chamado *jus puniendi* e o *jus actionis* constituem direitos subjetivos e substantivos. O *direito à ação* com sua titularidade é substantivo (arts. 102 e 107 do Código Penal). A forma, isto é, o processo para o exercício desse direito consta da lei adjetiva que ritualiza a ação. Em geral, no Código de Processo Penal. Tal *ação* obedece a qual *processo*. A palavra processo de *procedere* exprime mecanismo em movimento. Na linguagem forense diz-se mover ação, andar, correr, ação em curso, etc. O direito à ação pertence, em regra, ao poder executivo. Há exceções (ação privada). O direito de punir, como o de absolver, cabe ao poder

judiciário. Mediante a ação pública, o poder executivo exerce não o direito de punir, mas o de fazer punir, sujeitando a acusação ao órgão jurisdicional. É o que também faz o indivíduo mediante a ação privada. E a tanto reduz-se a *voluntas quaerelandi*.

O Ministério Público representa o poder executivo, como parte *sui generis* obrigada à imparcialidade para que o culpado seja punido (*impunitum non relinquitur*) e o inocente não seja condenado (*innocentem non condemnari*). Por isso, o Ministério Público que, antes e acima de parte, é promotor e fiscal da execução da lei (art. 257 do Código de Processo Penal), será mesmo “promotor de justiça”, quando, justificadamente, deixar de promover a ação penal ou de recorrer, pedindo absolvição, etc. Ora, se é o órgão da lei e fiscal de sua execução, e a lei determina a absolvição em certos casos, quando ocorrer qualquer dêles, o promotor público, não somente pode, como deve, exatamente para a execução da lei, demonstrar a inocência e pedir a absolvição.

Ainda quando privada a ação, predomina o interesse público em seu exercício para o emprego das armas legais contra as retaliações.

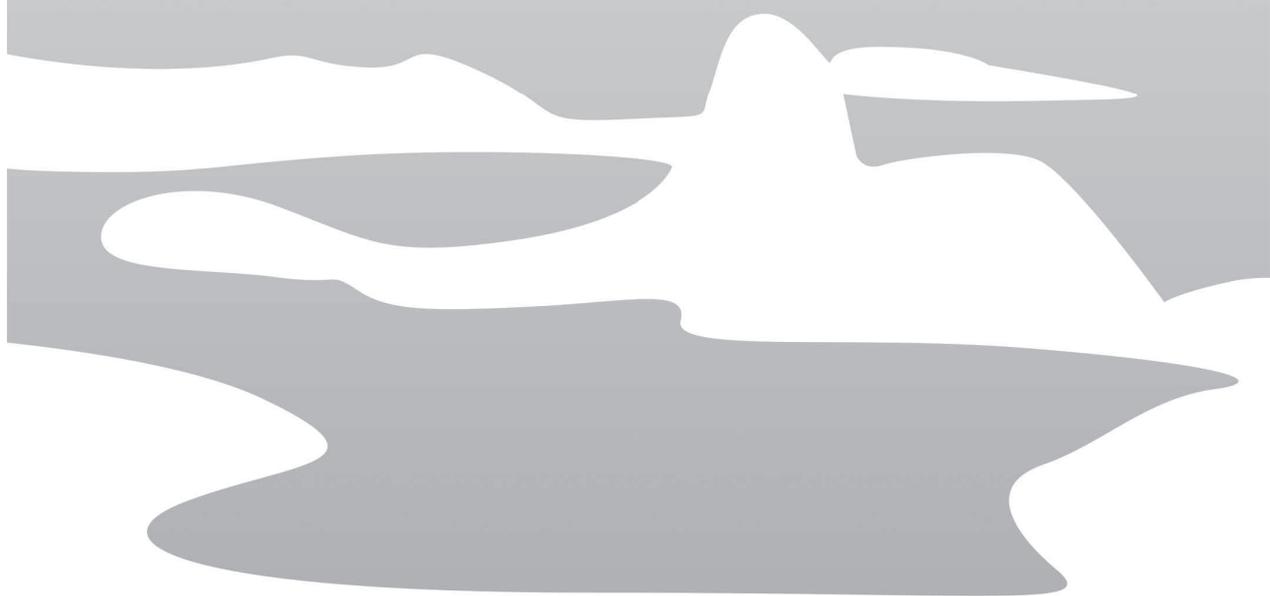
O julgamento e não a ação, é divisível (arts. 48, 413, § único, 461).

Nem o Ministério Público, nem o querelante pode incluir ou excluir concorrentes ou processá-los em separado, todos abrangidos pela fórmula monística do art. 25 do Código Penal (arts. 49 e 51).

O Ministério Público tem o mesmo poder de *requisição* atribuído ao juiz (arts. 5.º n.º II, 47), funcionando com autoridade e independência, quer relação ao juiz, quer em relação à autoridade policial.

**Publicado originalmente na Revista nº 10 jan./abr. 1970, p. 6.*

Direito Processual Penal



A IMPUTAÇÃO ALTERNATIVA NO PROCESSO PENAL**

AFRÂNIO SILVA JARDIM*

I – Considerações gerais

A candente advertência de *Carnelutti* sobre a “*negligencia en torno al concepto de la imputación*” data de 1948.¹ Passadas três décadas, nada obstante, tem ela perfeita atualidade, pois a doutrina não vem demonstrando maior preocupação com o estudo teórico da imputação no processo penal.

A toda evidência, não pretendemos suprir esta lacuna. Este não é o nosso escopo. Neste trabalho pretendemos estudar tão-somente a tormentosa questão da imputação alternativa. Vale dizer, estreitamos ainda mais o objeto de nosso estudo.

Se a imputação como categoria genérica não mereceu um tratamento doutrinário mais profundo, que dizer da imputação alternativa, que importa numa abordagem específica e de detalhamento.

Aqui, a doutrina é quase nenhuma.

Desta forma, se acentuam as nossas dificuldades, à míngua de fonte bibliográfica mais extensa. Os autores que tratam do tema, o fazem de forma indireta ou de passagem. Aproveitamos tal circunstância para, desde logo, justificar os nossos equívocos e imprecisões no trato de tema ainda não desbravado.

Importa salientar, outrossim, que o campo em que nos moveremos tem a sua delimitação vinculada à ação penal condenatória, o que não impede, entretanto, que muitos dos conceitos aqui emitidos se apliquem às outras espécies de ações penais.

Nas ações penais não condenatórias, assim como nas ações civis, a rigor, não há, necessariamente, uma imputação no sentido próprio. Nestas a *causa petendi* é composta pela alegação de um fato ou ato jurídico constitutivo do direito afirmado pelo autor. Em tais ações não se exige a *atribuição ao réu de uma determinada conduta*. Em outras palavras, a pretensão processual não decorre da imputação. Note-se, porém, que não estamos dizendo que nas ações penais não condenatórias não possa haver uma imputação, mas apenas que ela não lhes é essencial, e sim acidental ou eventual.

2 – Conceito de imputação

Tratando-se de ação penal condenatória, o seu exercício pressupõe a formulação de uma acusação. Esta se compõe basicamente de dois elementos: a imputação e o pedido de condenação. Imputação e pedido de condenação formam a acusação.²

* Afrânio Silva Jardim é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Mestre da Universidade Gama Filho - UGF. Livre-Docente da Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ em Direito Processual. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho - UGF. Professor- Adjunto da Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ e Faculdade Cândido Mendes de Direito Processual Penal. Professor convidado da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - FEMPERJ e Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

** Tese apresentada no VI Congresso Nacional do Ministério Público realizado em São Paulo. Junho de 1985. 1 Trabalho publicado na “*Rivista di diritto processuale*”, nº 1, p. 203 e no livro intitulado *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1961, trad. S. *Sentis Melendo*, pp. 135/141.

2 JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Processual Penal*, S. Paulo, 1980, Saraiva, 2º vol., p. 55.

Dissemos alhures que o pedido do autor funciona como o objeto do processo, sendo uma manifestação de vontade dirigida à autoridade judiciária, requerendo uma atividade determinada. Conforme magistério de LIEBMAN, invocado naquela oportunidade, todo o desenvolvimento do processo consiste em dar ao pedido o devido seguimento. Através do pedido, procura o autor fazer valer a sua pretensão sujeitando o réu ao processo. Exige o autor a prevalência de seu interesse, funcionando o pedido como exteriorização de uma determinada pretensão cujos contornos são delimitados pela imputação ou causa de pedir.³

Tendo em vista que o pedido na ação penal condenatória é sempre genérico, será a imputação que irá fixar o *thema decidendum*, ou seja, a própria extensão da prestação jurisdicional. Por isso, está integralmente certo o mestre JOSÉ FREDERICO MARQUES, quando assevera:

“Na acusação, o que deve ficar perfeitamente caracterizado é o fato delituoso, uma vez que a sanção a ser imposta depende da qualificação jurídica dada a esse fato.

Isto significa que a acusação contém pedido não específico no que tange com a graduação da pena e imposição de outras sanções cabíveis.

Há, assim, verdadeiro pedido genérico na acusação.

*A denúncia contém pedido, na realidade, de aplicação da **sanctio juris** devida e adequada para o fato delituoso que a acusação descreve”.*⁴

Na denúncia, esclarece o professor TOURINHO FILHO, o órgão do Ministério Público pede a condenação do réu. E, para pedi-la, obviamente, lhe deve imputar a prática de um crime. O fato criminoso, pois, é a razão do pedido de condenação, a *causa petendi*.⁵

A imputação, destarte, é a atribuição ao réu da prática de determinadas condutas típicas, ilícitas e culpáveis, bem como todas as circunstâncias juridicamente relevantes.⁶

Não nos parece correto dizer que a acusação penal limita-se à descrição de um fato típico e ao pedido de condenação. O artigo 41 do Cód. Proc. Penal exige que a denúncia ou queixa contenha “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”, razão pela qual três hipóteses podem ocorrer:

a) o autor da ação, ao narrar os fatos circundantes da ação principal, faz uma imputação de conduta “criminosa”, como quer a lei, ou seja, tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A acusação é apta;

b) o autor narra somente a conduta principal, sem descrever as suas circunstâncias, que permitiriam examinar, em tese, a sua ilicitude e culpabilidade. Nesta hipótese, a peça acusatória deverá ser rejeitada por inépcia (art. 41, c/c. 564, inc. IV);

c) o autor, ao narrar as circunstâncias da conduta típica, acaba por atribuir

3 AFRÂNIO SILVA JARDIM, *Reflexão teórica sobre o processo penal*, trabalho a ser publicado na “Revista de Direito da P.G.J. do ERJ” e na “Revista de Direito Penal e Criminologia”, nº 36, editada pela Forense.

4 *Elementos de direito processual penal*, Rio, 1961, Forense, 2º vol., p. 152.

5 *Processo penal*, S. Paulo, 1982, Saraiva, 6ª ed., 1º vol., p. 335.

6 Sobre o conceito de imputação, Cfr. FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, 2.º vol., p. 153; Carnelutti, no trabalho citado na 1ª nota e GAETANO FOSCHINI, *Sistema del diritto processual e penale*, Milano, 1965, *Giulfrè*, 2ª ed., 1º vol., p. 93/94.

ao réu uma ação lícita ou não reprovável e, neste caso, a peça acusatória não deve também ser recebida, nos termos do art. 43, inc. I, do Cód. Proc. Penal.

Concordamos mais uma vez com o prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES – autor que melhor tratou da matéria em nossa pátria – quando assevera que o “fato imputado consiste na descrição das modificações do mundo exterior relevantes para o Direito Penal e tudo que possa individualizá-lo. Integra, assim, o fato imputado todas as circunstâncias incidentais que sirvam para individualizar o caso concreto”.⁷

Julgamos, ainda, que, além das “modificações do mundo exterior”, também deve conter a imputação o conteúdo da vontade do autor da ação, dado indispensável para a configuração da sua tipicidade subjetiva. Embora o elemento volitivo se extraia dos fatos físicos, que servem para indiciá-lo, com eles não se confunde.

Note-se, ademais, que para a admissibilidade de acusação não basta a imputação de uma conduta típica, ilícita e culpável. É necessário que ela venha alicerçada por suporte probatório mínimo destes elementos, que deverão se encontrar no inquérito ou nas peças de informação. Veja-se a respeito o que deixamos dito no nosso trabalho intitulado “*Arquivamento e Desarquivamento do Inquérito policial*”, publicado na “*Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio*” de n.º 19.

Cabe aqui um reparo à regra do art. 41 do Cód. Proc. Penal. A rigor, a denúncia deve conter mais do que uma mera “exposição” do fato criminoso com todas as suas circunstâncias. A peça acusatória deve conter uma imputação deste fato, vale dizer, *o autor deve atribuí-lo ao réu*. A mesma crítica vale ao artigo 229 do Projeto que se encontra em tramitação no Congresso Nacional.

Em verdade, consoante ensinamento de FREDERICO MARQUES, “a descrição do fato delituoso não é o conteúdo da imputação e sim o modo de especificar o seu objeto. A imputação não é a descrição, mas o ato de atribuir a alguém um fato que deve ser necessariamente descrito”.⁸

Ainda na esteira do mestre paulista, podemos afirmar que a imputação se compõe dos seguintes elementos: a) descrição de fatos; b) qualificação jurídico-penal desses fatos; c) a atribuição dos fatos descritos a alguém.

3 – A relevância da imputação no processo penal

Na medida em que o pedido na ação penal condenatória é sempre genérico, conforme vimos acima, assume especial relevo a imputação no processo penal. Ela é o elemento que serve para a identificação das ações, seja no plano da litispendência, seja para efeito da coisa julgada.

Por outro lado, é a imputação que delimita a prestação jurisdicional, sendo imperativo que haja perfeita correlação entre a acusação e a sentença. Neste particular, se apresenta indesejável a regra do artigo 384, *caput*, do Cód. Proc. Penal, cuja constitucionalidade é duvidosa.

A exigência de imputações certas e bem delimitadas tem estreita ligação com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no processo (art. 153, §§ 15 e 16, da Const. da República). Para que tenhamos um processo regular, é

⁷ *Elementos*, loc. cit., p. 242.

⁸ *Elementos*, loc. cit., p. 237.

indispensável que o réu saiba de que conduta ou condutas está sendo acusado, a fim de que possa eficazmente se defender.

É de relevo acentuar que a imputação refere-se não só à autoria imediata ou material, como também a todas as condutas penalmente relevantes. Em outras palavras, a peça acusatória deve conter imputação precisa também da autoria mediata e de todas as ações que caracterizem uma determinada forma da participação. Sobre este particular, remetemos o leitor para o trabalho de FREDERICO MARQUES denominado “Da acusação de co-autoria”.⁹

De tudo isto decorre que a aceitação da chamada imputação alternativa deve resultar da constatação de que ela não viola todos estes princípios informadores do processo acusatório moderno. A sua admissibilidade deve ficar restrita às hipóteses que serão explicitadas posteriormente.

Lamentavelmente, o vigente Cód. Proc. Penal, através do seu artigo 384, além de dispensar o aditamento da denúncia quando houver *mutatio libelli* para beneficiar a defesa (regra que pode, no caso concreto, criar prejuízos irreparáveis para o acusado), chega a admitir a inusitada imputação implícita. Se o fato novo, surgido da prova colhida na instrução, estiver “contido implicitamente” na denúncia, mesmo que a desclassificação importar em pena mais grave, o legislador dispensou o aditamento.

Interessante notar que o reconhecimento desta forma implícita de realizar uma imputação no processo penal não tem merecido maiores críticas de nossa doutrina, parecendo, por uma questão de coerência, que ela também não se opõe à imputação alternativa, pelas razões expostas por LUIGI SANSÒ, abaixo transcritas:

“Inammissibilità di una imputazione implicita non significa, peraltro, inammissibilità di una imputazione alternativa. La imputazione implicita è una non imputazione; la imputazione alternativa è una imputazione esplicita”.

*“I fatti hanno da essere chiaramente descritti, chè, altrimenti, non v’ha una imputazione alternativa, ma una no Imputazione”.*¹⁰

4 – A imputação alternativa

Diz-se alternativa a imputação quando a peça acusatória vestibular atribui ao réu mais de uma conduta penalmente relevante, asseverando que apenas uma delas efetivamente terá sido praticada pelo imputado, embora todas se apresentem como prováveis, em face da prova do inquérito. Desta forma, fica expresso, na denúncia ou queixa, que a pretensão punitiva se lastreia nesta *ou* naquela ação narrada.

Por outro lado, como veremos mais adiante, a alternatividade também pode-se referir ao sujeito ativo da infração penal, acarretando um litisconsórcio no pólo passivo da relação processual penal.

Como se percebe, a imputação alternativa é resultante de um quadro probatório relativamente incerto constante do inquérito policial. Afastamos a possibilidade de imputação alternativa lastreada em meras peças de informação. Neste caso, se há

⁹ Sobre este tema particular, remetemos o leitor ao trabalho de FREDERICO MARQUES, “Da acusação de co-autoria”, constante de seus *Estudos de direito processual penal*, Rio, 1960, Forense, pp. 149/151.

¹⁰ *La correlazione tra imputazione contestata e sentenza*, Milano, 1958, Giuffrè, pp. 299 e 300.

dúvida relevante, deverá ser requisitada ou requerida a instauração do inquérito policial, a fim de que o estado de incerteza possa ser removido.

Estando encerradas as investigações policiais, não havendo qualquer diligência a ser realizada, cumpre ao titular da ação penal formular a sua *opinio delicti*. Tratando-se de ação pública, informada pelo princípio da obrigatoriedade, deve o Ministério Público oferecer denúncia no prazo legal, desde que presentes as condições exigidas pelo sistema processual para o regular exercício da ação. Entrementes, casos há em que, embora não seja hipótese de arquivamento, perdura dúvida razoável sobre qual conduta fora realmente praticada pelo indiciado, ou qual indiciado praticou determinada conduta. Temos prova no inquérito de que se o indiciado não praticou esta conduta penalmente relevante fatalmente deve ter praticado aquela outra.

Para melhor ilustrar o que viemos de dizer, pomos um exemplo: suponha-se que um automóvel tenha sido roubado. Dois dias após, o indiciado é surpreendido dirigindo o veículo em circunstâncias absolutamente suspeitas. Ao depor no inquérito, entretanto, o indiciado nega a autoria do roubo, confessando que comprara o carro de um desconhecido, sabendo de sua origem criminoso. A descrição física do autor do roubo, feita pelo proprietário do automóvel, coincide com os caracteres do indiciado, que está respondendo a três processos pela prática de outros roubos de carros. Uma testemunha, que poderá esclarecer sobre a duvidosa autoria, somente retornará ao país dentro de quarenta dias.

Diante deste quadro probatório, o Ministério Público ofereceria denúncia imputando ao indiciado a prática do roubo do veículo ou da receptação dolosa. Uma só acusação, embora feita de forma alternativa. Aqui, o reconhecimento, por parte do juiz, de uma das condutas narradas na denúncia importará, necessariamente, na rejeição da outra conduta.

Salvo o Professor FREDERICO MARQUES, os autores pátrios não estudaram o tema que ora nos ocupa. O próprio mestre paulista nele não se aprofundou. A doutrina estrangeira também não é abundante nesta matéria. Normalmente, ela vem tratada de forma indireta, como possível solução para a questão da *determinación alternativa* ou *accertamento alternativo*, diante do princípio do *in dubio pro reo*.

Por este enfoque é que o moderno penalista alemão HANS-HEINRICH JESCHECK chega a aceitar expressamente a imputação alternativa, malgrado inexistir, no ordenamento positivo daquele país, regra expressa autorizando-a. Vamos aos ensinamentos do grande jurista tedesco, posto que longo o texto a ser transcrito:

“Existen otros casos, en cambio, en los que según el conocimiento del juez resulta evidente que el acusado, caso no haber cometido el hecho que se le acusa y que de acuerdo con el principio in dubio pro reo tuviera que haber asuelto, necesariamente debe haber cometido otro hecho determinado, cuya existencia, sin embargo, depende de que no haya cometido el primero. La cuestión es la de si puede castigársele por este otro hecho.”

*“Un caso especial de determinación alternativa es la **alternatividad simple de los hechos**: aquí está clara la ley penal aplicable; no se sabe, sin embargo, con que clase de acciones ha sido infringida por el reo.”*¹¹

11 *Tratado de derecho penal*, Barcelona, 1981, ed. Bosch, tradução de Mir Puig e Muñoz Conde, vol. 1º, pp. 195 e 196.

Após fazer um breve balanço na jurisprudência alemã, JESCHECK examina o aspecto processual do problema, tornando claro que admite a imputação alternativa, *in verbis*:

“Tanto el principio in dubio pro reo como el problema de la determinación alternativa son cuestiones que interesan sobre todo al Derecho Procesal, pues en realidad se trata de resolver el problema de hasta qué grado deben determinarse las pruebas de los hechos suscitadas en el proceso para poder basar en ellas una condena.”

“La seguridad jurídica en el ámbito procesal es decisiva para proteger el acusado. Por ello debe destacarse especialmente que la dos alternativas posibles estén ya fijadas en la querela y en la solicitud de apertura del juicio oral (§§ 264, 266 StPO) y que en caso necesario se indique al acusado la posibilidad de la condena alternativa (§ 265 StPO).”¹²

Não deve impressionar a circunstância de o titular da ação penal tornar explícita a sua dúvida em relação a qual conduta efetivamente o acusado praticara. A dúvida a isto se resume, pois há firme convicção de que o imputado infringiu o preceito primário de uma norma penal incriminadora, determinável após a instrução contraditória.

Ademais, como se sabe, a petição inicial (denúncia ou queixa) nada mais é do que uma proposta, uma probabilidade. É o ato processual hábil a trazer ao Poder Judiciário a apreciação de um ou mais fatos, em razão dos quais se empreenderá profunda investigação processual. Afinal, caso perdure a incerteza, as regras sobre a distribuição do ônus da prova traçarão ao juiz o rumo seguro a ser seguido.

Mais adiante voltaremos a enfrentar a questão da admissibilidade da imputação alternativa diante do sistema processual vigente. Nesta oportunidade, vamos procurar especificar as várias espécies de imputação alternativa, pois, até o momento, viemos trabalhando sobre um exemplo clássico, que não esgota as várias alternativas possíveis.

5 – Espécies de imputação alternativa

Casos há em que a área de incerteza, diante da prova do inquérito, está circunscrita apenas a certas circunstâncias e não à ação principal praticada. Em outras palavras: sabe-se que foi o indiciado o autor de determinado furto, mas há dúvida, por exemplo, se houve rompimento de obstáculo ou escalada para a prática do crime contra o patrimônio. No homicídio, pode existir dúvida se o indiciado o praticou por motivo fútil ou torpe, ou ainda, se foi praticado para facilitar execução ou assegurar vantagem de outro crime.

Sempre que circunstâncias do fato principal venham a ser elementos do tipo qualificado, podem dar margem à imputação alternativa, mais restrita, desde que haja incerteza ponderável entre certos motivos particularmente reprováveis, certos

¹² *Tratado de derecho penal* citado na nota anterior, 2º vol, p. 202.

meios ou modos, ou fins colimados pelo sujeito ativo da infração penal.

Esta hipótese é bastante comum na prática do foro criminal. Entretanto, resolve-se a questão através de um expediente temerário e incorreto: o autor da ação penal imputa ao acusado tudo o que for possível, de forma cumulativa. Ao invés da alternatividade, postura sincera e ética, busca-se demonstrar uma certeza irresponsável, atribuindo-se ao réu, muitas vezes, circunstâncias que se excluem no caso concreto.

Desta maneira, relativamente aos fatos, podemos ter imputação alternativa ampla ou restrita, ambas de caráter objetivo.

Julgamos, outrossim, ser possível que a alternatividade se refira ao sujeito passivo da própria imputação. Pense-se na hipótese de incerteza da autoria de crime. Os indiciados se acusam reciprocamente, sendo a prova testemunhal também díspar. Nada obsta, em nosso entendimento, que a denúncia narre a conduta delituosa, atribuindo-a a um ou a outro dos indiciados, propondo-se o Ministério Público a provar, na instrução processual, que um dos denunciados merece a condenação pedida.

Vamos mais longe ainda. A alternatividade da imputação pode abranger não só o sujeito ativo, como a própria infração conjuntamente. Diante de um auto de prisão em flagrante por crime de resistência, podemos ter dúvida, diante do caso concreto, sobre a legalidade da ordem de prisão, por serem controvertidos os fatos. Nestes casos, havendo suporte probatório mínimo, se nos afigura razoável que a denúncia impute, alternativamente, ao preso o crime de desobediência e ao funcionário público que efetuou a insólita prisão o crime de abuso de autoridade, conforme autoriza a prova até então existente. Não fosse assim, somente após a absolvição de um, poderia o Ministério Público denunciar o outro, caso não estivesse consumada a prescrição. De uma forma ou de outra, cabe uma pergunta: quem deveria ser denunciado primeiro?

Tal imputação alternativa de caráter subjetivo é admitida expressamente por PASQUALE SARACENO, em obra que já se tornou clássica na literatura jurídica:

“Credo pure che si possa esercitare l'azione penale contro più individui alternativamente indicati com colpevoli di un reato, ma solo nella fase della instruzione.”¹³

O próprio processualista peninsular cita precedente jurisprudencial que aceita este tipo de alternatividade até mesmo na fase final do procedimento escalonado italiano, dizendo:

“Nel senso che sia possibile anche il rinvio a giudizio di più persone ritenute alternativamente colpevoli di un reato, vedi la sentenza della S. C. sez. 11, 13. dic. 1937 (Pinna), in ‘Rev. It. di D. Penale’, 1938, p. 376 con nota. Nella specie si trattava del rinvio a giudizio, por omicidio colposo, davanti al Tribunale di due persona, sulla considerazione che l'auto investitrice era guidata dall'una o

¹³ *La decisione sul fatto incerto nel processo penale, Padova, 1940, CEDAM, p. 293.*

dal'altra.”¹⁴

Partindo da hipótese concreta examinada pela jurisprudência italiana, lembramo-nos dos corriqueiros acidentes de trânsito, dos quais resultem lesões corporais culposas, sem que se saiba seguramente qual dos motoristas avançou o sinal vermelho do cruzamento. Aqui, a culpa de um excluírá a do outro. A imputação cumulativa é inteiramente despropositada e tecnicamente impossível. A solução será a imputação alternativa, buscando-se a certeza na instrução criminal. É lógico que, se a dúvida perdurar, ambos serão absolvidos, mas isto já é outra questão.

Desta forma, temos duas espécies de imputação alternativa:

- a) imputação alternativa objetiva;
- b) imputação alternativa subjetiva.

A primeira espécie, por sua vez, pode ser subdividida em ampla e restrita. Por sua vez, a segunda espécie pode ser subdividida em simples ou complexa.

Por derradeiro, levando-se em linha de conta a fase processual, podemos, ainda, classificar a imputação alternativa em originária e superveniente. A primeira é feita na denúncia ou queixa e a segunda através de aditamento à peça vestibular, nos termos do parágrafo único do artigo 384 do Cód. Proc. Penal, conforme veremos a seguir.

6 - A imputação alternativa através do aditamento à peça acusatória

Embora até os dias de hoje tenha passado despercebido, parece-nos que o vigente Cód. Proc. Penal prevê expressamente um caso de imputação alternativa, embora superveniente e restrita.

Vejamos a regra do parágrafo único do artigo 384:

“Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.”

Conforme se verifica pela conjugação deste parágrafo com o *caput* do artigo, tal aditamento somente se fará necessário se o fato novo não estiver contido, expressa ou *implicitamente* na peça acusatória. Assim, por incrível que possa parecer, o Cód. Proc. Penal admite imputação implícita, cuja constitucionalidade já colocamos em dúvida anteriormente.

Por outro lado, o *caput* do artigo 384 dispensa o aditamento se o fato novo, embora não esteja contido na denúncia (expressa ou tacitamente), possa levar o juiz a uma outra definição jurídica mais favorável ao réu. Aqui temos flagrantemente violado o salutar princípio da correlação entre acusação e sentença, pois permite-se a chamada *determinación alternativa* ou *accertamento alternativo* sem uma correspondente imputação, ainda que para “beneficiar” o acusado.

¹⁴ Obra citada na nota anterior, p. 293.

Constatadas estas duas deficiências do sistema processual vigente, passemos à demonstração da existência legal da imputação alternativa, diante da regra supratranscrita. Note-se que imputação alternativa é imputação expressa, não merecendo as críticas que acabamos de fazer.

Sem que tenha detectado o fenômeno jurídico de que estamos tratando, o Supremo Tribunal Federal deixou bastante claro que o aditamento a que se refere o comentado parágrafo único do artigo 384 não importa no desfazimento da imputação originária, constante da denúncia ou queixa (esta na hipótese do artigo 29 do Cód. Proc. Penal). Vale dizer, *mesmo que o Ministério Público adite a peça acusatória vestibular para nela incluir fato penalmente relevante que altere a tipicidade, não fica o magistrado impedido de condenar o réu pelo fato imputado anteriormente*. Neste sentido, é bastante elucidativa a ementa do acórdão:

“Habeas corpus. Denunciado o réu como incurso no artigo 171, do Código Penal, converteu o juiz o julgamento em diligência, em face do artigo 384, parágrafo único, do Cód. Proc. Penal, para que o Ministério Público pudesse aditar a denúncia, acusando o denunciado de infração ao artigo 297 do Cód. Penal. Na sentença, o réu foi condenado por infringir o artigo 171 do Cód. Penal. Exegese do artigo 384, parágrafo único do Cód. Proc. Penal. Nessa hipótese, não fica o juiz impedido de manter a primitiva definição da denúncia. O que a lei não quer é que o réu venha a ser condenado por fato do qual não haja tido oportunidade para se defender. No caso, não há falar em cerceamento de defesa ou prejuízo para a defesa do paciente. O juiz, na decisão, desprezou a classificação de crime de falsificação de documento público, feita no aditamento, para condenar o réu, por estelionato, segundo capitulação original da denúncia” (Rel. Ministro Néri da Silveira).¹⁵

Este aresto do Pretório Excelso, a par de dar ao caso concreto a solução absolutamente correta, interpreta o art. 384, § único, do Cód. Proc. Penal no sentido de que dele pode surgir uma imputação alternativa, na medida em que o juiz, feito o aditamento, vai apreciar as duas condutas imputadas: a narrada na denúncia e a atribuída ao réu no aditamento. O acolhimento de uma das imputações levará, necessariamente, à rejeição da outra. Trata-se, pois, de imputação alternativa superveniente, e não imputação cumulativa.

Em seu escoreito voto, que mereceu acolhimento unânime, o eminente Min. Néri da Silveira transcreve o magistério de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, no qual o renomado jurista assevera que a circunstância de o legislador ter usado a expressão “possibilidade” significa que a imputação feita na denúncia permanece posta à consideração do juiz, pois “mesmo quando tenha sido feito o aditamento da denúncia ou queixa, poderá, não obstante, condenar o réu pela infração como definida na denúncia ou queixa, e, até, absolvê-lo”.¹⁶

Também o acatado professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO admite esta alternatividade que o aditamento outorga ao juiz: “ademais, bem pode acontecer que o juiz, quando da sentença, com ou sem novas provas, entenda ser mais ajustável à hipótese a primitiva capitulação”, referindo-se ao art. 384, § único do Cód. Proc. Penal.¹⁷

O Projeto de Cód. Proc. Penal, ora em tramitação no Congresso Nacional,

¹⁵ “Revista Trimestral de Jurisprudência do S.T.F.”, vol. 104, p. 1.047.

¹⁶ *Código de Proc. Penal Anotado*, Rio, 1976, ed. Rio, tomo 2º, pp. 117/118, 4º volume da obra original.

¹⁷ *Processo Penal*, S. Paulo, 1983, Saraiva, 6ª Ed., 4º vol., p. 205.

ainda é mais generoso que o sistema atual, vez que admite aditamento à denúncia também quando “a ação penal deva abranger, pelo mesmo crime, outros acusados não incluídos na denúncia”, tornando possível até mesmo a imputação alternativa subjetiva superveniente. Vejam-se as regras do art. 233 e seus incisos do citado projeto.

Disto tudo pode-se extrair uma primeira conclusão: o atual Cód. Proc. Penal consagra a imputação alternativa restrita superveniente, através do aditamento à denúncia ou queixa. Isto não há de causar maior crítica, na medida em que o legislador, no *caput* do art. 384, chega a admitir imputação implícita e mesmo condenação por fato não imputado, ainda que implicitamente. A censura deve recair sobre estas duas últimas hipóteses, vez que, com o aditamento, o fato passa a ser atribuído ao réu, possibilitando o pleno exercício da defesa.

7 – Condições para a admissibilidade da imputação alternativa e os seus efeitos processuais

O artigo 41 do Cód. Proc. Penal e o correspondente artigo 229 do Projeto n.º 1.655/83 não se apresentam como qualquer obstáculo à aceitação da imputação alternativa. Como vimos, o parágrafo único do art. 384 do diploma vigente é expresso em admitir tal forma de acusação penal. Entretanto, ainda encontramos algumas resistências doutrinárias e jurisprudenciais.

Os Juízes do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, reunidos sob a coordenação da professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, discutindo a questão da correlação entre a acusação e sentença, chegaram à seguinte conclusão: “A acusação deve ser determinada, pois a proposta a ser demonstrada há de ser concreta. Não se deve admitir denúncia alternativa, principalmente quando haja incompatibilidade lógica entre os fatos imputados”.¹⁸

Data venia, ousamos discordar. Na imputação alternativa a acusação penal é determinada e os fatos são atribuídos ao réu de forma concreta. O réu sabe de que condutas está sendo acusado e delas pode amplamente se defender, apenas se amplia o *thema decidendum*, ao qual estará sempre vinculada a prestação jurisdicional.

Entretanto, um acórdão daquela Corte de Justiça é ainda mais contundente ao dizer: “denúncia alternativa é um aleijão que não tem guarida no nosso Direito Processual Penal”.¹⁸

Nada obstante, ao relatar a apelação n.º 184.801, em 28-9-78, acolhendo de forma unânime o voto do eminente Juiz Silva Franco, o conceituado Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo admite a imputação alternativa, embora no caso concreto a tenha refutado. Consta do aresto a correta afirmação de que “a base da alternatividade reside na contingência em que se acha o Órgão do Ministério Público de, apesar de estar seguro de que o acusado violou uma norma penal, não ter certeza a respeito da norma penal em particular ofendida. O fato concreto mostra-se equívoco, apresentando elementos definidores de duas figuras típicas autônomas, sem que se possa indicar o infrator, desde logo, como incurso em um ou outro tipo. Isto ocorre, por exemplo, no caso do denunciado ter sido surpreendido na posse da coisa alheia sem que se tenha condições de estabelecer, de pronto, se a subtraiu ou se a recebeu, sabendo sua origem, do autor da subtração. Seria, nesta hipótese, tolerável uma imputação alternativa de furto ou de receptação”.¹⁹

18 *O processo constitucional em marcha – contraditório e ampla defesa*, S. Paulo, 1985, Max Limonad, p. 64.

19 Obra citada na nota anterior, p. 89.

Mais uma vez vamos invocar o magistério autorizado de PASQUALE SARACENO, talvez o autor que melhor tenha tratado da matéria. O mestre italiano, ao final de seu livro, que se tornou clássico, estuda os *“reflessi processuali del accertamento alternativo”*, oportunidade em que deixa dito:

“No credo che possa essere oggetto di scandalo un decreto di citazione emesso contra Tizio imputato di furto o di recettazione.”

“Al contrario non vedo altro modo per risolvere sui piano processuale il problema dell’ accertamento alternativo. Se l’alternativa non impedisse la pronunzia della condanna, non può, a maggior ragione, impedire neppure l’emissione di un mandato o il rinvio a giudizio”.

*“Ma poichè l’imputato deve essere posto in condizioni di difendersi da tutte la possibili accuse, e poichè le accuse si suppongo tali che se è fondata l’una non può essere fondata l’altra, la contestazione non potrà essere fatta che in forma alternativa”.*²⁰

O tantas vezes citado professor FREDERICO MARQUES também se mostra favorável à imputação alternativa.²¹

Cabe, neste passo, procurar explicitar quais as condições necessárias à admissibilidade da imputação alternativa, questão não enfrentada na doutrina de forma objetiva. Assumindo o risco de cometer alguma imprecisão ou omissão, dizemos que a imputação alternativa deve ser admitida nas seguintes hipóteses:

- a) a denúncia ou queixa venha lastreada em inquérito concluído;
- b) existam provas, ainda que leves, que justifiquem a dúvida sobre a real ocorrência deste ou daquele fato a ser atribuído alternativamente. A imputação alternativa terá de encontrar algum suporte probatório no inquérito, não podendo ser resultado de fértil imaginação do titular da ação penal;
- c) os fatos imputados alternativamente devem ser certos e determinados, de modo a permitir o regular exercício do direito de defesa;
- d) os fatos imputados alternativamente devem ser reciprocamente excludentes, sob pena de tornar cumulativa a imputação.

Cumpridos estes requisitos mínimos, não vemos como se possa sustentar que a imputação alternativa vá de encontro à estrutura do processo penal acusatório. Não trará qualquer prejuízo ao pleno exercício da defesa, que, inclusive, saberá tirar proveito da dúvida apontada pela própria acusação. Poderá impugnar os fatos também de forma alternativa, atenta ao princípio da eventualidade. A prestação jurisdicional estará batizada pelos fatos atribuídos ao réu na denúncia ou queixa, mantendo-se o princípio básico da correlação entre a acusação e a sentença. Tudo isto vale também para a imputação alternativa subjetiva.

Finalmente, importa esclarecer que os efeitos da coisa julgada penal cobrirão ambos os fatos atribuídos alternativamente ao réu, conforme ensina o já citado HEINRICH JESCHECK: *“El efecto de cosa juzgada de una determinación alternativa comprende todos los hechos punibles incluidos en ella”*.²² É a consagração do princípio da economia processual, evitando-se morosa

²⁰ *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, Cedam, pp. 291 e 292.

²¹ *Elementos*, 2º vol., p. 154.

²² *Tratado de derecho penal*, 1º vol., p. 201.

repetição de atos processuais e dispersão da prova. Através da imputação alternativa, permite-se que todos os fatos atribuíveis ao réu sejam examinados conjuntamente, bem como que todos os possíveis autores da infração sejam julgados simultaneamente. Neste último caso, ampliam-se os limites subjetivos da coisa julgada no processo penal.

8 – Conclusões

De tudo o que se expôs, podemos extrair as seguintes conclusões principais:

1) não há qualquer dispositivo legal no vigente Cód. Proc. Penal ou no projeto em tramitação no Congresso Nacional vedando a admissibilidade da imputação alternativa;

2) também não se pode extrair tal vedação do sistema processual ou de seus princípios básicos;

3) na imputação alternativa há atribuição ao réu de fatos certos e determinados, embora o reconhecimento judicial de um exclua o reconhecimento do (s) outro (s);

4) não há como confundir imputação alternativa com imputação implícita;

5) se o próprio Cód. Proc. Penal chega a admitir a imputação implícita, ao tornar desnecessário o aditamento à denúncia se o fato novo estiver implícito na acusação, com maior razão não impede a imputação alternativa, que é expressa (art. 384, § único);

6) o parágrafo único do art. 384 prevê claramente uma imputação alternativa superveniente, vez que o juiz poderá condenar o réu, tanto pelo que consta originalmente na denúncia ou queixa, como pelo que lhe foi imputado no aditamento;

7) a imputação alternativa tanto pode ter como objeto os fatos como os possíveis sujeitos de uma mesma infração penal;

8) os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada penal são ampliados em razão da imputação alternativa objetiva ou subjetiva, respectivamente, na medida em que se amplia o *thema decidendum*;

9) a imputação alternativa não prejudica o regular exercício do direito de defesa e nem viola o princípio da correlação entre a acusação e sentença.

BIBLIOGRAFIA

1. BETTIOL, Giuseppe, *Sentenza penale di condanna ed accertamento alternativo dei fatti*, "Riv. it. di Diritto Penale", 1935, págs. 463 e segs.
2. BELING, Ernest, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1943, Labor, trad. Miguel Fenech.
3. BELLAVISTA, Girolamo, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1979, Giuffrè, 5ª ed.
4. CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1950, EJEJA, trad. S. Sentis Melendo.
5. _____, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1961, EJEJA, trad. S. Sentis Melendo.
6. CORDERO, Franco, *Procedura penale*, Roma, Giuffrè, 1979, 5ª ed.

7. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1974.
8. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, *Código de processo penal anotado*, Rio, ed. Rio, 1976.
9. FOSCHINI, Gaetano, *Sistema del diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 1965, 2ª ed.
10. GRINOVER, Ada Pellegrini, (coordenação), *O processo constitucional em marcha*, S. Paulo, Max Limonad, 1985.
11. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, 1981, Ed. Bosch, trad. da 3ª ed. alemã por Mir Puig e Muñoz Conde.
12. LEONE, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1961, EJEJA, trad. Sentis Melendo.
13. MAIER, Júlio B. J., *La ordenanza procesal penal alemana*, Buenos Aires, 1978, Depalma.
14. MANZINI, Vincenzo, *Tratado di diritto processuale penale*, Torino, 1967, UTET, 6ª ed.
15. MARQUES, José Frederico, *Tratado de direito processual penal*, S. Paulo, 1980, Saraiva.
16. _____, *Elemento de direito processual penal*, Rio, 1961, Forense.
17. _____, *Estudos de direito processual penal*, Rio, 1960, Forense.
18. SANSÒ, Luigi, *La correlazione tra imputazione contestata e sentenza*, Milano, 1958, Giuffrè.
19. SILVA JARDIM, Afrânio, "Reflexão teórica sobre o processo penal", trabalho publicado na "Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro" de nº 20.
20. _____, "Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial", trabalho publicado na "Revista de Direito da PGJ do ERT nº 19".
21. SARACENO, Pasquale, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, Cedam.
22. OTTORINO, Vannini, *Manual di diritto processuale penale*, Milano, 1979, Giuffrè, 9ª ed., em colaboração com Giuseppe Cocciardi.
23. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1982, 6ª ed.

*Publicado originalmente na Revista nº 21 jan./jun. 1985, p. 26.

O REQUERIMENTO ABUSIVO DE MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS E ATÍPICAS NO PROCESSO PENAL

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA*

Sumário: **1.** *O abuso nos requerimentos de medidas cautelares. Generalidades.* **2.** *Os requerimentos abusivos de medidas cautelares típicas.* **3.** *Os requerimentos abusivos de medidas cautelares atípicas e o poder geral de cautela do juiz.*

1. *O abuso nos requerimentos de medidas cautelares. Generalidades.* Já se afirmou que em matéria processual penal as medidas cautelares têm igual ou até mesmo maior importância que no âmbito civil¹. A assertiva se justifica, pois, naquele caso, pode estar em jogo o inestimável valor liberdade². Em quaisquer dos ramos do direito processual, porém, os provimentos cautelares sem dúvida constituem um campo fértil para as condutas temerárias ou abusivas das partes³. No presente trabalho, apesar da escassez de fontes doutrinárias no cenário nacional, tentar-se-á delinear a possibilidade de as partes da relação processual penal agirem abusivamente quanto ao requerimento das providências acatelasórias⁴.

* ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA é Promotor de Justiça no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

1 A assertiva é de CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y; HIJO, Ricardo Levene. *Derecho procesal penal*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945. p. 272.

2 Bem afirma BARROS, Romeu Pires de Campos, referindo-se ao processo penal, que “grande parte das cautelares envolvem bens jurídicos de suma relevância, visto que estas operam no campo da liberdade individual, surgindo um verdadeiro conflito de interesses entre a pretensão do Estado em impor uma dessas medidas para assegurar o êxito do processo principal ou a sua profícua realização, e a do indivíduo que se esforça para não sofrer restrições em seu direito de *ir, vir, permanecer e estar*” (*Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 35).

3 Assim, BILELIO, Juliana; GASPARI, Marisa G.. *Reflexiones sobre el abuso en materia procesal*. Abuso procesal (Org. Juan Alberto Rambaldo). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001. p. 25. Como afirma CALAMANDREI, Piero, relativamente ao processo civil, “la providencia cautelar, que en la intención de la ley debería tener finalidades meramente conservativas de la situación de hecho (*nihil lite pendente innovetur*), sin perjuicio alguno de la decisión de mérito, viene a ser en realidad, en manos de un litigante astuto, una arma a veces irresistible para constreñir a su adversario a la rendición, y a obtener así en el mérito una victoria que, si el adversario hubiese podido defenderse, sería locura esperar” (*El proceso como juego. Instituciones de derecho procesal civil. Estudios sobre el proceso civil*. Volumen III. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. p. 282). Na doutrina nacional, FUX, Luiz faz referência à “vulgarização do processo cautelar”, bem como à sua “utilização promíscua no afã de suprir o retardamento causado pela ordinarização do procedimento” (*Tutela de segurança e tutela da evidência. Fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 53).

4 Referindo-se ao abuso, deixou consignado BARROS, Romeu Pires de Campos: “Portanto, se está patente no processo cautelar penal o problema de garantir o exercício do direito de cautela, ocorre que, também nele é que se garante ao imputado contra o abuso do poder cautelar” (*Processo penal cautelar*. cit., p. 18).

Preliminarmente, todavia, convém explicitar um dado relevante, qual seja, o de que no processo penal brasileiro, ao contrário do que se passa no processo civil, não há regulamentação acerca de um processo cautelar autônomo, destinado a assegurar, “na medida do possível, a eficácia prática de providências quer cognitivas, quer executivas”⁵. O Código de Processo Penal de 1941 traz em seu corpo diversas providências acautelatórias sem nenhum rigor sistemático, delas cuidando em diferentes capítulos. Tais providências recebem da doutrina o rótulo de *medidas* ou *provimentos cautelares*⁶, os quais podem ser efetivados na fase pré-processual, no processo penal de conhecimento ou mesmo no processo penal de execução, assumindo caráter de servilidade em relação a estas duas últimas espécies de processo⁷. O Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, que tramita no Congresso Nacional relativamente ao tema, também não traz um Título no qual se cuida de um possível *processo penal cautelar*, mas sim das *medidas cautelares*⁸.

Mas referidas medidas acautelatórias, independentemente de serem consideradas, ou não, como verdadeiras *ações penais cautelares*, se sujeitam ao manejo abusivo pelas partes da relação que se forma em juízo. Com efeito, a exemplo do que já se atestou na órbita processual civil⁹, os provimentos cautelares processuais penais também se prestam a postulações temerárias, desviadas de sua finalidade, inspiradas na má-fé, infundadas ou para as quais não concorram os requisitos legais. Atitudes desta monta não devem ser admitidas pelo órgão jurisdicional, o qual deve envidar esforços em coibi-las, ou mesmo em sancioná-las.

Aspecto peculiar relativo aos provimentos acautelatórios, que se relaciona diretamente com o abuso, se refere à questão acerca da possibilidade de decretação das cautelares processuais penais pelo órgão jurisdicional independente de provocação, ou, ao contrário, apenas mediante requerimento do legitimado. Isto

5 A conceituação é de MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 301.

6 Neste sentido, JARDIM, Afrânio Silva. *Reflexão teórica sobre o processo penal*. Direito processual penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. pp. 38/39; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 195; HAMILTON, Sergio Demoro. “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 12. jul./dez. de 2000. p. 138; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 413.

7 Assim, AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001. p. 159.

8 Resultante de anteprojeto elaborado por comissão de notáveis juristas, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 4.208/2001, que visa a instituir um Título IX no Código de Processo Penal com a rubrica “*Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória*”. Mas a redação de tal rubrica traz dubiedade que não escapou à percepção de JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz: “Não se entende o motivo pelo qual o título é ‘Prisão, medidas cautelares e liberdade’, uma vez que a prisão é (ou deveria ser entendida, conforme a exposição de motivos) como medida cautelar” (*A crise no direito processual penal brasileiro. Comentários aos projetos de reforma do Código de Processo Penal. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 214).

9 É notoriamente mais rica no processo civil a literatura quanto ao abuso relativo às medidas cautelares. Assim, dentre nós, vide STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 109/111. Igualmente, na doutrina argentina, dentre muitos, BILEGIO, Juliana; GASPARINI, Marisa G. *Reflexiones sobre el abuso en materia procesal*. Abuso procesal (Org. Juan Alberto Rambaldo). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001. p. 25; RAMBALDO, Juan Alberto. *El abuso procesal*. Abuso procesal (Org. Juan Alberto Rambaldo). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001. pp. 232/233; CARBONE, Carlos A. *Abuso del proceso en las medidas cautelares y en los procesos diferenciados: sentencia anticipada y autosatisfactiva*. Abuso procesal (Org. Juan Alberto Rambaldo). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001. pp. 353/354; FLUCK, Anna Inés. *La medida cautelar trabada abusivamente y los daños y perjuicios. ¿Preclusión o prescripción?* Abuso procesal (Org. Juan Alberto Rambaldo). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001. pp. 383/390.

porque a admissão de cautelas *ex officio* pelo Magistrado minimizaria a noção de atitude abusiva pelas partes da relação processual, pois aquele, ao assim agir, não estaria exercendo um *direito* de maneira irregular, com desvio de finalidade ou fora dos limites da razoabilidade.

Na doutrina brasileira é grande a controvérsia sobre a possibilidade de as medidas cautelares processuais serem decretadas de ofício pelo órgão jurisdicional. Dúvidas não há que, em um sistema de índole acusatória, o Juiz se encontra alijado da decretação de medidas acautelatórias de ofício na fase pré-processual. Nesta etapa, *quando ausente* provocação de atividade jurisdicional, não há espaço para a atuação propulsiva do julgador, o qual deve remanescer na posição de juiz de garantias, sob pena de quebra de sua imparcialidade¹⁰. Desta maneira, não se encontram recepcionadas em face do que dispõe o art. 129, I, da Constituição da República, as normas que permitiam ao Magistrado requisitar à autoridade policial a instauração de inquérito policial ou a realização de diligências (arts. 5º, I, e 13, II, do Código de Processo Penal). A propósito, de forma coerente com o sistema acusatório instituído pelo constituinte de 1988, o legislador infraconstitucional brasileiro, ao instituir a prisão temporária, subordinou sua decretação a ato postulatório do Ministério Público ou à representação da autoridade policial; e, neste último caso, somente após a necessária oitiva do *Parquet* (art. 2º, *caput*, da Lei nº 7.960/89).

Quanto à fase processual propriamente dita, é respeitabilíssimo o entendimento que, uma vez deflagrada a ação penal, o provimento acautelatório poderia ser tomado pelo próprio julgador, independentemente de provocação, pois a cautela seria provida de maneira incidental, sem estabelecer relação processual autônoma¹¹. Para os que assim entendem, não haveria afronta ao *ne procedat iudex ex officio*, pois a atividade jurisdicional já fora invocada pelo legitimado, quando do exercício da ação penal de conhecimento ou de execução. Este posicionamento, contudo, parece desconsiderar a existência de uma *ação cautelar* no processo penal, tema, aliás, por demais controvertido na doutrina nacional¹². Neste passo, cumpre asseverar que o

10 De acordo com o texto, PRADO, Geraldo: "Portanto, a coerência com os ditames do princípio acusatório, à vista da implicação de um devido processo penal cautelar, em fase anterior ao processo de conhecimento condenatório, exigirá a iniciativa dos encarregados da investigação ou do titular do direito de ação, até o que inerte deverá permanecer o juiz, sob pena de quebra da imparcialidade" (*Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 205). Também assim, NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo penal. Sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 93.

11 Este o ensinamento do mestre da processualística contemporânea JARDIM, Afrânio Silva: "Assim, no processo penal, exerce o Juiz atividade instrumental de natureza cautelar, seja em face de uma pretensão, seja sem qualquer provocação. Embora sem criar relação processual autônoma, mas de forma incidental, existe pretensão cautelar nos casos de requerimentos de prisão provisória, de aplicação provisória de interdição de direitos e medidas de segurança, de seqüestro dos bens adquiridos com o provento da infração penal, visando a assegurar efeito da sentença penal condenatória, e a antecipação de prova testemunhal prevista no art. 225 do Código de Processo Penal de 1941" (Reflexão teórica sobre o processo penal. *Direito processual penal*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 39). Em sentido aproximado, TORNAGHI, Hélio: "Na verdade, no Direito Processual Penal brasileiro, o 'processo cautelar' é possível sem que qualquer ação tenha sido exercida, pois o juiz pode agir de ofício. (...) Ao contrário do que acontece no processo civil, parece razoável considerar essas providências como *incidentes* do processo penal brasileiro" (*Curso de Processo Penal*. Volume 1. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995. p. 208).

12 Negando a existência de uma ação cautelar autônoma no processo penal, dentre outros, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. cit., p. 413; TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Volume 1. cit. p. 208; JARDIM, Afrânio Silva. *Reflexão teórica sobre o processo penal* cit., p. 39; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. pp. 101/102; TUCCI, Rogério Lauria. "Processo e procedimentos penais". *Revista dos Tribunais*. Vol. 749. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1998. pp. 496/497.

legislador infraconstitucional brasileiro, desde o advento do Código de Processo Penal (e. g., arts. 127, 225, 242, 311), insiste na possibilidade de decretação das mais diversas cautelares por iniciativa do próprio Juiz¹³. E isto se verifica também em relação a outras medidas cautelares, previstas em diplomas extravagantes, como, por exemplo, na decretação de interceptação telefônica (art. 3º da Lei nº 9.296/96) e da suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor (art. 294, *caput*, da Lei nº 9.503/97). E, ao que parece, mesmo o projeto de reforma do Código de Processo Penal que tramita no Congresso Nacional conserva esta índole no que diz respeito às medidas cautelares, possibilitando a adoção, pelo Magistrado, de providências acautelatórias independente de requerimento¹⁴.

Contudo, com as devidas vênias aos que esposam entendimento contrário, não parece possível a adoção de provimentos cautelares de ofício pelo órgão julgador, diante da separação de funções preconizada pelo processo penal de tipo acusatório, o qual foi inegavelmente adotado pela atual Constituição da República de 1988 (art. 129, I)¹⁵. A privatividade da ação penal conferida ao Ministério Público depurou a acusatoriedade proveniente do Estatuto Processual Penal, vedando a atuação *ex officio* do órgão encarregado de prestar jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*)¹⁶. Neste passo, vale citar como exemplo digno de nota o direito processual penal italiano, no qual se adotou inequivocamente o sistema acusatório com o advento do *Codice di Procedura Penale* de 1988. Por força do que dispõe o art. 291 do referido Estatuto¹⁷, as medidas cautelares são requeridas pelo Ministério Público, sendo indispensável um ato propulsivo deste dirigido ao Juiz para a sua decretação¹⁸. A única reserva

13 Perspicaz a observação de HAMILTON, Sergio Demoro, quanto à medida de seqüestro: “No campo das cautelares, sejam elas pessoais, sejam elas reais, ignora-se, por completo, o sistema acusatório. Assim, à guisa de exemplo, no art. 127 permite-se ao juiz, **de ofício**, ordenar o seqüestro dos bens do indiciado no curso do processo ou **antes** dele, na fase do inquérito” (“A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia.” *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 12. jul./dez. de 2000., p. 138).

14 O já mencionado projeto de lei nº 4.208/2001, no tocante às medidas cautelares, pretende inserir no Código de Processo Penal um § 2º no art. 282, o qual contaria com a seguinte redação: “Serão decretadas de ofício, a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial”.

15 No sentido do texto, PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 206; ALVES, Rogério Pacheco. “O poder geral de cautela no processo penal.” *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 15. jan./jun. 2002. p. 249; HAMILTON, Sergio Demoro. “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 12. jul./dez. De 2000. p. 138; FERREIRA, Denis Aceti Brasil. “A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório.” *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 08. jul./dez. 1998. p. 141; AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001. p. 170; BARROS, Antonio Milton. *Processo penal segundo o sistema acusatório. Os limites da atividade instrutória judicial*. São Paulo: LED Editora de Direito, 2002. pp. 186/187; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *A crise no direito processual penal brasileiro. Comentários aos projetos de reforma do Código de Processo Penal. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 217.

16 Como afirma MASSARI, Eduardo, “il principio ‘*ne procedat iudex ex officio*’ esprime il concetto che l’esercizio della giurisdizione non può verificarsi senza una domanda di un soggetto diverso dal giudice, ossia senza che l’intervento del giudice sia invocato da colui che è titolare dell’azione” (*Il processo penale nella nuova legislazione italiana*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1934. p. 50).

17 Estatui o dispositivo citado: “Art. 291. (Procedimento applicativo). Le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero (714, 715, 716, 745), che presenta al giudice competente (279, 391; art. 91) gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell’imputato (60, 61) e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate”.

18 Neste sentido, asseveram LONGO, Piero; GHEDINI, Niccolò: “Il procedimento di applicazione delle misure cautelari delineato dal codice postula, infatti, come indefettibile antecedente, uno specifico

que se defere ao Magistrado para agir de ofício no campo das cautelares se relaciona à revogação destas ou à sua substituição por outra medida (art. 299, 3, do *Codice di Procedura Penale*)¹⁹. Com a consciência dos perigos inerentes à importação acrítica de modelos estrangeiros, pode afirmar-se ser esta a regulamentação desejável às cautelares no direito processo penal pátrio. Entretanto, como já afirmado, não parece ser este o ideário da reforma projetada para o Código de Processo Penal brasileiro²⁰.

Mas a *via crucis* da questão acerca da admissão, ou não, da decretação de provimentos cautelares de ofício pelo órgão jurisdicional, no direito brasileiro, se relaciona ao reconhecimento de uma *ação cautelar* no direito processual penal. Costumeiramente, o legislador utiliza a denominação *medidas cautelares*, a qual poderia autorizar a crença de se cuidarem de medidas incidentes, e não de um verdadeiro direito de ação. Todavia, parece correto não se deva negar a existência de uma ação penal cautelar dotada de condições para seu exercício, bem como de requisitos próprios²¹, apesar de nem sempre se contar com um procedimento bem configurado ou que corra em autos apartados²². Decerto, a ação penal cautelar normalmente é exercida de maneira incidental, mas isto não lhe retira a essência. A propósito, a contraposição entre *ação cautelar* e *medida cautelar* leva ao risco de esvaziamento do conceito de cautelaridade penal. Afinal, se ao determinar uma prisão preventiva de

atto propulsivo rappresentato dalla 'domanda' che il pubblico ministero rivolge al giudice: se, quindi, come precisa la Relazione al Progetto preliminare, deve essere da un lato esclusa 'una legittimazione ai provvedimenti cautelari in capo al pubblico ministero così è da escludersi l'adozione di misure cautelari che prescindano dalla iniziativa del pubblico ministero il quale è, sotto questo profilo, soggetto necessariamente richiedente senza legittimazione a disporre, mentre, per converso, il giudice è soggetto decidente, ma non *ex officio*' (*Commentario costituzionale al Codice di Procedura Penale*. Terza edizione. Padova: Cedam, 2003. p. 256). No mesmo sentido, dentre outros, TONINI, Paolo. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 189.

19 Assim, CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. Segunda edição. Padova: Cedam, 2003. p. 392. O referido art. 299, comma 3, estatuiu: "Il pubblico ministero (50 ss.) e l'imputato (60, 61) richiedono la revoca o la sostituzione delle misure al giudice (279; att. 91), il quale provvede con ordinanza (125) entro cinque giorni dal deposito della richiesta. Il giudice provvede anche di ufficio quando assume l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare (294) o quando è richiesto della proroga del termine per le indagini preliminari (406) o dell'assunzione di incidente probatorio (393) ovvero quando procede all'udienza preliminare (416 ss.) o al giudizio (438 ss., 447, 465)".

20 A respeito, comentando os projetos de reforma ao Código de Processo Penal, deixou consignado JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz: "A possibilidade de medida cautelar restritiva (processual penal) de ofício quebra a imparcialidade do magistrado, e ajuda a formar a cultura do inquisidor: não deveria causar estranheza que tal cultura ainda esteja tão presente, especialmente nos novos magistrados. A explicação está no vértice axiológico da legislação aplicada atualmente, e que talvez seja, infelizmente, ainda mais reforçado pela reforma proposta" (*A crise no direito processual penal brasileiro. Comentários aos projetos de reforma do Código de Processo Penal*. cit. p. 217).

21 Reconhecendo a existência de uma ação cautelar no processo penal, BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 57; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume I. 1ª ed., 2ª tir., Campinas: Bookseller, 1998. pp. 300/302; ALVES, Rogério Pacheco. "O poder geral de cautela no processo penal." *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. n.º 15. jan./jun. 2002. p. 249; FERREIRA, Denis Aceti Brasil. *A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório*. cit., pp. 140/141; AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001. p. 170.

22 Assim, quanto ao processo civil, MOREIRA, José Carlos Barbosa: "Nem todas as providências ou medidas cautelares correspondem, na verdade, a procedimentos perfeitamente individualizados. Muitas delas se inserem como simples incidentes no curso de processo de conhecimento ou no de processo de execução, sem necessidade, repito, de que a lei regule expressamente um procedimento individualizado para que tais providências possam ser decretadas" (*O processo cautelar. Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974. pp. 231/232). No processo penal, exceção pode ser vista na medida cautelar de interceptação telefônica, segundo o que dispõem os arts. 4º a 8º da Lei nº 9.296/96, havendo um procedimento bem delineado e que ocorre necessariamente em autos apartados.

ofício (assim como uma interceptação telefônica, uma busca e apreensão domiciliar etc.) entender-se que se está diante de uma ação penal de conhecimento com “medidas cautelares” a ela incidentes, “o que sobra efetivamente para o conceito de *ação cautelar* é muito pouco ou quase nada. E toda a idéia acusatória de repartição de funções no processo penal (que não se limita a uma mera repartição de legitimidade para a propositura da ação penal de conhecimento) se esvai”²³.

Em conformidade com as idéias expostas, arrisca-se à assertiva de que na ação penal de iniciativa pública somente o Ministério Público fica legitimado ao requerimento de providências acautelatórias, sob pena de se instaurar uma esdrúxula relação processual inquisitória entre juiz e aquele que sofre a constrição cautelar²⁴. Por outro lado, não obstante a privatividade da ação penal pública atribuída ao *Parquet*, subsiste no ordenamento brasileiro a possibilidade de o ofendido deflagrá-la em caso de inércia do Ministério Público (art. 5º, LIX, da Constituição da República). De igual maneira, o ordenamento infraconstitucional defere àquele a oportunidade de exercer a ação de iniciativa privada em determinados crimes (art. 30 do Código de Processo Penal). Desta forma, também o ofendido, seja na queixa subsidiária ou na ação de iniciativa privada, ostentará legitimidade extraordinária para formular requerimento de medidas cautelares no processo penal²⁵. Advirta-se, porém, que, na hipótese de ação subsidiária (não na ação de iniciativa privada exclusiva!), a referida legitimação para a postulação acautelatória somente sobrevém diante da inércia ministerial no tocante à propositura da ação penal de conhecimento, o que impede o ofendido de formular requerimento de medida cautelar na fase pré-processual²⁶. Como corolário de tal quadro pode afirmar-se que, para a preservação do sistema acusatório, somente o legitimado ao exercício da ação penal de conhecimento pode exercer o direito de ação cautelar²⁷.

23 A exposição segue, quase literalmente, AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*. cit., p. 169.

24 Soa oportuna, pela conformidade com o posicionamento adotado, a advertência de AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan: “Pois bem, se a ‘medida’ foi determinada *ex officio*, instaura-se uma relação dialética entre o juiz e o réu ou (pior) entre o magistrado e o investigado/indiciado/suspeito, na medida em que as ‘medidas’ são cabíveis mesmo na fase prévia à ação penal. Esta situação desbanca qualquer insinuação de inspiração acusatória, vez que o juiz provocador da ‘medida’ (na improvável, mas possível, hipótese em que julgue não haver ‘urgência’ ou ‘perigo da ineficácia’ da ‘medida’) mete-se numa relação jurídica processual com o pólo passivo e ainda irá decidir sobre a ‘medida’ que ele mesmo propugnou” (*A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001. p. 170).

25 Tal possibilidade de o ofendido formular requerimento de medidas cautelares não passou despercebida por ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 249.

26 Inteiramente pertinente, a propósito, a observação de CHOUKR, Fauzi Hassan: “Cabe indagar quanto à legitimidade ativa extraordinária para a promoção de medidas ou ação cautelar, ante a inércia do organismo estatal. Nesse passo, é de ser admitida a provocação da tutela cautelar, seja de caráter pessoal, seja de caráter patrimonial ou probatório, apenas no exercício da relação processual penal. A observação assoma em importância dada a existência da cautela pessoal típica de investigação, que é a prisão temporária. Como sua existência antecede forçosamente o oferecimento da queixa subsidiária, não tem o legitimado extraordinário possibilidade de pleitear essa modalidade de tutela. O mesmo ocorre com a produção antecipada de provas e o seqüestro de bens antecedente ao exercício da ação penal, vez que a condição legitimadora extraordinária (inércia estatal) ainda não se verificou” (*Ação penal privada nos crimes de ação penal pública não intentada no prazo legal. Processo penal à luz da Constituição. Temas escolhidos*. Bauru: Edipro, 1999. p. 198).

27 Precisas, no sentido do texto, as palavras de FERREIRA, Denis Aceti Brasil: “Assim, ao momento em que o direito processual já respira ares favoráveis a sua completa autonomia, pensamos ser despropositado afirmar não haver lugar para a ação penal cautelar, com todos os seus consectários lógicos, ou seja, observância ao contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador, e, inclusive, – é nosso desejo

Mas sob a perspectiva do imputado não se lhe pode deixar de reconhecer, em algumas hipóteses, a possibilidade de formular requerimentos de medidas cautelares no âmbito de sua atuação defensiva, ou mesmo contracautelas como a liberdade provisória²⁸. Pelo fato de figurar como titular de direitos na relação processual, é legítimo ao acusado deduzir pretensão que vise a preservá-los, por intermédio de providências acautelatórias. Figure-se como exemplo o direito à prova de que desfruta, o qual pode encontrar-se em vias de periclitção. Neste sentido, o Código de Processo Penal, em seu art. 225, permite a qualquer das partes (acusação ou defesa) formular o requerimento de produção antecipada de prova testemunhal.

Às partes da relação processual penal, portanto, será possível exercer o direito de ação penal cautelar. Não se pense, contudo, como já afirmado, que tal direito esteja isento de ser alvo de abusos, ou que seu exercício não possa ser inspirado na má-fé ou na temeridade. Mormente quando ausentes os pressupostos legais para a concessão da cautela, ou quando esta for direcionada a fins diversos dos que lhe destina o legislador, pode estar-se diante de abuso da tutela cautelar.

Sem pretender exaurir os postulados de uma teoria geral do processo cautelar, por não ser este o objetivo desta empreitada, passa-se à constatação das características e dos pressupostos dos provimentos acautelatórios para, após, analisar algumas hipóteses nas quais se pode estar diante de abuso no seu requerimento. Ainda na mesma esteira, por se reconhecer a existência de uma ação penal cautelar, também ficará delineado o seu uso indevido ou abusivo quando não concorram as condições para que seja regularmente exercida.

Também no processo penal, a exemplo do que já se afirmou na doutrina processual civil, possuem os provimentos cautelares como características a *acessoriedade*, a *preventividade*, a *instrumentalidade hipotética* e a *provisoriedade*²⁹. São acessórias as cautelas por se vincularem ao resultado do processo penal principal. A preventividade se relaciona à sua destinação de precaver ou evitar a ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil reparação, enquanto o processo principal não chega ao fim (v. g., prisão preventiva decretada com vistas a assegurar a regular instrução criminal). Já a instrumentalidade hipotética significa não ser a tutela cautelar um fim em si mesmo, mas ressalta sua função de instrumento assecuratório da eficácia prática das atividades jurisdicionais cognitivas ou executivas³⁰. No tocante à provisoriedade,

repetir – pretensão deduzida por quem efetivamente tenha legitimidade para tanto” (A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 08. jul./dez. 1998. p. 140/141).

28 No tocante à contracautela de liberdade provisória, que não possui os requisitos de autêntica *medida cautelar*, pois não visa a assegurar a eficácia de providências cognitivas ou executivas, oportuna a observação de PRADO, Geraldo, no sentido da possibilidade de o juiz concedê-la de ofício: “A exceção é pertinente à tutela da liberdade, mediante determinação, de ofício, da liberdade *provisória*, considerado o princípio do *favor rei*, a presunção de inocência e o papel garantista do princípio acusatório na sua harmonia com os demais princípios” (*Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. cit., p. 206).

29 A identificação das características dos provimentos cautelares, bem como sua explanação, seguem a lição de JARDIM, Afrânio Silva. “A prisão em decorrência de sentença penal condenatória”. *Revista de Processo*. nº 51. julho-setembro 1988. p. 169.

30 Consoante NORES, José I. Cafferata, “la característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un *medio* para asegurar el logro de otros fines: os del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas) sino instrumental y cautelar: sólo se conciben en cuanto sean *necesarias* para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva” (*Introducción al derecho procesal penal*. Córdoba: Marcos Lerner, 1994. p. 160).

esta impõe que a manutenção da cautela dependa da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo satisfativo (assim, no mesmo exemplo relativo à prisão preventiva, esta deve ser revogada quando não mais subsistam os motivos que ensejaram a sua decretação – art. 316 do Código de Processo Penal).

O que mais de perto interessa ao presente estudo, porém, são os pressupostos fundamentais para a decretação da tutela cautelar, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Não obstante a inexistência de consenso na doutrina quanto à utilização desta nomenclatura (forjada na órbita civilista) para a identificação dos pressupostos das cautelas processuais penais, acredita-se serem as que ainda guardem maior coerência com uma teoria geral do processo penal cautelar³¹. Por exemplo, as expressões por vezes referidas como *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* teriam incidência válida às cautelas restritivas de liberdade³², mas não serviriam a determinadas cautelas patrimoniais, como o seqüestro, ou às relativas aos meios de prova (*v. g.*, a colheita antecipada de prova testemunhal).

Quanto ao pressuposto do *fumus boni iuris*, traduz-se pela probabilidade ou pela plausibilidade do direito que se pretende assegurar³³. Neste passo, deve-se indagar se a pretensão formulada, diante dos elementos apresentados pelo legitimado, conduzirá, provavelmente, a um resultado favorável, cuja utilidade se pretende preservar. Por sua vez, o *periculum in mora* se relaciona aos riscos provenientes da natural demora da prestação jurisdicional dita principal³⁴, vale dizer, do perigo concreto³⁵ que a delonga no accertamento do direito pode acarretar à eficácia prática de futura sentença³⁶.

31 Utilizando a nomenclatura *fumus boni iuris* e *periculum in mora* em relação às cautelas processuais penais, *vide*, dentre outros, BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. cit., pp. 41/43; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume IV. 1ª ed., 2ª tir. Campinas: Bookseller, 1998. p. 33; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 279; BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 07; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 6ª ed., 2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 276. Igualmente, na doutrina argentina, NORES, José I. Cafferata. *Introducción al derecho procesal penal*. cit., p. 172.

32 Assim, na doutrina italiana, utilizando-se das expressões *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* como pressupostos das medidas cautelares pessoais, CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. Segunda edizione. Padova: Cedam, 2003. p. 367. Por sua vez, CORDERO, Franco se refere a *fumus delicti* e a “bisogno cautelare”, como pressupostos das medidas cautelares (*Procedura Penale*. Sesta edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2002. pp. 470/474).

33 CALAMANDREI, Piero, o incomparável mestre nesta e em outras temáticas, refere-se a um “*giudizio di probabilità*” (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Opere giuridiche*. Volume IX. Napoli: Morano, 1983. p. 201).

34 Neste sentido, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 231. Igualmente, na doutrina argentina, afirma NORES, José I. Cafferata: “respecto a lo segundo (*periculum in mora*), los Códigos determinan en qué hipótesis habrá riegos para los fines del proceso, a la vez que regulan las medidas coercitivas enderezadas a neutralizarlas” (*Introducción al derecho procesal penal*. Córdoba: Marcos Lerner, 1994. p. 174).

35 Como bem pondera ALVES, Rogério Pacheco, “não basta o perigo genérico, tênue, exigindo-se a demonstração de que, provavelmente, a alteração do *status quo*, razoavelmente demonstrada, esvaziará a atuação jurisdicional, tornando-a irremediavelmente imprestável” (*O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 232).

36 Sobre o *periculum in mora*, vale a transcrição das belas palavras de TORNAGHI, Hélio: “Ao chegar à cabeceira do cliente, o médico verifica que precisa examiná-lo para lhe dar o medicamento específico e decisivo. Mas o exame vai consumir algum tempo e é preciso evitar que o doente morra antes que ele, médico, chegue a uma conclusão e seja possível tomar uma providência definitiva. Para isso, dá-lhe uma injeção de óleo canforado, precaução, remédio provisório contra o perigo da demora. Pudessem o médico fazer logo o tratamento definitivo e não usaria o provisório. Para alcançar a certeza sobre a situação do

A parte que requer a tutela jurisdicional cautelar, sob o risco de não obtê-la, tem de fazer a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*³⁷. A este respeito, costuma afirmar-se que a cognição relativa à satisfação destes pressupostos é sumária, vale dizer, não se baseia em um juízo de certeza³⁸. Assim, para a caracterização do *fumus boni iuris* basta a plausibilidade ou a verossimilhança do direito invocado. Também quanto ao *periculum in mora* também não se pode exigir prova plena de um risco de dano, ou de um dano potencial. Entretanto, a menor profundidade na atividade cognitiva jurisdicional não pode levar à conclusão de afrouxamento na caracterização dos pressupostos aludidos³⁹; tampouco pode eximir o legitimado da demonstração destes, sob pena de se consagrar a utilização temerária do requerimento cautelar. A cautela não será prestada com base em um juízo de certeza, mas nem por isso quem a requereu fica isento de trazer ao conhecimento do juízo evidências que dêem suporte à postulação. Vale dizer: o ônus da prova quanto aos pressupostos em comento recai sobre o requerente do provimento acautelatório⁴⁰.

Finalmente, como se adota neste trabalho o entendimento que propugna o reconhecimento de uma ação penal cautelar, embora dotada de algumas peculiaridades, não se pode descurar das condições para o regular exercício deste direito. Sob pena de se transpor os lindes da utilização regular, adentrando no campo do abuso, fazem-se necessárias condições para o exercício do direito de ação penal cautelar, as quais não diferem das genericamente estabelecidas pela doutrina para as ações penais não condenatórias: legitimidade *ad causam*, interesse em agir, possibilidade jurídica do pedido e originalidade⁴¹. A falta de quaisquer das condições aludidas, a exemplo do que já restou assentado, implicará igualmente exercício abusivo do direito de ação cautelar.

doente tem de gastar tempo e contra o perigo da demora (*periculum in mora*) é preciso acautelar-se. O ato provisório, para usar outro símile, grosseiro mas que bem ilumina o assunto, é o torniquete aplicado no sujeito que se esvai em sangue até que seja possível suturar os vasos" (*Curso de Processo Penal*. Volume 1. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995. p. 210).

37 Assim, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. cit., pp. 421/422.

38 Neste sentido, por todos, vide CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., pp. 200/201.

39 Tal preocupação não passou despercebida pela pena de BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy: "(...) a assertiva de que na tutela cautelar tem lugar uma *summaria cognitio*, realizada em nível superficial, pode levar a interpretações perigosas. A menor profundidade na cognição, se mal compreendida, pode significar uma maior facilidade na obtenção da tutela cautelar, fazendo com que quase sempre se possa considerar que, com base em uma cognição não profunda, estão presentes os requisitos para a concessão da tutela cautelar" (*Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 420).

40 Em conformidade com o texto, invoca-se, ainda uma vez, pela precisão das palavras, a lição de BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy: "Neste caso, o juiz somente poderá realizar o juízo sobre a probabilidade de dano de acordo com os fatos que estiverem provados nos autos. Para a concessão da medida cautelar deve haver prova dos fatos dos quais se infere o perigo de dano. Neste caso, repita-se, não se exige a prova plena do perigo de dano, mas dos dados fáticos dos quais se infere tal perigo" (*Ônus da prova no processo penal*. cit., p. 427).

41 Não se faz aqui referência à *justa causa* por se tratar de condição para o regular exercício da ação penal condenatória. No sentido da exigência de condições genéricas para o exercício do direito de ação penal cautelar, sem, no entanto, qualquer referência à *originalidade* como uma daquelas condições, confira-se a lição de BARROS, Romeu Pires de Campos: "As condições da ação cautelar, embora se revistam de certas peculiaridades, são as mesmas exigidas para as outras ações: possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade ativa e passiva para a causa. Assim, se o mérito na ação cautelar consiste no exame do '*fumus boni iuris*', embora se trate de um procedimento sumaríssimo, consoante ocorre com aqueles estabelecidos para a tutela cautelar, impõe-se o exame de tais condições, liminarmente, para que possa ser examinado o '*meritum causae*'" (*Processo penal cautelar*. cit., p. 57).

2. *Os requerimentos abusivos de medidas cautelares típicas.* É desalentador o quadro de medidas cautelares apresentado pelo Código de Processo Penal brasileiro de 1941, o qual não conta, nesta temática, com nenhum rigor sistemático⁴². Há diferentes providências cautelares espalhadas pelo Estatuto Processual Penal, em diferentes Capítulos, além de outras previstas na legislação extravagante. De acordo com sistematização proposta pela doutrina, os provimentos acautelatórios tipificados pelo legislador podem ser divididos, para efeitos didáticos, em cautelas *pessoais*, cautelas *relativas aos meios de prova* e cautelas *patrimoniais*⁴³. As primeiras se concentram notadamente nas prisões provisórias e em algumas medidas de índole pessoal, como a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor (art. 294, *caput*, da Lei nº 9.503/97). Como cautelares relativas aos meios de prova, podem ser citadas, dentre outras, a busca e apreensão, a interceptação telefônica (art. 2º da Lei nº 9.296/96) e a colheita antecipada de prova testemunhal. No tocante às cautelas reais ou patrimoniais, servem como exemplos o seqüestro e a hipoteca legal (arts. 125 a 144 do Código de Processo Penal).

Quanto ao abuso no requerimento de cautelares tipificadas pelo legislador, algumas premissas podem ser estabelecidas. Primeiramente, em quaisquer hipóteses, estar-se-á diante de requerimento abusivo quando não concorram os pressupostos indispensáveis às cautelas em geral, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Mas não é só. Como já afirmado, haverá igualmente abuso quando não se fizerem presentes as condições para o regular exercício do direito de ação penal cautelar. O mesmo pode ser dito quando as medidas acautelatórias forem utilizadas com finalidades diversas das que lhe foram destinadas pelo ordenamento jurídico, ou ainda quando o legitimado incorra em erro grosseiro.

Sem o intuito de esgotar o trato de todas as medidas cautelares tipificadas em lei, passa-se ao exame de algumas delas, tentando identificar hipóteses em que seu requerimento se revele abusivo ou temerário. Para tanto, servirão como bússola as premissas apontadas acima.

No tocante às cautelas pessoais, que importam restrição da liberdade, serão destacadas, pela sua importância, as prisões provisórias. Interessarão ao presente estudo a prisão preventiva⁴⁴ e a prisão temporária⁴⁵, as quais necessariamente têm de

42 A reforma projetada para o Código de Processo Penal pretende amenizar tal problema, pois o projeto de lei nº 4.208/2001 visa a instituir um Título IX no Código de Processo Penal, o qual regulamentaria as medidas cautelares em geral, juntamente com a contracautela denominada liberdade provisória.

43 A classificação adotada segue BARRCOS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. cit., p. 70. Seguindo a mesma classificação, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 280/281; ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 234.

44 É inconteste a natureza cautelar da prisão preventiva. Neste sentido, dentre outros, *vide* BONILHA, José Carlos Mascari. *Prisão preventiva. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 256; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. cit., p. 283; FERREIRA, Denis Aceti Brasil. *A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório*. cit., p. 141.

45 Afirmando a cautelaridade da prisão temporária, *vide*, dentre muitos, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. cit., p. 290; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Limites constitucionais à prisão temporária. O processo em evolução*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 88; PEIXOTO, Nelson; KAUFFMANN, Carlos. *Breves considerações sobre a prisão temporária. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. pp. 55/56; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 311; PEREIRA, Cláudio José. *Prisões extrapenais. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 86; GOMES, Marcus Alan de Melo. *A prisão provisória: aspectos constitucionais e infraconstitucionais. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo:

ser requeridas pelo legitimado à ação penal condenatória. A prisão em flagrante, a despeito de sua cautelaridade (advinda da necessária jurisdicionalização e que visa a avaliar a necessidade da clausura)⁴⁶, não conta, logicamente, com um requerimento, não se vislumbrando, assim, possibilidade de abuso por parte da acusação. Na mesma situação, e independentemente da controvérsia acerca de sua efetiva cautelaridade, se encontram a prisão decorrente de decisão de pronúncia e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, por serem provenientes de um ato jurisdicional⁴⁷.

Como regra, deve reputar-se abusiva, importando responsabilização, a atitude do órgão do Ministério Público ou do querelante que formular requerimento de prisão preventiva ou temporária sem a presença dos aludidos pressupostos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*⁴⁸, ou que se revele arbitrário, infundado, com desvio de finalidade ou fora das hipóteses legais. Se deduzida a pretensão cautelar nestes moldes, visando à constrição indevida da liberdade, está-se diante de abuso do direito, que não deve encontrar respaldo no ordenamento jurídico. Na Constituição do Império de 1824, já havia a previsão de punição não só ao juiz que houvesse decretado uma prisão arbitrária, mas também àquele que a tivesse requerido. O art. 179, 10, daquela Carta já dispunha: “*Á excepção de flagrante delicto, a prisão não pôde ser executada senão por ordem escripta da autoridade legitima. Se esta fôr arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a lei determinar*”. Embora tal sanção não tenha sido reiterada nas Cartas Constitucionais subseqüentes, tampouco implantada a nível infraconstitucional, já se podia antever com a edição daquele preceito a preocupação em prevenir e reprimir abusos por parte dos legitimados à postulação das prisões cautelares.

Com efeito, a providência cautelar restritiva de liberdade deve ser encarada de maneira *excepcional*, como medida extrema⁴⁹, somente devendo ser manejada quando não se dispuser de outros meios neutralizadores dos riscos ao processo dito principal⁵⁰. A concepção de que tais prisões não podem converter-se em penas antecipadas é antiga, tendo-se intensificado com o advento dos ideais iluministas⁵¹. Entretanto, a

Juarez de Oliveira, 2002. p. 356.

46 Consoante a lição de JARDIM, Afrânio Silva, sobre a prisão em flagrante, “podemos firmar que, após a reforma da Lei nº 6.416/77, passou ela a depender do efetivo *periculum in mora*. Em outras palavras, a sua manutenção ficará condicionada a um criterioso juízo de necessidade, tornando visível a sua condição de verdadeira medida cautelar” (*Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal. Direito processual penal*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 260).

47 Correta a percepção de TUCCI, Rogério Lauria: “As outras duas – decorrente de *decisão de pronúncia* e resultante de *sentença condenatória recorrível* –, tendo como pressuposto o proferimento de ato decisório, assumem natureza marcadamente processual: enquanto as *tipicamente cautelares* firmam-se em fatos *extra* e *metaprocessuais*, elas ocorrem no âmbito de processo em curso, sendo necessariamente *vinculadas a ato processual*, de que derivam” (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. cit., pp. 382/383).

48 Como assevera JARDIM, Afrânio Silva, referindo-se aos pressupostos mencionados, “ao se aplicar uma prisão cautelar, não se está partindo de uma presunção de culpa, mas tutelando os fins e os meios do processo penal, tendo em vista a probabilidade de condenação e o risco de dano irreparável na demora da entrega definitiva da prestação jurisdicional” (“A prisão no curso do processo em face da nova Constituição”. *Revista de Processo*. nº 54. abril-junho 1989. p. 256).

49 CRISTIANI, Antonio concebe a custódia cautelar “come ‘l’immorale’ (‘aggettivo è di Francesco Carrara) misura estrema, che solo specifiche e motivate ragioni di necessità possono giustificare” (*Manuale del nuovo Processo Penale*. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1991. p. 242).

50 Neste sentido, NORES, José I. Cafferata: “Es que sólo *excepcionalmente*, cuando el imputado intente abusar de su libertad para frustrar el propósito de afianzar la justicia que persigue el juicio previo, nacerá el derecho del Estado de limitar o restringir su libre locomoción, siempre que tales riesgos no puedan neutralizarse por otros medios menos cruentos” (*Introducción al derecho procesal penal*. Córdoba: Marcos Lerner, 1994. pp. 176/177).

51 Durante a reação iluminista, bradava BECCARIA, Cesare: “La privazione della libertà, essendo una pena, essa non può precedere la sentenza, se non quanto la necessità lo chiede. La carcere è dunque la semplice

doutrina e a jurisprudência hodiernas não têm dado a devida ênfase ao aspecto da postulação abusiva ou indevida das cautelares pessoais. Exceção digna de nota pode ser encontrada em diplomas processuais penais modernos, como o *Código Orgánico Procesal Penal* venezuelano de 1998, que em seu *artículo 102*, embora sem estabelecer nenhuma sanção, estatuiu: “Buena Fe. Las partes deben litigar con buena fe, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede. Se evitará, en forma especial, solicitar la privación preventiva de libertad del imputado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del proceso”.

Neste trabalho, porém, arrisca-se afirmar que o exercício do direito à cautela, inspirado na má-fé, em erro grosseiro, em capricho ou mesmo no espírito emulativo do acusador, mormente quando tenha por objeto a constrição da liberdade, deve levar à sua responsabilização. Alguns exemplos podem servir a elucidar a assertiva. Vislumbra-se requerimento de prisão preventiva formulado pelo Ministério Público sem qualquer amparo em prova acerca da existência do fato criminoso ou em indícios no sentido de o acusado tê-lo praticado; tal postulação deve ter-se por temerária e abusiva, por ausência de demonstração do *fumus boni iuris*. Diga-se o mesmo de requerimento de prisão temporária sem que se evidencie o *periculum in mora* resultante da necessidade de garantir a eficácia das investigações, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1º, I e II, da Lei nº 7.960/89). Imagine-se ainda prisão preventiva requerida em decorrência de manifesto erro grosseiro por parte do acusador, como na hipótese de imputação por crime culposo, em contrariedade ao que dispõe o art. 313 do Código de Processo Penal. Ou, de maneira semelhante, prisão temporária postulada em relação a crime não constante da relação prevista no art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89. Em todos esses exemplos, e em outras hipóteses nas quais fique delineada a postulação temerária ou abusiva, a acusação não deve ficar imune à reparação do dano porventura causado.

Ainda sobre o prisma da abusividade, remarque-se que as prisões cautelares não devem ser postuladas com finalidades diversas das instituídas pelo legislador. Nesse sentido, por exemplo, inadmissíveis requerimentos de prisão preventiva ou temporária, formulados de maneira infundada, com o único intuito de intimidar ou pressionar o indiciado ou o acusado a confessar a autoria do crime, ou mesmo a colaborar com a acusação⁵². A responsabilização do acusador também nestas hipóteses deve fazer-se presente.

Quanto às cautelares relativas aos meios de prova no processo penal tem-se, exemplificativamente, as produções antecipadas de prova⁵³. No direito brasileiro, a colheita antecipada de prova testemunhal vem regulamentada no art. 225 do Código

custodia di un cittadino, finchè sia giudicato reo; e questa custodia, essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e deve esser men dura che si possa. Il minor tempo deve essere misurato e dalla necessaria durazione del processo e dall'anzianità di chi prima ha un diritto di essere giudicato. La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti” (*Dei delitti e delle pene*. Milano: Giuffrè Editore, 1973. p. 69).

52 No direito italiano, tal desvirtuamento não escapou à pena ilustre de Ferrajoli, Luigi: “E il processo nuovamente s’abassa a rapporto di forza tra l’imputato, indotto alla confessione o alla delazione dal timore del carcere e dalla speranza della libertà, e la pubblica accusa, che autoriflessivamente sperimenta in corpore vili, come nell’antica tortura, le sue ipotesi accusatorie” (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Ottava edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2004. p. 810).

53 Assim, CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y; HIJO, Ricardo Levene. *Derecho procesal penal*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945. pp. 299/300.

de Processo Penal, sendo inquestionável a sua natureza de cautela⁵⁴. À luz do que dispõe o art. 366 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.271/96, ostenta idêntica essência a “produção antecipada das provas consideradas urgentes”. Na primeira hipótese mencionada, deve ser considerado abusivo o requerimento formulado pela parte sem a demonstração do *periculum* de a testemunha “ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista”. Porém, no caso do art. 366 do Código de Processo Penal há respeitável entendimento⁵⁵ (inclusive já acolhido jurisprudencialmente)⁵⁶ que, como se está diante de revelia, todas as provas possíveis devem ser produzidas, sob pena de seu irremediável perecimento. Desse modo, o pressuposto da “urgência” para a decretação da cautela remanesce atenuado, mas não eliminado, como deflagrador de atitude abusiva ou temerária.

Outra medida que pode assumir inegável natureza cautelar, em algumas das hipóteses em que disciplinada pelo legislador brasileiro (arts. 240 e 244 do Código de Processo Penal), é a busca e apreensão, notadamente no tocante à obtenção de meios de prova⁵⁷. Assim, não deve ser admitida postulação de tal providência acautelatória sem que o legitimado demonstre haver “fundadas razões” para a busca domiciliar (art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal), ou “fundada suspeita” de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos criminosos (art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal). Em ambos os casos, tanto as “fundadas razões” quanto a “fundada suspeita” consubstanciam o *fumus boni iuris*⁵⁸, o qual, se não evidenciado pelo requerente da medida acautelatória, conduz à abusividade no seu requerimento.

A propósito, no tocante à busca e apreensão relacionada a crimes contra a propriedade industrial, o legislador foi expresso em reconhecer a possibilidade de o requerimento cautelar se apoiar na má-fé, no espírito emulativo ou em erro inescusável de quem o postula, consoante ficou estatuído no art. 204 da Lei nº 9.279/96: “Realizada a diligência de busca e apreensão, responderá por perdas e danos a parte que a

54 No sentido do texto, JARDIM, Afrânio Silva. *Reflexão teórica sobre o processo penal. Direito processual penal*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 39.

55 Como afirma HAMILTON, Sergio Demoro, “o juiz deve, desde logo, ignorando a advertência da lei, colher todas as provas que entender cabíveis pois **todas assumem caráter de urgência sob pena de perecimento**. Não se pode premiar ainda mais a revelia, suspendendo, por completo, o curso do processo, pondo a perder as provas até então amealhadas” (A revelia premiada e o sentido da expressão ‘prova urgente’. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. nº 27. 2004. p. 103). Em sentido contrário, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 274.

56 Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, com relação à produção antecipada de prova testemunhal em caso de revelia: “PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. REVELIA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA ORAL. NECESSIDADE. CPP, ARTS. 92 E 366. Na hipótese de suspensão do processo em face da revelia do réu, a memória testemunhal deve ser colhida no tempo mais próximo do fato, em face do fenômeno humano do esquecimento, sendo de rigor a sua produção antecipada. Exegese dos arts. 92 e 366, do Código de Processo Penal” (STJ, 6ª Turma, ROMS 10494/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 06.11.2000, p. 232).

57 PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos, apartando a busca da apreensão, assevera que aquela “consiste, na verdade, em *medida instrumental*, com restrição a certos direitos fundamentais, no escopo de achar, encontrar, pessoas, semoventes, coisas ou vestígios, que, de modo direto ou indireto, se relacionem com o fato, pretensamente, ilícito e típico, investigado ou perquirido. A apreensão, por seu turno, pode consistir em meio cautelar de obtenção de provas, quando visa a assegurar elementos indispensáveis à comprovação da verdade criminal pesquisada. A busca, contudo, não se dirige, tão só, para ela” (*Da busca e apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 103/104). Asseverando que em quaisquer hipóteses a busca e apreensão se revestem de natureza cautelar, TORRES, Ana Maria Campos. *A busca e apreensão e o devido processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 103.

58 Neste sentido, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 231.

tiver requerido de má-fé, por mero capricho ou erro grosseiro”. Esta norma consagra hipótese na qual se sanciona o abuso na utilização da referida medida cautelar, por intermédio da reparação, imposta ao requerente, do dano causado ao requerido.

Uma observação final se faz importante, no que diz respeito à possibilidade de abuso quanto às providências cautelares típicas. Também no processo penal, se o legitimado (Ministério Público ou querelante) houver logrado a obtenção de um provimento jurisdicional cautelar na fase pré-processual, fica obrigado a propor a ação penal no prazo legal, sob pena de sua responsabilização e de a medida decretada perder a sua eficácia. A exemplo do que ocorre no direito processual civil⁵⁹, onde o requerente de medida cautelar responde perante o requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida, se não propuser a ação principal no prazo de trinta dias previsto em lei (arts. 811, III, e 808, I, do Código de Processo Civil), deve prevalecer a mesma *ratio* para o direito processual penal.

Sem dúvida, tendo em vista a provisoriedade inerente aos provimentos cautelares, não se deve admitir que sua duração se prolongue indefinidamente, principalmente nos casos em que o provimento acautelatório seja determinado na fase inquisitorial. O legislador brasileiro não ficou desatento a esta necessidade, estabelecendo, por vezes, prazos diferenciados para o exercício da ação penal de conhecimento, quando decretada uma medida cautelar na fase pré-processual. Assim, por exemplo, decorrido o prazo máximo de duração da prisão temporária, o acusador deve exercer a ação penal condenatória principal ao final do prazo para a conclusão das investigações, sob pena de perda da eficácia da medida prisional decretada, – ressalvando-se a possibilidade de requerimento e decretação da prisão preventiva, uma vez oferecida a denúncia ou a queixa (art. 2º, § 7º, da Lei nº 7.960/89). Já o art. 45 da Lei nº 10.409/02 dispôs que “as medidas de seqüestro e de indisponibilidade de bens ou valores serão suspensas, se a ação penal não for iniciada no prazo de 180 (cento e oitenta) dias”. Em sentido assemelhado, estatuiu o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.613/98: “As medidas assecuratórias previstas neste artigo serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da data em que ficar concluída a diligência”. Não havendo prazo especificado em lei para o exercício da ação penal principal, por se tratar a cautela antecipada de restrição a direito fundamental do investigado, crê-se razoável a aplicação analógica dos prazos estabelecidos genericamente no art. 46 do Código de Processo Penal, vale dizer, cinco ou quinze dias⁶⁰, consoante se trate, respectivamente, de cautelar

59 Vale a citação, neste particular, da lição de direito processual civil comparado trazida por MOREIRA, José Carlos Barbosa: “Se la misura cautelare è stata concessa prima della pendenza della cosiddetta ‘causa di merito’ l’istante ha l’onore di proporre la domanda entro un termine perentorio, altrimenti il provvedimento cautelare perde la sua efficacia. Questo termine è di un mese nella Costa Rica (*Código Procesal Civil*, artt. 243; 244, 1), di 30 giorni in Brasile (artt. 806, 808, 1) e in Uruguay (art. 311.2), di 20 giorni nel Codice-modello (art. 274, comma 2º), di 10 giorni in Argentina (art. 207, comma 1º), nel Paraguay (art. 700) e nel Peru (art. 636), di 6 giorni nel Panama (art. 521, 11, a), di 5 giorni nella Bolivia (art. 177, 1). La ragion d’essere di tale disposizione è ovvia: si vuole evitare che l’istante, soddisfatto dal vantaggio che ha ottenuto, ritardi l’accertamento definitivo del rapporto giuridico tra le parti, per timore di un risultato sfavorevole, e così rechi un pregiudizio ingiusto alla persona che subisce gli effetti della misura cautelare” (*Le misure cautelari nel processo latino-americano. Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997. pp. 177/178).

60 Com relação às cautelas inominadas decretadas antecipadamente, pronuncia-se no mesmo sentido ALVES, Rogério Pacheco: “Decretada a cautela inominada antecipadamente pelo Juízo criminal, de que prazo disporá o Ministério Público para o oferecimento da denúncia? Tendo em vista que a medida, em qualquer hipótese, importará na restrição ao exercício de direitos e interesses juridicamente tutelados, representando um sacrifício, mesmo que legal, ao indiciado, cremos razoável a aplicação analógica do art. 46 do Código de Processo Penal, ou seja, o prazo para o oferecimento de denúncia será o de 5 dias, a contar da data em que

restritiva de liberdade pessoal, ou de outra medida acautelatória patrimonial ou relativa aos meios de prova.

Ressalve-se, porém, que, em quaisquer das hipóteses mencionadas, não se deve excluir a responsabilização pelo retardo levado a efeito pelo acusador, não obstante este porventura venha a sair vitorioso na ação penal de conhecimento tardiamente iniciada⁶¹.

3. Os requerimentos abusivos de medidas cautelares atípicas e o poder geral de cautela do Juiz. Os estudos sobre a cautelaridade no processo penal brasileiro têm sido realizados com os subsídios da dogmática já consolidada no direito processual civil. Ainda assim, não são poucas as dificuldades encontradas. Uma delas se refere à possibilidade do reconhecimento de um poder geral de cautela ao juízo criminal, a exemplo do que se passa no âmbito cível, diante da autorização constante do art. 798 do Código de Processo Civil⁶². Há quem entenda, pelo fato de existir uma tipicidade processual “não diferente da tipicidade de direito substancial”, ser juridicamente impossível a adoção de cautelas atípicas no direito processual penal⁶³. Este posicionamento já chegou inclusive a ser acolhido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal⁶⁴. Existe ainda quem assevere ser descabido um poder geral de cautela concedido ao juiz criminal, diante da impossibilidade de este adotar provimentos cautelares de ofício⁶⁵.

Entretanto, não parece acertado o entendimento que inadmite por completo a adoção de provimentos acautelatórios com fulcro em um poder genérico atribuído

o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, tomando ciência da decisão” (*O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 251).

61 Este é o posicionamento, segundo a sistemática estabelecida pelo direito processual civil, de MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Medida cautelar liminarmente concedida e omissão do requerente em propor a tempo a ação principal”. *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 296.

62 Dispõe o art. 798 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

63 É o que afirma BARROS, Romeu Pires de Campos: “Existe uma tipicidade processual não diferente da tipicidade de direito substancial. Portanto, importa verificar se o pedido do autor pode subsumir-se num dos modelos descritos nos preceitos normativos do direito vigente. Inexistindo no ordenamento jurídico a medida cautelar pleiteada, não há possibilidade jurídica para o pedido do autor” (*Processo penal cautelar*. cit., p. 58).

64 Assim já chegou a decidir a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, consoante se pode constatar da transcrição das ementas que seguem: “PROCESSO PENAL. PODER DE CAUTELA GERAL. MEDIDA PREVENTIVA. LIBERDADE. SILÊNCIO DA LEI. No campo do processo penal, descabe cogitar, em detrimento da liberdade, do poder de cautela geral do órgão julgante. As medidas preventivas não de estar previstas de forma explícita em preceito legal” (STF, 2ª Turma, HC 75662/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 17.04.1998, p. 03); “MEDIDA CAUTELAR. LIBERDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Ao contrário do que ocorre no âmbito instrumental civil, o poder de cautela, no campo penal, em jogo a liberdade do cidadão, há de estar previsto em lei. Descabe implementá-lo, tendo em conta a regressão a regime de cumprimento mais rigoroso, prevista no inciso I do art. 118 da Lei de Execução Penal, no período que antecede a audição do condenado, formalidade essencial imposta pelo § 2º do aludido artigo. Precedente: *Habeas-corpus* nº 75662-0/SP, por mim relatado, perante a Segunda Turma, e julgado na sessão de 3 de março de 1998” (STF, 2ª Turma, HC 76270/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 30.04.1998, p. 09).

65 Assim, é o que expõe PRADO, Geraldo: “Não se diga que o juiz penal dispõe de um poder geral de cautela, que o autoriza, *ex officio*, promover as providências cautelares que entenda pertinentes, pois tal poder, como no processo civil, não se exercita sem provocação da parte no feito cautelar, compreendendo-se como especial permissão para promover, na tutela dos processos principais, atuais ou potenciais, medidas a rigor não previstas na casuística típica das cautelares” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. pp. 205/206).

ao Juiz criminal⁶⁶. Com efeito, não parece razoável o confinamento das providências cautelares penais às hipóteses expressamente previstas em lei, a partir do fundamento da *tipicidade processual*. Apesar de reconhecida esta doutrinarmente⁶⁷, não faz sentido invocá-la de modo a inviabilizar as cautelas inominadas no direito processual penal, pois se presta a tipicidade a assegurar a observância do devido processo legal, não a obstar a efetividade do processo. Assim, seja no âmbito criminal, seja no âmbito civil, “sempre que houver uma concreta possibilidade de esvaziamento do exercício da função soberana de julgar, deve o Magistrado servir-se de mecanismos que razoavelmente o habilitem a garantir a sua jurisdição”⁶⁸. Decerto, soaria ilógico que o Juiz criminal, quando devidamente instado a resguardar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, por haver prova do crime, possa decretar uma cautela restritiva da liberdade como a prisão preventiva (que restringe o bem individual maior), e não lhe seja lícito, em idêntica situação, tutelar a eficácia processual por intermédio de outra medida que limite outros direitos individuais de menor envergadura. Além disso, e de maneira decisiva, revela-se invocável, consoante o autorizativo previsto no art. 3º do Estatuto Processual Penal, a aplicação analógica do art. 798 do Código de Processo Civil ao direito processual penal.

Por outro lado, figura-se correta a assertiva que o poder geral de cautela não pode decorrer de ato propulsor do próprio órgão jurisdicional⁶⁹. Mas isto não impede o reconhecimento de um poder geral de cautela ao Juiz penal, pois a este deve ser lícito exercê-lo diante de requerimento de medida inominada pelo legitimado à ação penal de conhecimento, ou em substituição à providência típica por este requerida. Neste último caso, a autorização decorreria da própria *fungibilidade* inerente aos provimentos cautelares, a qual, prevista em sede processual civil (art. 805 do Código de Processo Civil)⁷⁰, encontra também aplicação no direito processual penal⁷¹. Neste particular, exerce importante papel o princípio da *adequação*, segundo

66 Reconhecendo um poder geral de cautela ao juiz criminal, na doutrina nacional, *vide*, dentre outros, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., pp. 236/254; NOGUEIRA, Guilherme Calmon; GOMES, Abel Fernandes. “O poder geral de cautela no processo penal e o condicionamento à autorização judicial para ausentar-se da sede do juízo.” *Temas de direito penal e processo penal em especial na Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 319 e segs; HAMILTON, Sérgio Demoro. “O poder cautelar do juiz da execução penal.” *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 173.

67 Consoante os ensinamentos de GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, “afirma-se que o processo exige uma atividade típica, composta de atos cujos traços essenciais são definidos pelo legislador. Assim, os participantes da relação processual devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal, sem o que essa atividade correria o risco de perder-se em providências inúteis ou desviadas do objetivo maior, que é a preparação de um provimento final justo” (*As nulidades no Processo Penal*. 6ª ed., 2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 17).

68 ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 237.

69 Assim, PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. cit., pp. 205/206.

70 Dispõe o art. 805 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973: “Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”. A doutrina processual civil, diante desta norma, é assente no reconhecimento da fungibilidade das medidas cautelares. Assim, por todos, *vide* FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência (Fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 139.

71 No sentido do texto, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 250. A propósito, a reforma projetada para o Código de Processo Penal que tramita atualmente no Congresso Nacional consagra a fungibilidade dos provimentos cautelares. A redação sugerida pelo projeto de lei nº 4.208/2001, ao art. 282, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Penal é a seguinte: “§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em

o qual se outro provimento cautelar puder satisfazer as exigências de preservação do processo principal, não deve ser decretada a medida mais gravosa requerida⁷². À adequação na escolha das cautelares se correlaciona, de maneira integrativa, o princípio da *proporcionalidade*⁷³, que veda a restrição cautelar imposta além do estritamente necessário⁷⁴.

Alguns exemplos podem servir à elucidação da tese adotada. Imagine-se que determinado agente policial seja denunciado pela prática de tortura, figurando como vítimas e testemunhas pessoas sob a sua custódia. Caso estas porventura fossem ameaçadas, com fulcro no art. 312 do Código de Processo Penal, poderia ser decretada a prisão preventiva do acusado, por conveniência da instrução criminal. A hipótese concreta, todavia, por qualquer circunstância, poderia deixar delineado que a decretação de prisão preventiva representaria afronta ao princípio da proporcionalidade. “Por que não se admitir, então, o *afastamento provisório do servidor* como medida adequada a resguardar a coleta da prova?”⁷⁵. Tal provimento poderia ser postulado inicialmente pelo Ministério Público, ou poderia ser decretado por substituição a requerimento de prisão preventiva.

Em outro exemplo, pode-se conceber que haja risco de determinado réu fugir para o exterior, criando empecilho à aplicação da lei penal, o que, em tese, também ensejaria a decretação da prisão preventiva. Se, por qualquer razão, concluir-se que esta é um exagero para o caso concreto, o condicionamento à autorização judicial para ausentar-se da sede do juízo, com a conseqüente apreensão do passaporte do denunciado, poderia revelar-se suficiente a garantir a eficácia de possível sentença condenatória⁷⁶. Advirta-se, apenas a título ilustrativo, que tal medida, atípica no ordenamento brasileiro, encontra previsão no *Codice di procedura penale* italiano (art. 281)⁷⁷.

cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Já quanto ao art. 283, § 2º, do Código de Processo Penal, similar é a proposta de redação: “§ 2º Quando não couber prisão preventiva, o juiz poderá decretar outras medidas cautelares (art. 319)”. Neste último caso, porém, tendo em vista a remissão feita ao art. 319, parece que o projeto refuta a possibilidade de substituição da cautela típica da prisão preventiva por cautela inominada.

72 Consoante leciona CRISTIANI, Antonio, fala-se em “*adeguatezza*, nel senso che se altre misure cautelari possono soddisfare le esigenze del processo, non si possa procedere a quella più grave della custodia in carcere” (*Manuale del nuovo Processo Penale*. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1991. p. 243).

73 A este respeito, com referência ao disposto no art. 275, 2, do *Codice di Procedura Penale italiano* de 1988, afirmam CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio: “Al principio di adeguatezza, così enunciato in termini generali, si raccorda poi, con funzione integrativa, il **principio di proporzionalità**, stando al quale ogni misura ‘deve essere proporzionata all’entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata” (*Compendio di procedura penale*. Seconda edizione. Padova: Cedam, 2003. p.373).

74 No sentido do texto, quanto ao ordenamento jurídico italiano, TONINI, Paolo. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 187.

75 O exemplo é retirado de ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal* cit., p. 241.

76 Admitindo tal cautela inominada, na doutrina, NOGUEIRA, Guilherme Calmon; GOMES, Abel Fernandes. “O poder geral de cautela no processo penal e o condicionamento à autorização judicial para ausentar-se da sede do juízo.” *Temas de direito penal e processo penal em especial na Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 319 e segs; ALVES, Rogério Pacheco. “O poder geral de cautela no processo penal”. cit., p. 241. O projeto de lei nº 4.208/2001, na redação sugerida ao art. 320 do Código de Processo Penal, consagra expressamente a possibilidade de retenção de passaporte do indiciado ou denunciado, vinculada à medida cautelar de proibição de ausentar-se do país. Confirma-se a redação proposta: “Art. 320. A proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de vinte e quatro horas”.

77 Estatuiu o art. 281 do *Codice di procedura penale* italiano de 1988: “(Divieto di espatrio). 1. Con il provimento che dispone il divieto di espatrio, il giudice (279; att. 91) prescrive all’imputato (60, 61) di non uscire dal territorio nazionale senza l’autorizzazione del giudice che procede (276, 308; coord.

A seu turno, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem reconhecendo ser lícito ao Magistrado criminal exercer um poder geral de cautela, diante de determinadas situações fáticas. O Supremo Tribunal Federal, não sem controvérsia entre as Turmas que o compõe, já decidiu no sentido de ser possível, não obstante ausência de previsão legal expressa, a adoção da providência cautelar de regressão, no Juízo das Execuções Penais, no caso de fuga do condenado⁷⁸. Já no seio do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento da possibilidade de exercício do referido poder pelo juízo criminal não enfrenta grandes controvérsias⁷⁹. Em rumoroso caso envolvendo suposta “venda de alvarás de soltura” por integrante do Poder Judiciário, a Corte Especial desse Tribunal julgou ser possível o requerimento do Ministério Público no sentido de afastamento preventivo do denunciado das funções públicas⁸⁰. Em outras oportunidades, o mesmo Tribunal vem prestigiando a

215). 2. Il giudice dà le disposizioni necessarie per assicurare l'esecuzione del provvedimento, anche al fine di impedire l'utilizzazione del passaporto e degli altri documenti di identità validi per l'espatrio.

2 bis. Con l'ordinanza che applica una delle altre misure coercitive previste dal presente capo, il giudice dispone in ogni caso il divieto di espatrio”.

78 Confira-se a ementa do seguinte acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: “Direito penal e processual penal. Regime semi-aberto de cumprimento de pena. Fuga: quebra de dever disciplinar. Sanção de regressão ao regime fechado (arts. 50, inc. II, e 118, inciso I, e §§ 1º e 2º, da Lei de Execuções Penais). Direito de defesa do sentenciado. Cabimento, porém, da medida cautelar de regressão. Se até antes da condenação, pode o denunciado ser preso preventivamente, para assegurar a aplicação da lei penal, não é de se inferir que o sistema constitucional e processual penal impeça a adoção de providências, do Juiz da Execução, no sentido de prevenir novas fugas, de modo a se viabilizar o cumprimento da pena já imposta, definitivamente, com trânsito em julgado. Essa providência cautelar não obsta a que o réu se defenda, quando vier a ser preso. O que não se pode exigir do Juiz da Execução é que, diante da fuga, instaure a sindicância, intime o réu por edital, para se defender, alegando o que lhe parecer cabível para justificar a fuga, para só depois disso determinar a regressão ao regime anterior de cumprimento de pena. Essa determinação pode ser provisória, de natureza cautelar, antes mesmo da recaptura do paciente, para que este, uma vez recapturado, permaneça efetivamente preso, enquanto justifica a grave quebra de dever disciplinar, como previsto no art. 50, inc. II, da Lei de Execuções Penais, qual seja, a fuga, no caso. Tal medida não encontra obstáculo no art. 118, inc. II, §§ 1º e 2º da mesma Lei. É que aí se trata da imposição definitiva da sanção de regressão. E não da simples providência cautelar, tendente a viabilizar o cumprimento da pena, até que aquela seja realmente imposta. HC indeferido” (STF, 1ª Turma, HC 76271/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 18.09.1998, p. 03). Em sentido contrário, entretanto, já havia decidido a Segunda Turma do mesmo Tribunal: “MEDIDA CAUTELAR. LIBERDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Ao contrário do que ocorre no âmbito instrumental civil, o poder de cautela, no campo penal, em jogo a liberdade do cidadão, há de estar previsto em lei. Descabe implementá-lo, tendo em conta a regressão a regime de cumprimento mais rigoroso, prevista no inciso I do art. 118 da Lei de Execução Penal, no período que antecede a audição do condenado, formalidade essencial imposta pelo § 2º do aludido artigo. Precedente: Habeas-corpus nº 75662-0/SP, por mim relatado, perante a Segunda Turma, e julgado na sessão de 3 de março de 1998” (STF, 2ª Turma, HC 76270/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 30.04.1998, p. 09).

79 Ficou consignado em ementa de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “Mandado de segurança. Busca e apreensão. Medida deferida para apurar a materialidade de eventual crime contra a propriedade industrial. Não há de se identificar no ato do Magistrado, a quem cabe o poder geral de cautela, procedimento que viole direito líquido e certo. Recurso desprovido” (STJ, 6ª Turma, RMS 4179/PR, Rel. Min. William Patterson, DJU de 03.03.1997, p. 4707).

80 O caso noticiado foi colhido do *Informativo nº 89* do Superior Tribunal de Justiça: “Após afastar as preliminares de cerceamento de defesa e incompetência desta Corte para aplicar o art. 29 da LOMAN (LC nº 35/79), recepcionado pela CF/88, conforme já assentado pelo STF, a Corte Especial determinou o afastamento do Magistrado de suas funções como Desembargador e Vice-Presidente de Tribunal de Justiça Estadual. Considerou-se que, dentro da amplitude conferida pelo ordenamento jurídico a este Superior Tribunal e recebidas as denúncias com elementos colhidos nesta instância, não seria pertinente devolver ao próprio TJ o exame do pedido do MP de afastamento preventivo. Destarte, sendo este Tribunal competente para receber a denúncia e processar os denunciados (art. 105, I, CF/88), incumbe-lhe, conseqüentemente, apreciar também as medidas acautelatórias e incidentais sobre o processo. Outrossim, ainda que inaplicável o art. 29 da LOMAN, o afastamento amolda-se ao poder de cautela do Juiz. Ademais, seria incoerente se este Tribunal pudesse tomar medidas restritivas de liberdade e não pudesse adotar o

admissibilidade da retenção de passaporte como cautela inominada⁸¹.

Entretanto, para que se estabeleça um equilíbrio entre as exigências de acautelar a eficácia prática do processo e o interesse do indivíduo em não suportar restrições em seus direitos individuais⁸², devem ser fixados limites específicos ao poder geral de cautela. A finalidade destes limites consiste precisamente em empecer requerimentos abusivos de providimentos acautelatórios inominados, bem como o uso indevido do poder cautelar genérico por parte do Magistrado⁸³, em substituição à postulação de cautelas tipificadas em lei. Dentre outras, uma das limitações referidas se consubstancia na impossibilidade de utilização do poder genérico cautelar quando o legislador tenha determinado de maneira taxativa as hipóteses que ensejam providências típicas⁸⁴. Neste particular, por exemplo, não seria lícito ao Ministério Público formular requerimento de prisão temporária fora dos casos previstos no art. 1º da Lei nº 7.960/89, ao fundamento de ser possível ao Magistrado a utilização de poder cautelar genérico para a decretação. De igual maneira, seria incabível a decretação de interceptação telefônica, via cautela inominada, fora das hipóteses autorizativas constantes dos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.296/96. Nestes exemplos, a inadequação da cautelar atípica resulta da impossibilidade de afastamento dos pressupostos das providências acautelatórias típicas já estabelecidos restritivamente pelo ordenamento jurídico⁸⁵.

Não obstante todas essas considerações, cabe advertir que o projeto de reforma do Código de Processo Penal que tramita no Congresso Nacional parece

menos, o afastamento do acusado de suas funções, uma vez que há duas ações penais tramitando nesta Corte e ambas com fatos graves imputados ao Magistrado no exercício do cargo. Precedente citado do STF: *HC 77.784-MT, DJ 18/12/1998* (STJ, Corte Especial, Inq. 259/AM, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 21.03.2001).

81 A título exemplificativo, transcreve-se ementa de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Processo penal. *Habeas corpus*. Embargos infringentes ou de nulidade a serem interpostos. Competência do relator do recurso em sentido estrito para o exame do juízo de admissibilidade. Prisão preventiva decretada sem nenhuma demonstração de sua necessidade. Nulidade. Manutenção, porém, da proibição de viajar para o exterior e retenção de passaporte. 'Writ' concedido para que o paciente fique em liberdade até que o Tribunal de Justiça decida o mérito. (...) Se o paciente continua solto, não faz sentido sua prisão só porque ele cuidava de regularizar proibição de seu ingresso em determinado país estrangeiro. Assim, sua prisão padece de justa causa. Retenção, todavia, do passaporte e manutenção da proibição de viajar para o exterior" (STJ, 6ª Turma, *HC 2868/SP*, Rel. Min. Adhemar Maciel, *DJU* de 24.03.1997, p. 9066).

82 Com razão, BARROS, Romeu Pires de Campos se refere ao contraste entre "os interesses do Estado em impor a medida cautelar e o interesse do indivíduo em não suportá-la". Conclui o citado autor: "Portanto, se está patente no processo cautelar penal o problema de garantir o exercício do direito de cautela, ocorre que, também nele é que se garante ao imputado contra o abuso do poder cautelar" (*Processo penal cautelar*. cit., p. 18).

83 Perfeita a advertência de MOREIRA, José Carlos Barbosa, quanto à utilização de cautelares atípicas no direito processual civil brasileiro: "In Brasile si vengono utilizzando negli ultimi anni con molta frequenza misure cautelari 'atípiche'. Non pare spropositato parlare al riguardo di una vera e propria *inflazione*, forse non meno impressionante di quell'altra che da tanto tempo devasta il paese nel campo economico... Da un certo punto di vista ci si potrebbe rallegrare alla constatazione che i giudici non esitano tanto in questo caso quanto in altri ad esercitare i poteri conferiti loro dalla legge. Ma forse proprio qui sarebbe consigliabile una maggior dose di autocontrollo per prevenire alcuni eccessi" (*Tendenze evolutive del processo civile. Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 41).

84 Precisa, neste particular, a observação de ALVES, Rogério Pacheco: "Não será possível a título de tutela cautelar geral, igualmente, a decretação de prisão fora dos casos, *numeris clausus*, previstos e disciplinados pelo legislador, ou seja, a decretação de *prisões atípicas* (...) Na mesma linha de motivos, também não caberá a decretação de interceptação telefônica, via cautela inominada, fora das hipóteses autorizadas pela Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 (arts. 1º e 2º)" (*O poder geral de cautela no processo penal*. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 15. jan./jun. 2002. p. 248).

85 Assim, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 248.

tender a minimizar (mas não excluir!) o poder geral de cautela do juízo criminal para a adoção de provimentos acautelatórios inominados, ao fazer a previsão de várias medidas cautelares até então não tipificadas⁸⁶. A propósito, no tocante à prisão preventiva, o projeto referido parece somente autorizar sua substituição, pelo Juiz, por outra cautela tipificada⁸⁷. A diminuição a que se alude decorria do fato de o poder cautelar genérico do Magistrado somente poder atuar nos campos não disciplinados, em específico, pelo legislador⁸⁸.

**Publicado originalmente na Revista nº 24 jul./dez. 2006, p. 23.*

86 O projeto de lei nº 4.208/2001 pretende dar a seguinte redação ao art. 319 do Código de Processo Penal: “Art. 319. As medidas cautelares diversas da prisão serão as seguintes: I - comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o acusado ou indiciado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais; VII - internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26, parágrafo único, do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial”.

87 Esta é a proposta de redação dada pelo projeto de lei nº 4.208/2001 ao art. 283, § 2º, do Código de Processo Penal: “§ 2º Quando não couber prisão preventiva, o juiz poderá decretar outras medidas cautelares (art. 319)”.

88 Neste sentido, quanto à última assertiva, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 249.

O VALOR MÍNIMO DA INDENIZAÇÃO CÍVEL FIXADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA PENAL: NOTAS SOBRE O NOVO ART. 387, IV DO CPP

ANTONIO DO PASSO CABRAL*

SUMÁRIO. 1. Introdução. Incidência múltipla e sistemas de interferência entre as jurisdições civil e penal. 2. Objetivo da reforma. Celeridade. Alteração do papel da vítima no processo penal brasileiro. 3. A quantificação do dano como poder-dever do juiz, condicionado à existência de elementos probatórios suficientes. 4. Desnecessidade de requerimento. Ampliação legal da cognição. Ausência de violação ao sistema acusatório ou à correlação entre acusação e sentença. 5. A proteção ao devido processo legal: valor mínimo e restrição da coisa julgada. 6. Necessária observância do contraditório. 7. Interesse recursal na apelação. 8. Fixação em capítulo próprio da sentença. Critérios para a fixação do valor. 8.1. Fixação nas hipóteses de coautoría. A diferença das responsabilidades civil e penal. 8.2. Crimes em que o sujeito passivo é o Estado. A execução fiscal e o conceito de dívida ativa não tributária. 8.3. A questão dos danos morais. 9. A questão dos limites subjetivos da coisa julgada. 10. Conclusão. 11. Bibliografia.

RESUMO: A recente reforma do processo penal brasileiro reagrupou as relações entre a jurisdição civil e criminal, inovando na possibilidade de que o juiz fixe, desde logo, na sentença penal condenatória, um valor mínimo para a indenização civil *ex delicto*. Diversas questões práticas e inúmeros problemas teóricos surgem da aplicação deste dispositivo, especialmente porque, em se tratando de tema muito recente, ainda não se vê posicionamento claro da jurisprudência.

Palavras-chave: Processo Penal. Reforma. Art.387, IV do CPP. Fixação do valor mínimo da indenização na sentença penal condenatória.

Abstract: The reforms of the brazilian Criminal Procedure Code rearranged the relations between civil and criminal jurisdiction, allowing the judge to establish in the criminal sentence the minimum amount of indemnization to the victim. A lot of practical questions and several theoretical problems arise from the application of these new statute, specially because as it is a very recent, one can't still see a clear and uniform development among our national courts.

Key-Words: Brazilian Criminal Procedure Code. Reform. Criminal sentence. Minimum amount of the compensation.

* Professor-Adjunto de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Processual pela UERJ e pela Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians-Universität*). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutorando pela Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Membro da *International Association of Procedural Law*, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Teuto-Brasileira de Juristas (*Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung*). Procurador da República no Rio de Janeiro.

1. Introdução. Incidência múltipla e sistemas de interferência entre as jurisdições civil e penal.

O fenômeno da incidência múltipla permite que um mesmo fato jurídico repercuta e tenha consequências jurídicas em diversas esferas: penal, civil, administrativa. Assim, quando praticado um crime, além da repressão através da pena, pode ser cabível sanção administrativa ou disciplinar, e também a reparação do dano patrimonial causado à vítima.¹

Os sistemas no direito comparado variam entre modelos diversos no que tange à possibilidade de que o juízo criminal fixe diretamente, na própria sentença penal, o valor da indenização civil.² Dentre estes modelos, os mais importantes são os sistemas da separação e da adesão. O sistema da separação proíbe que seja postulada reparação civil no processo penal (modelo anglo-americano e holandês). Já o sistema da adesão, previsto na Itália, Alemanha e Portugal, determina a fixação da indenização pelo juízo penal, postulada, ou pela vítima e seus sucessores (chamados frequentemente de “partes civis”), ou pelo Ministério Público como substituto processual.³ E restringe, por consequência, os requerimentos indenizatórios no juízo cível.

No Brasil, a evolução legislativa foi a seguinte: no Código Criminal do Império de 1830 foi adotada a adesão facultativa, pois a vítima poderia requerer a reparação no juízo cível. Posteriormente, sobreveio o modelo da adesão obrigatória, a partir do Código de Processo Criminal do Império de 1832. Com o advento da Lei n. 261 de 1841, passou-se a adotar o sistema da separação entre as instâncias civil e criminal, que vige até os dias atuais e desvincula a sanção penal da responsabilidade civil.⁴ É verdade que o projeto de novo Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional, prevê a adesão facultativa da parte civil,⁵ mas ainda vige nosso modelo de separação de instâncias, regra consagrada no art.1525 do Código Civil de 1916, e reproduzida no Código Civil de 2002 (art. 935): “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

1 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 26ª ed., vol. II, 2004, p.2; BURINI, Bruno Corrêa. *Efeitos civis da sentença penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p.36.

2 TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol.I, tomo II, 1956, p.107-113; *Idem*, *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol.III, 1959, p.432 e ss; ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. São Paulo: RT, 2ª ed., 2000, p.44; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008, p.238. Sobre a história romana, e a comparação entre os sistemas francês e os diversos modelos dos *Ländern* à época, Cf. BINDING, Karl. *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 5ª ed., 1904, p.115-116.

3 No sistema italiano, discute-se se a parte civil é litisconsorte, terceiro interveniente ou se haveria conexão de causas. Cf. LEONE, Giovanni. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. Napoli: Dott.Eugenio Jovene, 1954, p.117-118 e 121. Na Alemanha, Cf. VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. München: C.H.Beck, 6ª ed., 2008, p.341; BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. Heidelberg: C.F.Müller, 10ª ed., 2008, p.359 e ss.

4 CÂMARA, Alexandre Freitas. “Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal – reflexões sobre a Lei n.11.719/2008”, in *RDPP*, n.56, junho-julho, 2009, p.72; TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.113-115; *Idem*, *Instituições de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.439-440.

5 Sistema similar é adotado na Suíça, como nos mostra SCHMID, Niklaus. *Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozesses des Kantons Zürich und des Bundes*. Zürich: Schulthess, 4ª ed., 2004, p.170: “In dem von den Strafverfolgungsbehörden von Amtes wegen betriebenen Strafverfahren beschränkt sich die Rolle des Verletzten üblicherweise darauf, als Zeuge oder Auskunftsperson über den Deliktshegang auszusagen und/oder im Sinne eines Zivil- oder Adhäsionsklägers für den erlittenen Schaden (eingeschlossen Genugtuung und Zins) Ersatz zu beanspruchen. Es soll dem Geschädigten ermöglicht werden, gleichsam im Schlepptau des Strafverfahrens und vor der gleichen Instanz Schadenersatz zu erlangen. Ein zusätzlicher Zivilprozess gegen den Täter wird ihm so erspart, obwohl er einen solchen separat führen kann”.

Pela leitura do dispositivo, vê-se que a separação de instâncias não é absoluta, mas mitigada, imersa num mecanismo de interferência, com prevalência da jurisdição penal.⁶ Se as questões referidas do art. 935 do CC não forem decisivamente definidas na esfera penal, mantém-se aberta a via cível. Neste sentido, o art. 66 do CPP complementa: “não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

Esse modelo de separação relativa de instâncias foi moldado a reboque da publicização do direito penal. Como se sabe, nos primórdios de sua trajetória histórica, o direito penal era “privatizado”, e a sanção penal protegia um direito subjetivo da vítima. Aos poucos, a repressão penal passou a tutelar interesses públicos, valores dignos de proteção no ordenamento jurídico (os bens jurídicos), e com isso uma das consequências naturais seria apartar discussões sobre questões patrimoniais do processo criminal.⁷ A vítima teve seu papel reduzido e limitadas suas faculdades processuais. No mais, entendia-se que a responsabilidade penal, por ser obrigatória como regra, deveria ser separada da responsabilidade civil, esta facultativa porque toca interesses disponíveis.⁸

Nesse contexto, nosso sistema da separação de instâncias não previa a fixação de indenização em favor da vítima no processo penal, mas sempre atribuiu ao lesado a ação civil *ex delicto*, ajuizada no juízo cível para obtenção da indenização, ainda que na pendência da ação penal (art.64 do CPP).⁹ A vítima lesada tem ainda a opção de aguardar o trânsito em julgado da discussão criminal e utilizar a sentença penal condenatória como título executivo na esfera cível (art.475-N, II do CPC), porque um dos efeitos “genéricos” da sentença penal condenatória, automático e que não precisa sequer ser mencionado pelo juiz na sentença, é tornar certa a obrigação de indenizar (art.91, I do CP).¹⁰

Cabe lembrar que, mesmo sendo título executivo, a sentença penal condenatória transitada em julgado, como não continha, historicamente, fixação do valor da indenização, era um título carecedor de um dos requisitos para sua constituição válida: a liquidez. Fazia-se necessária a instauração prévia de processo de liquidação de sentença para que fosse quantificado o valor do dano e então executada civilmente a condenação criminal (utiliza-se até hoje a liquidação por artigos, prevista no art.475-E do CPC).

6 Interferência que se observa também na Argentina. Cf. MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2ª ed., 3ª Reimpressão, 2004, p.178.

7 Sobre as teorias e a terminologia em torno do bem jurídico, com referências tanto ao direito brasileiro como em relação ao debate no estrangeiro, é lapidar a síntese empreendida por GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n.49, 2004, *passim*; ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: RT, 5ª ed., 2004, p.438 e ss. Sobre a publicização do direito penal e o bem jurídico, Cf. VON LISZT, Franz. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin: J.Guttentag, 8ª ed., 1897, p.59-61, especialmente nota 1 da p.59-60.

8 HERTEL, Daniel Roberto. “Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória”, in *Revista da AJURIS*, vol.36, n.114, junho, 2009, p.63.

9 Claro que, se a ação civil for ajuizada na pendência da ação penal (art.64 CPP), é medida cautelosa suspender a demanda cível para não gerar decisões conflitantes. (art.63, parágrafo único CPP). A suspensão da ação civil *ex delicto* é facultativa, a teor dos arts.110 e 265, IV, a, do CPC, mas convém. Cf.TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal. Op.cit.*, p.442; HERTEL, Daniel Roberto. “Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória”, *Op.cit.*, p.68. Sobre o tema, Cf.OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 11ª ed., 2009, p.171; MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, vol. I, 1980, p.235-236.

10 MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal. Op.cit.*, p.238-239.

Essa equação entre as esferas criminal e cível revelava um cenário pernicioso que tornava a reparação civil do dano decorrente de um fato criminoso mais demorada e cara, seja pela ação civil *ex delicto*, seja pelas delongas do processo de liquidação. Além disso, era um modelo que multiplicava o número de processos em tramitação no Judiciário, ainda que a cognição judicial, em todos eles, tivesse pontos comuns de fato e de direito.¹¹

A recente reforma do processo penal modificou os arts.63 e 387, IV do CPP, afirmando que o juiz fixará o valor mínimo da indenização dos danos decorrentes da infração penal, tornando o título executivo *parcialmente* líquido. O art.63, parágrafo único do CPP afirma ainda que o valor fixado na sentença penal não impedirá que a parte busque a liquidação para apuração de quantia superior, obtendo, assim, a integral reparação do dano. Note-se que uma só sentença penal pode dar ensejo, concomitantemente, a uma execução pela parcela líquida (o valor mínimo fixado) e à liquidação para fixar o *quantum* do restante.¹² Neste ponto aplica-se o art.475-I, §2º, do CPC.

A aplicação prática desses novos dispositivos vem criando uma série de problemas e fomentando grande número de indagações sobre seu correto tratamento. O desenho de um sistema coerente e que coordene processo civil e processo penal é um grande desafio para quem estuda a nova legislação. Tentaremos, nas linhas seguintes, passar nossas primeiras ideias e impressões a respeito.

2. Objetivo da reforma. Celeridade. Alteração do papel da vítima no processo penal brasileiro.

O principal objetivo da reforma foi conferir celeridade à indenização, sem que o lesado tenha que suportar a demora do processo de liquidação de sentença ou ajuizar ação autônoma: algum valor já fica definido desde logo.¹³

Mas também foi escopo da nova regra reduzir o número de processos, acompanhando uma tendência mundial de resolver certas questões, em casos de incidência múltipla, na mesma relação processual, procurando reduzir ou apagar, de uma só vez e aproveitando a cognição sobre pontos comuns, todos os efeitos que o crime possa ter gerado.¹⁴

Ao mesmo tempo, e talvez mesmo sem que este fosse um objetivo direto da lei, a nova regra remodela o papel da vítima no processo penal brasileiro, o que também foi sentido no direito comparado nas últimas décadas.¹⁵ Com efeito, o lesado passa

11 Em favor do modelo da cumulação de questões cíveis e criminais no mesmo processo, argumenta-se com economia processual e a vantagem em aceitar a colaboração do ofendido, sem contar a necessária coerência das decisões por serem juízos sobre fatos idênticos. Cf. VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. *Op.cit.*, p.341; TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.433-434.

12 HERTEL, Daniel Roberto. "Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória", *Op.cit.*, p.69-70.

13 O que veio afirmado expressamente na exposição de motivos da lei reformadora, publicada na Mensagem n.213, em 30.03.2001, no Diário da Câmara dos Deputados, p.9510.

14 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. *Op.cit.*, p.5.

15 Na Alemanha, p.ex., a *Opferschutzgesetz* de 18.12.1986 ("lei de proteção de testemunhas"), em vigor a partir de 01.04.1987, já alterara a assistência, o procedimento da adesão para fins da reparação *ex delicto* (*Adhäsionsverfahren*) e os poderes da vítima no processo penal alemão. Posteriormente, em 24.06.2004, pela lei de reforma dos direitos das vítimas (*Opferrechtsreformgesetz* ou *OpferRRG*) os direitos das vítimas foram precisados e ampliados. Sobre a evolução, Cf. ROXIN, Claus. "Einführung", in *Strafprozessordnung*. München: Deutscher Taschenbuch, 45ª ed., 2009, p.XXI e XXIV.

a ter seus interesses patrimoniais parcialmente tutelados, o que imporá certamente novas configurações das faculdades e poderes processuais do assistente de acusação.

Vê-se, então, uma tendência de “redescobrimto” da vítima, que se reflete na preocupação do sistema penal com a reparação civil.¹⁶ É verdade que, sistemicamente, o modelo penal brasileiro sempre esteve atento à reparação do dano, o que se percebia em diversas disposições do Código Penal, das quais se pode ver que a reparação possibilita *sursis* especial (art.78 § 2º); é condição do livramento condicional (art.83, IV); pode ser causa de diminuição de pena (art.16) ou circunstância atenuante (art.65, III, b), a depender do momento em que empreendida; é condição para a reabilitação (art.94, III) e causa de extinção da punibilidade no peculato culposo (art.312 § 2º). E a redescoberta da vítima vem sendo notada também, de algum tempo, em vários diplomas legais do direito processual penal, como na Lei 9.807/99, que trata da proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas, na composição civil dos danos (positivada na Lei 9.099/95) ou na reparação do dano como condição para a transação penal em crimes ambientais, prevista pela Lei 9.605/98 (art.26). No bojo das recentes reformas, o ofendido teve também ampliados seus poderes processuais (art.201 do CPP). Então, cabe enfatizar que esta alteração do art.387, IV do CPP não é uma mudança brusca, mas resultado de um processo gradual.¹⁷

No mesmo sentido, queremos destacar que a possibilidade do juiz fixar, na sentença penal, montante indenizatório em favor da vítima do delito não é novidade no ordenamento brasileiro. O Código de Trânsito já previa, em seu art.297, uma multa reparatória para a vítima quando a infração tiver causado prejuízos materiais, estabelecendo ainda que a multa será descontada da indenização fixada no cível. Outra disposição similar já tinha sido introduzida no próprio Código Penal pela Lei 9.714/98, que criou a pena de prestação pecuniária, que pode ser revertida em favor da vítima. Embora seja uma pena (sanção criminal), e tenha seu valor balizado e limitado pela lei, seu valor será descontado na indenização total a ser fixada na esfera cível (art.45 §1º do CP).

Diante desse quadro legislativo, anterior à última reforma, é possível afirmar que tenha havido alguma mudança nas relações entre as instâncias penal e civil? Teria a nova disposição do art.387, IV do CPP quebrado o modelo de separação das instâncias? Em nosso sentir, não se altera a classificação de nosso sistema, que continua baseado no modelo de separação. Como nenhum sistema é totalmente puro, trata-se apenas de mais uma atenuação da separação de instâncias brasileiras, que já era mitigada.¹⁸ Ou seja, nosso sistema se mantém, mas ganhou, agora, outra exceção. As instâncias continuam independentes, até porque a vítima continua podendo recorrer ao juízo cível para obter a total reparação do dano.¹⁹

16 BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; OLIVEIRA, Ana Schmidt de. *A vítima e o Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17ª ed., 2009, p.581.

17 PRADO, Geraldo. “Justiça penal consensual”, in *Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

18 Com razão MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.241. Sobre a “impureza” dos sistemas no direito comparado, Cf. TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.107.

19 Claro que, para chegarmos a esta conclusão, compreendemos a parcela do *quantum* indenizatório como sendo componente de um dos efeitos secundários extra-penais da sentença condenatória, e não uma pena, à moda da prestação pecuniária.

3. A quantificação do dano como poder-dever do juiz, condicionado à existência de elementos probatórios suficientes.

Cabe perquirir qual o espaço de conformação que a regra do art.387, IV do CPP confere ao juiz. A literalidade do texto (“fixará”) mostra que se trata de um poder-dever. Não existe faculdade do magistrado. A lei pretendeu, como vimos, facilitar e acelerar a indenização *ex delicto*. Para tanto, a recente reforma ampliou apenas as possibilidades de cognição do magistrado na esfera penal. Com efeito, além de já ser um efeito automático da condenação “tornar certa a obrigação de indenizar”, permite-se agora que o juiz conheça dos prejuízos civis e seja quantificada quantia mínima, desde logo, no próprio processo criminal. Porém, ao contrário do efeito genérico de tornar certo o dever de indenizar, a fixação do *quantum* mínimo da reparação civil é um efeito secundário (ou anexo) da condenação, e tem que constar expressamente da sentença.²⁰

Não obstante, dizer que se trata de um poder-dever que deve constar da sentença não significa dizer que sempre haverá fixação da indenização ou tampouco que qualquer omissão em mencionar na decisão o *quantum* permita impugná-la. A quantificação do valor mínimo indenizatório depende da existência de provas nos autos que permitam ao juiz aferir a extensão do dano ou ao menos ter algum parâmetro para tanto. E não poderá o juízo criminal ampliar demais a atividade probatória a respeito do dano civil para não causar desvios procedimentais ou subverter a correta condução do processo para a solução da pretensão punitiva.

Em muitos casos, a avaliação não trará grandes dificuldades para o juízo, e tampouco introduzirá largos incidentes probatórios. Os exemplos são muitos, tanto na esfera federal como estadual. Pensemos em casos de roubos e furtos, onde o inventário de bens subtraídos, com avaliação indireta, ou um ofício do órgão público lesado, serviriam como balizamento razoável para o mínimo indenizatório; ou ainda um simples ofício do INSS quantificando o valor atualizado do benefício fraudado. Outras vezes, porém, será difícil fixar qualquer valor, mesmo mínimo, pela complexidade dos delitos envolvidos.

De fato, pode ocorrer que não haja elementos suficientes para fixar qualquer valor, inclusive mínimo, nas causas referentes a delitos muito sofisticados e a condutas que lesem uma grande quantidade de indivíduos. Exemplos são alguns crimes financeiros, fraudes societárias, formação de cartel, *insider trading*, etc, que podem gerar prejuízos variados a investidores, agentes econômicos, acionistas minoritários, muitos dos quais são ainda desconhecidos e outros que podem nem mesmo ter ciência da fraude ou do processo criminal. Nestes casos, os parâmetros para aquilatar o “mínimo” podem não ser trazidos aos autos sem sacrifício do bom andamento processual.

Isso pode ocorrer também nos crimes “tradicionais”. Sem embargo, e sobretudo nos delitos contra a vida e contra a honra, pode ser que também exista dificuldade em empreender a quantificação do valor do dano sem que se abram grandes incidentes instrutórios a este respeito.²¹ Em todas estas hipóteses, pode o juiz deixar de fixar o valor.

20 BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, in NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Reformas do processo penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p.283; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A sentença penal como título executório civil”, in *Revista de Direito Penal*, n.4, out-dez, 1971, p.46-47. Contra, afirmando não ser efeito da condenação e ser apenas uma faculdade do magistrado, RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Op.cit., p.581.

21 TJ/PR – Processon.0569880-2 – Rel.Des.EduardoFagundes,j.03.09.2009;TJ/RJ – Apelação.n.2008.050.06896

Entretanto, como se trata de poder-dever, o juiz deverá justificar a impossibilidade de quantificação.²² Por conseguinte, sendo ou não possível a quantificação, a ausência de manifestação do magistrado na sentença é atacável por meio dos embargos de declaração. Quando for possível quantificar, o vício será a violação do dever legal de fixar o valor mínimo; e quando não for possível, o vício será a ausência de justificação desta impossibilidade.

A legitimidade para embargar, contudo, é restrita: como se trata de um interesse patrimonial, disponível e individual, só o ofendido poderá recorrer, até porque é vedado pela Constituição da República que o Ministério Público patrocine causas individuais disponíveis. Apenas uma exceção pode ser imaginada para esta legitimidade: quando a ação civil *ex delicto* puder ser ajuizada pelo MP, na forma do art.68 do CPP, é natural que ao *parquet* seja também assegurada a legitimidade recursal contra a parte da decisão que fixou erroneamente ou deixou de fixar o valor mínimo da reparação. Lembremos que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a norma do art.68 do CPP é constitucional se (e enquanto) a Defensoria Pública não estiver adequadamente instalada para desincumbir-se da tarefa de tutela dos hipossuficientes econômicos.²³

4. Desnecessidade de requerimento. Ampliação legal da cognição. Ausência de violação ao sistema acusatório ou à correlação entre acusação e sentença.

Tem-se entendido majoritariamente que não é necessário requerimento para que o magistrado fixe o valor mínimo da condenação. Por força do art.387, IV do CPP, a cognição judicial e o *thema decidendum* são estendidos *ope legis* à quantificação do dano, isto é, o poder de fixar o valor mínimo decorre diretamente da lei, já que o objetivo da reforma é tornar, ao menos parcialmente, o título executivo líquido.²⁴

De fato, o pedido ou requerimento a respeito foi dispensado pelo legislador, até porque a vítima muitas vezes desconhece o direito à indenização ou possui algum temor em ajuizá-lo. Assim tem sido também o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.²⁵

- Rel.Des.Marcus Quaresma Ferraz - Julg.18/02/2009: "(...) Tribunal do Júri. Artigo 121, § 2º, inciso IV e § 4º (...) No tocante a fixação da indenização, de acordo com a nova redação conferida ao artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, é grande a dificuldade de, no processo penal, ter a efetiva comprovação do valor dos danos sofridos pela vítima, ou pelos seus sucessores, principalmente quando esses sequer participaram do feito como assistentes, como no presente caso. O juiz, na verdade, não dispõe de elementos suficientes de convicção para aferir o valor da indenização, e, desse modo, é certo que deverá exercer esse novo atributo de forma muito cautelosa, a fim de que não sejam praticadas injustiças, suprimindo do réu seus direitos fundamentais de exercício da ampla defesa e contraditório. Em consequência, como bem determinou a nova disposição legal, o juiz deverá restringir-se a fixação de um valor mínimo de indenização, e, assim, percebe-se com nitidez o exagero do quantum fixado na sentença, que muito além das indenizações globais, integrais, fixadas nos juízos cíveis, que se utilizam de todas as garantias atinentes ao devido processo legal para a correta fixação dessas indenizações, atribuiu o valor elevadíssimo de 100 salários mínimos, forçando frisar que tanto o apelante como a vítima têm precária situação financeira. Apelo parcialmente provido, para adequar as penas e fixar o valor mínimo da indenização na quantia correspondente a quatro salários mínimos, mantidas as demais cláusulas da sentença".

22 MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.242; BALTAZAR JR., José Paulo. "A sentença penal de acordo com as leis de reforma", *Op.cit.*, p.285.

23 Confira-se RE 196.857, Rel.Min.Ellen Gracie, j.06.03.2001.

24 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.170; BALTAZAR JR., José Paulo. "A sentença penal de acordo com as leis de reforma", *Op.cit.*, p.286.

25 TJ/RJ - Apelação n.2009.050.03079 - Rel.Des.Siro Darlan de Oliveira - julg.11/08/2009; TJ/RJ -

Se não é necessário requerimento, entendo que devam ser afastados todos os argumentos que apontam ofensa à correlação entre acusação e sentença ou ao sistema acusatório.²⁶ Ou ainda posicionamentos que concluem pela inconstitucionalidade da postulação, se formulada pelo MP em favor da vítima, porque um tal pedido do órgão acusatório em benefício do ofendido seria decorrente de uma legitimidade extraordinária não prevista em lei.²⁷ Sem embargo, se houvesse necessidade de requerimento, a reparação deveria ser postulada pela vítima, como nos sistemas europeus de adesão, o que não é o caso brasileiro, antes ou depois da nova lei.

5. A proteção ao devido processo legal: valor mínimo e restrição da coisa julgada.

Numa primeira aproximação, as restrições probatórias sobre a extensão dos danos civis poderiam ferir direitos processuais do réu, que poderia ver violado o devido processo legal e sobretudo seu direito à prova, que reflete importante aspecto da ampla defesa: o direito de defender-se provando.²⁸ Isto se dá porque, no curso do processo-crime, seria inconveniente abrir instrução probatória muito detalhada, ou ainda introduzir espaço de larga cognição judicial a tal respeito, o que poderia gerar transtornos à boa tramitação do processo penal.

Porém, a lei, de alguma forma, procura atenuar os prejuízos que o réu poderia sofrer em seu direito de defesa, ao prever que a fixação do valor do dano, no juízo criminal, pode gerar apenas uma avaliação parcial. Trata-se de uma compensação sistêmica a este déficit defensivo. Ao juiz cabe fixar o *valor mínimo*, deixando a definição do valor integral do dano sofrido para um procedimento mais alongado, sem restrições de prova e onde todas as garantias fundamentais processuais serão amplamente observadas.

Assim, se os argumentos e a prova a serem levados ao processo penal para a definição do prejuízo não podem ser sempre muito aprofundados, a fórmula que a legislação encontrou para, ao mesmo tempo, facilitar a indenização ao lesado e proteger os direitos do réu ao devido processo legal, foi limitar a indenização, na sentença condenatória penal, apenas ao valor mínimo do dano, que deverá ser descontado na esfera cível.

Apelação n.2009.050.04847 - Des.Suely Lopes Magalhães - Julg. 19/08/2009 - "(...) Embora desnecessária a manifestação do Ministério Público, cabe ao juízo considerar o prejuízo sofrido pela vítima, nos termos exatos do artigo 387, inciso IV, do CPP, e justificar adequadamente a fixação do valor a ser pago a título de reparação. (...)"; TJ/RJ - Apelação n.2009.050.00995 - Des.Suely Lopes Magalhães - julg.11/03/2009: "(...) Desnecessário o pedido formal com vistas a apuração do valor mínimo para a reparação, quando este encontra-se cabalmente demonstrado."

²⁶ Pela necessidade de pedido, RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Op.cit., p.582-583. Câmara afirma que haveria incompatibilidade da regra com o sistema acusatório. Se o MP não pode formular pedido a respeito, as funções de acusar e julgar estariam na mesma pessoa: o juiz. Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. "Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal - reflexões sobre a Lei n.11.719/2008", Op.cit., p.79. Não obstante, estamos com aqueles que ligam o modelo acusatório à pretensão punitiva, ao delito e seus aspectos penais. Não há que confundir ação civil e ação penal, e esta exista, para aplicação do direito penal. Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Op.cit., p.4; MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. Op.cit., p.83; MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Op.cit., p.443 e ss.

²⁷ Assim sustenta CÂMARA, Alexandre Freitas. "Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal - reflexões sobre a Lei n.11.719/2008", Op.cit., p.74.

²⁸ Confira-se, por todos, GRECO, Leonardo. "As garantias fundamentais do processo: o processo justo", in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Fac. Direito de Campos, 2005, p.282.

Além disso, as restrições probatórias e redução da cognição exigem outra compensação, a favor dos direitos fundamentais, referente à estabilidade da decisão que fixa o valor indenizatório na esfera penal. A doutrina brasileira sempre compreendeu que, toda vez que restrições de natureza diversa, inclusive probatória, reduzirem a possibilidade de aprofundamento da cognição judicial, as decisões não podem tender à definitividade. A superficialidade do conhecimento do juiz e possíveis ofensas a garantias processuais são as razões pelas quais não se admite que tais decisões sejam revestidas da autoridade de coisa julgada.²⁹

Ora, se a fixação criminal sobre o dano, ainda que em valor mínimo, fosse firmada sempre em caráter definitivo, ou seja, se sobre o mínimo fixado na esfera criminal houvesse formação de coisa julgada, não poderia haver restrições probatórias. Portanto, devemos concluir que, diante das limitações que impedem ampla produção de prova para a fixação do valor mínimo do dano, a cognição judicial revela-se sumária. A consequência teórica dessa constatação é compreender que, nesse ponto, a sentença criminal pode não assumir uma estabilidade forte, típica da coisa julgada. Vale dizer, o valor indenizatório mínimo adquire apenas uma estabilidade fraca, própria de decisões precárias, baseadas em cognição menos intensa e sujeitas a alterações.³⁰ Assim, a cognição sobre a quantificação do dano poderá ser reaberta integralmente no futuro, e mesmo aquele valor mínimo definido na esfera penal poderá ser rediscutido, seja na liquidação do restante do prejuízo, seja na ação civil *ex delicto*, ou ainda na impugnação ao cumprimento de sentença.³¹

Diversa é a estabilidade da sentença criminal no que tange ao “dever de indenizar”. Mesmo antes da reforma, por força do art.91, I do CP, sempre fora compreendido como um “efeito genérico” da sentença tornar certa tal obrigação. O *an debeatur* é definido pelo juiz criminal em cognição exauriente, e a “certeza” do título, fixada na esfera penal, torna-se imutável e indiscutível, não podendo haver rediscussão no cível, como já afirmava a doutrina clássica. Tornaghi dizia que a sentença penal traz certeza não só no que se refere ao seu conteúdo criminal (a pena) mas também no que tange à declaração da obrigação de indenizar: resolve o *an debeatur*, deixando para a liquidação o *quantum debeatur*.³²

E o panorama não mudou após a edição do art.387, IV do CPP. Só a liquidez do título executivo, ou seja, a fixação do valor mínimo do dano, que está submetida potencialmente a novas discussões, de acordo com a prova produzida e a cognição possível.

O leitor poderia imaginar alguma incongruência: como imaginar que o valor mínimo, definido na esfera penal, possa ser rediscutido no cível? Poderia o

29 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2ª ed., 2000, p.124 e ss.

30 Algo similar é previsto no sistema germânico. A *Strafprozessordnung* prevê no §406 que o juiz decida sem resolver a questão, hipótese chamada “*Absehen von der Entscheidung*”, na qual a decisão, segundo a doutrina, não é coberta pela coisa julgada. O efeito é apenas fazer cessar a litispendência, permitindo que o lesado, sem estabilidade da decisão, possa fazer valer a pretensão de outro modo. É a conclusão de BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. *Op.cit.*, p.360: “*Absehen von einer Entscheidung* in diesen Fällen bedeutet, dass das Gericht den Antrag weder ablehnt noch verwirft. Das Absehen hat zur Folge, dass die Rechtshängigkeit endet, ohne dass rechtskräftig über die Ansprüche entschieden wird. Der Verletzte kann den Anspruch anderweit geltend machen”. Lembramos ao leitor que este efeito de “fazer cessar a litispendência” tem, no modelo alemão, extrema relevância, por se tratar de um sistema de adesão com restrições à reparação *ex delicto* na esfera cível se o lesado não tiver requerido no juízo criminal.

31 Portanto, a cognição depende do resultado da prova, e, em sendo sumária, não torna a discussão sobre o mínimo indenizatório imutável e indiscutível. Ocorre aqui algo similar à cognição no mandado de segurança.

32 TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.442-443 e 445-446.

juízo cível, após fixado o dever de indenizar no processo penal, concluir não haver valores a ressarcir? Ora, se isso ocorrer, não será estranho ao sistema processual, onde é possível a chamada “liquidação pelo valor zero”, na qual, apesar de fixado o *an debeatur*, o processo liquidatório não apura qualquer valor.³³

6. Necessária observância do contraditório.

Anteriormente, ficou assentado que o juiz tem o poder-dever de fixar o valor mínimo da indenização, que independe de pedido expresso. Ao magistrado são abertas cognição e decisão a respeito do tema por força de lei, podendo conhecer de ofício das questões referentes ao valor do dano.

Porém, a moderna configuração do princípio do contraditório exige que haja debate entre as partes mesmo a respeito das questões que o juiz possa conhecer *ex officio*. No processo contemporâneo, não são permitidas as chamadas decisões-surpresa ou juízos de “*terza via*”.³⁴ Portanto, embora seja dispensado requerimento do interessado, não basta que haja prova suficiente dos prejuízos: deve haver debate prévio no processo.³⁵ E isto se aplica também ao processo penal, mesmo impregnado do interesse público que lhe é característico.³⁶ Assim têm sido as decisões de nossos tribunais a respeito do art.387, IV do CPP.³⁷

E o mesmo é notado também no direito comparado, onde, mesmo quando a lei processual penal permite que o juiz decida sem requerimento, exige-se contraditório. O modelo português, p.ex., calcado no sistema da adesão, prevê que a vítima, para fins de obter a indenização cível, tenha que formular pedido no processo penal respectivo, restringindo as hipóteses de formulação de pedido indenizatório autônomo na esfera cível (arts.71 e ss do CPP português). Mas permite que o juiz fixe o valor mesmo na ausência de qualquer pedido, se circunstâncias especiais apontarem a necessidade de proteção da vítima. Neste caso, a lei lusitana é clara em exigir o contraditório (art.82-A).

33 Claro que o fenômeno da liquidação por valor zero é excepcional, e geralmente, como me lembrou Fredie Didier Jr., “patológica”, porque a existência de dano é pressuposto do *an debeatur* do título. Não obstante, é uma possibilidade admitida na doutrina e que funcionaria como regra de fechamento sistêmico no modelo aqui proposto.

34 CABRAL, Antonio do Passo. “*Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, nº 2, apr.-giug., 2005, p. 456-457; *Idem*, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.247 e ss; DIDIER JR., Fredie. “O princípio da cooperação: uma apresentação”, in *Revista de Processo*, ano 30, n.127, set.2005, p.77-78; FERRAND, Frédérique. “*Le principe contradictoire et l’expertise en droit comparé européen*”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 52, nº 2, 2000, p. 357; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del ‘giusto processo’*. Torino: G.Giappichelli, 2004, p. 58-59; NUNES, Dierle José Coelho. “O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa”, in DIDIER JR., Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 168-169; DENTI, Vittorio. “*Questioni rievabili d’ufficio e contraddittorio*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, p. 224-225; GRECO, Leonardo. “O princípio do contraditório”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 24, mar., 2005, p. 76-77.

35 Não podemos, com todas as vênias, concordar com HERTEL, Daniel Roberto. “Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória”, *Op.cit.*, p.65.

36 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., 2005, p.116-117.

37 TJ/SP - Apelação nº 990.09.105572-7, Rel.Des.Pinheiro Franco, j.24.09.2009; Apelação nº 990.09.077292-1, Rel.Des. Fábio Gouveia, j.17.09.2009; TJ/MG - Processo n.1.0243.07.004753-1/001, Rel.Des.Antonio Carlos Cruvinel, j.19.05.2009; TJ/MG - Processo n.1.0290.00.005820-3/001, Rel.Des.Renato Martins Jacob, j.24.06.2009; TJ/RS - Apelação nº 70028617801, Rel.Des.Dálvio Leite Dias Teixeira, j.16.09.2009; TJ/ES - Apelação nº 38070044276 - Rel.Des.Sergio Bizotto Pessoa de Mendonça, j.11.02.2009.

Não se pode, de outro lado, confundir necessidade de contraditório com exigência de requerimento. O contraditório não precisa de pedido ou requerimento para ser implementado.³⁸ O magistrado pode suscitar o debate intimando as partes para que controvertam a respeito do tema. O mais importante é que a defesa do réu tenha oportunidade de discutir os valores apontados nos autos como sendo o prejuízo do lesado.

Na prática, alguns membros do MP têm solicitado ao juízo providências para que a questão da fixação do valor mínimo seja esclarecida, ora requerendo que conste do mandado de citação o alerta para que o réu também se defenda do valor, ora solicitando que aos autos venha alguma prova a respeito da extensão dos danos. Seriam válidas tais postulações? Entendemos que sim. Não se trata de requerimento parcialmente interessado, mas apenas com o objetivo de correta aplicação da lei, em favor da verdade real e preservando, até mesmo, o direito do réu ao contraditório.

7. Interesse recursal na apelação.

Já analisamos a possibilidade de oposição de embargos de declaração contra a decisão omissa a respeito da fixação do valor mínimo, tanto nos casos em que possível a quantificação, se o juiz não o fizer, quanto nos casos em que impossível aferir o valor mínimo, se o juiz não justificar a impossibilidade de fazê-lo. Para tanto, tem-se entendido cabíveis os embargos, até porque, como vimos, trata-se de um poder-dever do magistrado.

Agora, a questão é outra: tendo sido fixado um valor, e não concordando com ele o lesado ou o condenado, pode haver recurso de apelação dirigido àquele capítulo da sentença? Existiria interesse em recorrer? A questão é complicada porque, tanto para o réu condenado quanto para a vítima irressignada, haveria utilidade no julgamento do recurso pela superior instância, que colocaria o recorrente numa posição jurídica mais favorável do que aquela anterior ao provimento recursal.³⁹

Os Tribunais têm entendido cabível a impugnação por parte do réu. Seu interesse em recorrer parece ser mais facilmente compreendido pela relativa estabilidade que a decisão adquire mesmo em sede de cognição sumária, causando-lhe prejuízo imediato de ter que, na esfera civil, impugnar o valor já fixado no processo penal. Esperemos para ver se assim firmar-se-á a jurisprudência.

Porém, talvez a mesma solução não se encaixe bem na posição do ofendido. Ainda que vejamos forte tendência de prestigiar a vítima no processo penal brasileiro, continuamos no sistema de separação relativa de instâncias. Nesse quadro, ao lesado faltaria o interesse na perspectiva da *necessidade* do provimento. Com efeito, como o lesado tem aberta a via cível para liquidar o valor restante do prejuízo, ou mesmo a possibilidade de ajuizar a ação civil *ex delicto*, fica mais difícil visualizar seu interesse-necessidade quando requer que a majoração ocorra no próprio processo penal.

38 Pedimos licença para divergir de CÂMARA, Alexandre Freitas. "Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal – reflexões sobre a Lei n.11.719/2008", *Op.cit.*, p.74 e RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. *Op.cit.*, p.582, que fazem associação necessária entre o contraditório e a existência de pedido.

39 MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação recursal para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: RT, 2000, p.185 e ss.

8. Fixação em capítulo próprio da sentença. Critérios para a fixação do valor.

Como questão de técnica, é conveniente que a reparação civil seja fundamentada de forma destacada na decisão. Isso ocorre porque a indenização cível enseja um capítulo próprio, que será tratado processualmente com relativa autonomia, dentro da teoria dos capítulos de sentença.⁴⁰ São várias as consequências desse tratamento, principalmente no campo recursal.

Por exemplo, se o condenado entender equivocado o valor fixado, terá legitimidade para recorrer; se o recurso for parcial, e atacar apenas essa parte da sentença, o restante da decisão transita em julgado e pode ser expedida carta de execução de sentença (“carta de guia” ou “guia de execução”) para cumprimento da pena.

Outra consequência relevante da aplicação da teoria dos capítulos de sentença tocaria a prescrição penal quando houver recurso parcial apenas para reformar o capítulo referente à indenização cível. Nesse caso, o trânsito em julgado do capítulo referente à pena deve ser certificado, o que tem repercussão tanto na prescrição da pretensão punitiva (cujo marco final é o trânsito em julgado), quanto da pretensão executória (que se interrompe com o início da execução da pena). Além disso, se o juiz tivesse que esperar o trânsito em julgado do capítulo referente à indenização para executar a pena, haveria um incentivo à impunidade e aos recursos meramente protelatórios dessa parte da decisão.

Na fixação do valor mínimo, pode o juiz criminal utilizar os parâmetros dos arts. 948 e seguintes do CC,⁴¹ que dispõem sobre critérios para a quantificação do dano em casos de homicídio, ofensas à saúde ou que diminuam a capacidade de trabalho, ofensas à honra, prisão ilegal, esbulho, cárcere privado, dentre outros.⁴²

E os tribunais têm sido equilibrados na aplicação do art. 387, IV do CPP. Já se decidiu que, se o valor fixado pelo juiz criminal é bem inferior à estimativa do dano, ou reflete razoável proporção às consequências do delito (pensemos em crimes graves, como o homicídio ou atentado violento ao pudor, p.ex.), a sentença não merece correção.⁴³ No entanto, se a *res furtiva* foi parcialmente recuperada e a fixação do valor mínimo levou em consideração o total dos bens furtados (por meio de avaliação indireta realizada a partir das declarações do próprio ofendido), haveria excesso do juízo criminal.⁴⁴

40 Sobre o tema, no processo civil, Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 1ª ed., 2ª tiragem, 2004, *passim*.

41 BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p.287.

42 Vejam-se as seguintes decisões: TJ/SP - Apelação n.1172741001, Rel. Des. Fábio Rogério Bojo Pellegrino.

43 TJ/RJ - Apelação n.2009.050.03122 - Des.Denise Rolins Lourenço - julg.18/06/2009: “(...) Por fim, não tem razão a defesa no que tange o afastamento da indenização imposta na sentença. Em relação a quantia de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) fixado na sentença para reparação de danos, é ínfimo considerando-se o prejuízo sofrido pela vítima, no caso, uma motocicleta marca Honda, modelo CBX 250 Twister, ano 2007 que não foi recuperada. O determinado não se contrapõe ao disposto no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. Recurso defensivo parcialmente provido”. TJ/MG - Processo n.1.0470.07.037672-3/001 - Rel.Des.Julio Cesar Gutierrez, j.20.05.2009: “Crime de Trânsito - Homicídio Culposo - Reparação dos danos - Quantum Indenizatório - Recurso Desprovido. A fixação do valor mínimo para a reparação dos danos causados pela condenação deve considerar os prejuízos sofridos pelo ofendido ou sua família, nos termos do inciso IV do art. 387 do CPP, acrescentado pela Lei 11.719/08. - O arbitramento de indenização em 20 (vinte) salários, em virtude da morte, por atropelamento, de criança de três anos de idade, não atenta contra o princípio da razoabilidade, sendo inadmissível a redução do valor”. Assim também o TJ/PR - Processo n.0567227-7 - Rel.Des.Ronald Juarez Moro, j.24.09.2009.

44 TJ/RJ - Apelação n.2008.050.07428 - Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, julg.05/05/2009.

8.1. Fixação nas hipóteses de coautoria. A diferença das responsabilidades civil e penal.

Situação tormentosa na aplicação prática do art.387, IV do CPP certamente será verificada nos casos de concurso de agentes, não só nos processos em que é imputada a prática de delitos em coautoria ou participação, como também nos casos em que coautores e partícipes não são processados na mesma relação processual, seja por razões de conveniência da persecução (art.80 do CPP), seja porque só foram descobertas provas suficientes (justa causa) posteriormente ao ajuizamento da pretensão, já em fase adiantada do processo em andamento.

A dificuldade decorre da diferença de tratamento entre a responsabilidade civil e penal quando há concorrência de autores para o evento ilícito. Enquanto a responsabilidade civil é solidária, importando, de regra, em divisão *pro rata* da indenização entre os coautores (art.942 e parágrafo único do CC), a responsabilidade criminal é fixada na medida da culpabilidade de cada agente, com as possibilidades de consideração, p.ex., de participação de menor importância (art.29 e parágrafo do CP).

É verdade que, a partir do novel art.944 e parágrafo único do CC, as hipóteses de culpa concorrente, no direito privado, começam a levar em consideração os chamados “graus de culpa” e sua influência na fixação do montante da indenização, mas o dispositivo ainda é novo e muito polêmico.

No processo penal, em caso de condenação, se ambos forem coautores e tiverem condutas similares ou de igual importância para a produção do resultado, pode-se impor a fixação do mínimo dividida isonomicamente entre os condenados. Mas a questão assumirá contornos mais tortuosos quando a decisão for diversa para cada um dos agentes ou quando estivermos diante de autoria e participação, sobretudo de menor importância. Pensemos no exemplo de processo ajuizado contra dois réus, um condenado e o outro absolvido por falta de provas sobre o dolo. Ou na hipótese em que é extinta a punibilidade em relação a um dos agentes, p.ex., pela morte, e o corréu é condenado. Nestes casos, embora a responsabilidade criminal tenha sido afastada, a reparação civil ainda é possível: no primeiro caso, porque pode haver responsabilidade civil por culpa em sentido estrito; no segundo caso, porque os sucessores do falecido responderão civilmente nas forças da herança.⁴⁵ Como fixar o valor mínimo do dano?

Alguns autores, diante das dificuldades de tratamento da questão, vêm afirmando que não cabe indenização em casos de concorrência de culpas.⁴⁶ Em nosso entender, é possível a fixação, e a chave para resolver os problemas nesse ponto é a compreensão de que a cognição sobre o valor total do dano não é excluída pela fixação do mínimo: não há formação de coisa julgada, podendo ser reaberta a questão na esfera cível. Portanto, tenho que deva haver condenação *pro rata* na sentença criminal. Na esfera cível, os corréus condenados tanto poderão ser cobrados em conjunto pelo restante do prejuízo, caso a vítima assim deseje, como poderão regredir e discutir as “repercussões internas” do ressarcimento entre eles, seja pela solidariedade, seja pela diferenciação do grau de culpa.

45 Se a morte for na fase executória, a execução civil já iniciada não sofre qualquer sobressalto, apenas com redirecionamento aos sucessores. Cf. BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p.288.

46 BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p.287.

A solução é um pouco diversa nos casos de absolvição e extinção da punibilidade. Quando houver decisão absolutória, é o fundamento usado pelo magistrado para a absolvição que será determinante: se os motivos excluírem a responsabilidade civil, a fixação do mínimo reparatório cairá integralmente sobre o réu condenado no crime. Isso ocorrerá quando o juiz criminal concluir pela inexistência do fato ou negativa de autoria (art.935 do CC) em relação ao corréu. Todavia, se os fundamentos absolutórios não excluíram a possibilidade de responsabilização civil, a fixação do mínimo na sentença condenatória não é coberta pela coisa julgada, e então haverá possibilidade de ajustes desta fixação no juízo cível.⁴⁷ Assim, o juízo criminal não precisa ficar receoso de impor valores excessivos a apenas um ou alguns condenados. Digo o mesmo nos casos de extinção de punibilidade em que seja possível a responsabilização civil: se o juiz criminal não fixar *pro rata* a indenização, qualquer exacerbação poderá ser resolvida na esfera civil, onde as repercussões internas da solidariedade poderão ser solucionadas inclusive com modalidades requintadas de intervenção de terceiros.⁴⁸

8.2. Crimes em que o sujeito passivo é o Estado. A execução fiscal e o conceito de dívida ativa não tributária.

Outra indagação acerca do tema é especialmente relevante para os processos de competência da Justiça Federal, onde frequentemente o sujeito passivo do delito é o Estado. Nestes casos, havendo dano ao erário, cabe à Fazenda Pública a execução civil da indenização.

Seria, portanto, de questionar se pode haver fixação do valor mínimo da condenação por parte do juízo criminal, porque a Fazenda Pública goza de especiais privilégios para a execução de seus créditos, quantificados pelo próprio Estado, que produz unilateralmente o título executivo. É o formato da inscrição em dívida ativa e execução fiscal.

É certo que a execução fiscal não se esgota nos créditos de natureza tributária (art.2º da Lei 6.830/80), mas será que o procedimento abrangeria também créditos de natureza indenizatória? Será que o conceito de “dívida ativa não tributária” é tão amplo? Afinal, a Lei 4.320/64 menciona que as receitas não tributárias decorrentes de “indenizações” poderão ser inscritas em dívida ativa (art.39 §§ 1º e 2º).

Humberto Theodoro Jr. tem posição ampliativa, admitindo que até mesmo obrigações de natureza contratual possam ser executadas por execução fiscal.⁴⁹ O STJ tem jurisprudência vacilante sobre quais são os créditos da Fazenda Pública que são passíveis de execução fiscal. Já se decidiu que a execução fiscal só poderia ser usada para créditos tributários ou aqueles decorrentes de ato ou contrato administrativo típico. Na hipótese, afastou-se a possibilidade de execução fiscal de indenização por danos praticados ao patrimônio do DNER em acidente automobilístico.⁵⁰ Nos casos de recebimento ilegal de benefício previdenciário, fraude comum na prática da Justiça Federal, o Superior Tribunal tem negado a possibilidade de execução fiscal.⁵¹ Porém, outros acórdãos já a admitiram.⁵²

47 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.175, onde, comentando as interferências entre as instâncias, afirma que: “É de se registrar, todavia, que a matéria vedada à discussão na instância cível limita-se exclusivamente à existência do fato e à respectiva autoria.

48 Por todos, especialmente sobre o chamamento ao processo e sua ligação com a solidariedade, Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 2006, p.158-159.

49 THEODORO JR., Humberto. *Lei de execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 1998, p.14.

50 REsp n.362.160-RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 18.3.2002.

51 REsp n.414.916-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.5.2002.

52 REsp n.381.721-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 1.7.2002.

Entendemos que, embora amplo, o conceito de “dívida ativa não tributária” não permite que a Fazenda Pública transforme-se em exequente de qualquer de seus créditos. Os privilégios próprios da execução fiscal só fazem sentido se a dívida cobrada decorre de uma atividade típica da pessoa jurídica de direito público, onde de regra os fatos são mais ou menos padronizados e já existem procedimentos e regulamentação para auxiliar a quantificação do dano. Nesse sentido é a jurisprudência mais recente do STJ, inclusive afirmando que pouco importa, para verificar se cabe utilizar a execução fiscal, se o crédito é, em tese, incluído ou excluído da disciplina de Lei 4.320/64.⁵³ Já se decidiu também que a incerteza fática em casos de reparação civil não se compatibiliza com o modelo da execução fiscal.⁵⁴ Portanto, ainda que o sujeito passivo seja o Estado, será, de regra, cabível e útil a fixação do valor mínimo.

Não obstante, temos que concluir que não deverá haver fixação do valor mínimo em delitos tributários. Isto porque a jurisprudência firmou entendimento de que a deflagração da persecução penal depende do término do procedimento administrativo fiscal,⁵⁵ onde já vem quantificada a obrigação tributária, e conseqüentemente, havendo inscrição em dívida ativa, já haverá liquidez. Seria inconveniente ao processo penal, além de ter pouca ou nenhuma utilidade, a abertura cognitiva a respeito.

8.3. A questão dos danos morais.

Discussão candente em sede doutrinária tem sido a possibilidade ou não de que o juízo criminal fixe danos morais, ainda que em valor mínimo.⁵⁶

Discussões similares também diferenciam alguns componentes do próprio dano material, como danos emergentes e lucros cessantes, que devem ser igualmente ressarcidos na esfera cível.

Ainda que a lei não faça qualquer restrição, majoritariamente se tem entendido não ser possível a fixação de valor mínimo a título de danos morais na sentença condenatória penal. Tal ilação, se não decorre da letra da lei, talvez seja tributária da tradição da doutrina do processo penal ao estudar a ação civil *ex delicto*, sustentando só ser cabível reparação civil quando o crime cause algum “prejuízo material”, o que excluiria os danos morais.⁵⁷

53 Assim afirmou o STJ: REsp n.867.718-PR, Rel.Min.Teori Zavascki, DJ 04.02.2009; REsp n.439.565-PR, Rel. Min.José Delgado, DJ 11.11.2002, e no REsp n.414.916-PR, Rel.Min.José Delgado, DJ 20.5.2002, em cuja ementa se lê: “(...) 2. O INSS tem, sem sombra de dúvidas, o direito de ser ressarcido de danos materiais sofridos em razão de concessão de aposentadoria fraudulenta, devendo o beneficiário responder, solidariamente, pela reparação dos referidos danos. 3. O conceito de dívida ativa não tributária, embora amplo, não autoriza a Fazenda Pública a tornar-se credora de todo e qualquer débito. A dívida cobrada há de ter relação com a atividade própria da pessoa jurídica de direito público. 4. In casu, pretende o INSS cobrar, por meio de execução fiscal, prejuízo causado ao seu patrimônio (fraude no recebimento de benefício), apurados em “tomada de contas especial”. 5. A apuração de tais fatos devem ser devidamente apurados em processo judicial próprio, assegurado o contraditório e a ampla defesa (...)”. A questão da Lei 4.320 encontra-se decidida nos embargos de declaração ao referido REsp.

54 REsp 440.540-SC, Rel.Min.Humberto Gomes de Barros, DJ 01.12.2003.

55 BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p.286.

56 TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, *Op.cit.*, p.424; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.170; BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p.287.

57 Sobre a controvérsia, é de fundamental importância, mesmo sob o panorama legislativo pretérito, a leitura de TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.120-127 (especialmente p.123 nota 24) e p.132-135.

Tenho que a questão não seja resolvida pela natureza do dano, se material ou moral, se referente aos danos emergentes ou lucros cessantes, etc. O que deve ser o norte para tal verificação é a prova necessária para aferir o valor mínimo dos danos. E é forçoso reconhecer que dificilmente os danos morais podem ser provados sem grandes incidentes probatórios, p.ex., por prova exclusivamente documental. Note o leitor que o mesmo talvez não seja tão improvável de ocorrer com os lucros cessantes.

Portanto, embora na maioria dos casos o dano moral necessite de prova alongada para sua aferição, se a prova estiver nos autos ou puder ser facilmente obtida, pensamos ser possível a fixação.

9. A questão dos limites subjetivos da coisa julgada.

Alexandre Câmara coloca uma objeção contra a aplicabilidade da nova disposição invocando a disciplina da coisa julgada. Para Câmara, após a reforma, os limites objetivos da coisa julgada criminal passaram a abarcar também a fixação do *quantum* referente ao mínimo indenizatório. E como a vítima não participou do processo, a vinculatividade ínsita à coisa julgada não poderia ser invocada por ela porque a coisa julgada não poderia beneficiá-la, a teor do art.472 do CPC. Diz o autor: “Afim, admitir que a coisa julgada alcance quem não participou do processo (nem foi substituído por alguém que tenha promovido a defesa de seu interesse), acarretaria uma inconstitucional violação ao princípio do contraditório”.⁵⁸ Portanto, em seu entender, se a coisa julgada não beneficia o ofendido que não participou, o condenado causador do dano poderia, na execução civil, discutir a própria existência da obrigação de indenizar, fixada anteriormente no juízo penal.

Assim não pensamos. Em primeiro lugar, a existência da obrigação de indenizar, a certeza do título executivo, é firmada na esfera criminal com formação da coisa julgada, como vimos. Ora, se isto ocorria antes da reforma, por força do art.91, I do CP, não enxergamos como poderia ter sido alterado tal panorama após a alteração legislativa, que se limitou a modificar o sistema no que se refere à liquidez. A restrição probatória que justifica a queda de cognição (e a compensação de uma estabilidade mais tênue) diz respeito apenas à quantificação do valor mínimo. Por essa razão, discordamos também que a fixação do valor seja compreendida pelos limites objetivos da coisa julgada. Como afirmamos, se há restrições probatórias que impeçam cognição exauriente, não pode haver estabilidade forte típica da coisa julgada.⁵⁹

Além disso, é moeda corrente no direito processual a diferença entre a vinculatividade da coisa julgada e os efeitos da sentença, o que é até lembrado por Câmara em seu texto. Se assim o é, ainda que o mínimo indenizatório fixado fosse compreendido nos limites objetivos da coisa julgada e se tornasse imutável, com o que não concordamos, ao réu condenado não seria dado rediscutir a questão na esfera cível.

58 CÂMARA, Alexandre Freitas. “Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal – reflexões sobre a Lei n.11.719/2008”, *Op.cit.*, p.77-78.

59 É claro que, como afirma Dinamarco, citado por Câmara, *no momento da execução* pode ser que já tenha havido pagamento, o que desfaria a “certeza” do título. Mas a possibilidade de alteração posterior no mundo dos fatos (no caso, pelo pagamento), não implica negar que, *no momento da prolação da sentença*, o dever de indenizar tenha sido fixado em cognição exauriente e com formação de coisa julgada.

De fato, é justamente a diferença entre eficácia da sentença e autoridade de coisa julgada, clássica no pensamento de Liebman,⁶⁰ que permite compreender que o art.472 do CPC não trata dos efeitos das decisões, mas da vedação de rediscussão ínsita à coisa julgada, isto é, da proibição de reabertura do debate sobre as questões decididas. Os efeitos de decisões tomadas em um processo podem sim atingir terceiros que dele não participaram,⁶¹ e inclusive são tais efeitos, atuais ou potenciais, que justificam o “interesse jurídico” nas intervenções de terceiros. Portanto, antes de ser violador do contraditório, compreender que terceiros podem ser atingidos pelos efeitos de uma decisão é justamente o que autoriza sua participação no processo.

O que os limites subjetivos da coisa julgada estabelecem (art.472 do CPC) é que aqueles que participaram do processo (e portanto puderam argumentar, debater, impugnar), ficam vinculados ao que foi decidido, impedidos de rediscutir. Para outros sujeitos não participantes, não existiria tal vinculatidade, e esses poderiam reabrir o debate, em outros processos, sobre o que ficou decidido anteriormente.

No nosso caso, o causador do dano, o réu que discutiu a questão na esfera penal, que participou do processo e foi condenado, fica sim vinculado à coisa julgada. A esse não será possível reabrir, em sede executiva, a discussão sobre a existência da obrigação de indenizar, pois ele próprio fica a ela vinculado.⁶²

De outra parte, é verdade que a vítima que não se habilitou como assistente de acusação, e então não participou, estaria excluída da vinculatidade, e poderia rediscutir tudo novamente; porém, a vítima, aqui, foi vencedora, e não faria qualquer sentido que o próprio lesado se opusesse à execução da parcela mínima dos danos que lhe beneficia. Lembremos ainda, no que tange ao *quantum* fixado, que esse está excluído dos limites objetivos da coisa julgada porque sobre esse ponto a cognição não é exauriente.

10. Conclusão.

O debate sobre o novo art.387, IV do CPP traz à tona diversas questões ainda muito novas e com escassa penetração nos Tribunais para que pudéssemos ver o norte das orientações jurisprudenciais.

No mais, como afirmamos anteriormente, imaginar um sistema coerente para aplicação da nova lei, bem como um modelo que coordene sem incongruências as esferas penal e cível, é tarefa deveras delicada, onde toda opção teórica e cada premissa adotada geram desdobramentos que podem, adiante, revelar-se contraditórios com algum ponto anterior da formulação. Procuramos, portanto, estruturar sobretudo um modelo consistente.

Assim, não foi nosso objetivo fazer um relato sobre as soluções judiciais atuais para os problemas que surgem de sua aplicação, mas apenas um inventário das discussões doutrinárias que vêm sendo observadas nas igualmente escassas manifestações dos especialistas, fornecendo aos leitores, a título propositivo, nossas primeiras impressões sobre como a reforma processual penal pode, nesse ponto, ser corretamente aplicada.

60 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 2007, *passim*.

61 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 1986, p.111-112.

62 TJ/SP - Apelação n.892397700, Rel. Des. Richard Francisco Chequini.

11. Bibliografia.

- ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. São Paulo: RT, 2ª ed., 2000.
- BALTAZAR JR., José Paulo. "A sentença penal de acordo com as leis de reforma", in NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Reformas do processo penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A sentença penal como título executório civil", in *Revista de Direito Penal*, n.4, out-dez, 1971.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. Heidelberg: C.F.Müller, 10ª ed., 2008.
- BINDING, Karl. *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 5ª ed., 1904.
- BURINI, Bruno Corrêa. *Efeitos civis da sentença penal*. São Paulo: Atlas, 2007.
- CABRAL, Antonio do Passo. "Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito", in *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, nº 2, apr.-giug., 2005.
- _____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. "Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal - reflexões sobre a Lei n.11.719/2008", in *RDPP*, n.56, junho-julho, 2009.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 1986.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del 'giusto processo'*. Torino: G.Giappichelli, 2004.
- DENTI, Vittorio. "Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio", in *Rivista di Diritto Processuale*, 1968.
- DIDIER JR., Fredie. "O princípio da cooperação: uma apresentação", in *Revista de Processo*, ano 30, n.127, set.2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 1ª ed., 2ª tiragem, 2004.
- _____. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 2006.
- FERRAND, Frédérique. "Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen", in *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 52, nº 2, 2000.
- GRECO, Leonardo. "As garantias fundamentais do processo: o processo justo", in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Fac.Direito de Campos, 2005.
- _____. "O princípio do contraditório", in *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 24, mar., 2005.
- GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato - uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.49, 2004.
- HERTEL, Daniel Roberto. "Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória", in *Revista da AJURIS*, vol.36, n.114, junho, 2009.

LEONE, Giovanni. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. Napoli: Dott.Eugenio Jovene, 1954.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad.Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 2007.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2ª ed., 3ª Reimpressão, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, vol. I, 1980.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação recursal para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: RT, 2000.

NUNES, Dierle José Coelho. "O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa", in DIDIER JR., Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

OLIVEIRA, Ana Schmidt de. *A vítima e o Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999.
OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 11ª ed., 2009.

PRADO, Geraldo. "Justiça penal consensual", in *Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17ª ed., 2009.

ROXIN, Claus. "Einführung", in *Strafprozessordnung*. München: Deutscher Taschenbuch, 45ª ed., 2009.

SCHMID, Niklaus. *Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozesses des Kantons Zürich und des Bundes*. Zürich: Schulthess, 4ª ed., 2004.

THEODORO JR., Humberto. *Lei de execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 1998.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol.I, tomo II, 1956.

_____. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol.III, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 26ª ed., vol. II, 2004.

VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. München: C.H.Beck, 6ª ed., 2008.

VON LISZT, Franz. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin: J.Guttentag, 8ª ed., 1897.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2ª ed., 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: RT, 5ª ed., 2004.

*Publicado originalmente na Revista nº 47 jan./mar. 2013, p. 3.

CONFRONTAÇÃO DO DEPOIMENTO COM REDUÇÃO DE DANOS (ABORDAGEM DESDE UMA PERSPECTIVA CRIMINAL) **

DÉCIO ALONSO GOMES*

*"...which the duke desir'd
To have brought, vivâ voce, to his face:
At which appear'd against him his surveyor"*
(William Shakespeare, *King Henry VIII*, Act. II, Sc. 1)

SUMÁRIO: 1. Como se fosse uma introdução. 1.1. O surgimento do depoimento sem dano na experiência brasileira. 1.2. Conceitos básicos e experiência já alcançada. 2. Além da ideia de contraditório. 2.1. Direito à confrontação. 2.2. Confrontação da cláusula com o depoimento com redução de danos. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

1. Como se fosse uma introdução

O cotidiano forense é repleto de situações que refogem à normal preparação e ao regular treinamento dos chamados operadores do Direito (Juizes, Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Advogados), apresentando desafios e problemas que os bancos acadêmicos não delineavam sequer como horizonte longínquo.

Dentro do específico campo da atividade processual probatória esta questão ganha contornos quando esses operadores se deparam com crianças e adolescentes que são vítimas ou testemunhas de delitos. Tal quadro se agiganta em terror quando estas mesmas personagens (crianças e adolescentes) são alvo de crimes sexuais.

A estrutura de cuidados com a criança no Juizado da Infância e Juventude (ou mesmo *antecipadamente* nos Conselhos Tutelares), a oitiva e os exames periciais na fase policial e a nova auscultação na fase judicial, além das finalidades processuais,

* Mestre em Ciências Penais (Criminologia e Direito Processual Penal) pela Universidade Candido Mendes/RJ. Especialista em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Professor Auxiliar de Direito Processual Penal da Universidade Candido Mendes - UCAM e Professor convidado da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial.

** Registro um público agradecimento aos Drs. Alexandre Morais da Rosa e Luciane Potter Bitencourt pelo generoso convite para transformar ideias embrionárias sobre o *depoimento com redução de danos* em um artigo, bem como às Dras. Clisânger Ferreira Gonçalves e Carla Carvalho Leite, colegas de Ministério Público fluminense, pela gentil cessão de material e sugestões para a elaboração da exposição oral, agora transformada em texto.

servem como verdadeiro *programa de reedição*¹ da dor advinda do ilícito contra ela praticado. O menor é obrigado a declarar não uma vez senão várias, incitando-o a recordar novamente os fatos, a recordar cada um dos detalhes em um ambiente muito formalista e distante. Nos casos de abusos sexuais, as crianças, além de sofrerem o mal infinito da agressão, sofrerem – posteriormente – o *calvário* do processo penal (gerando o chamado *dano institucional*).

Tal quadro é agravado quando ocorre a constatação de que os operadores do Direito não estão acostumados a lidar com pessoas, mormente diante da usual quantidade avassaladora de processos a que estão submetidos, deixando de reconhecer naquele aglomerado de papéis a existência do Outro².

Não fosse suficiente, outro fator vem se somar a este trágico quadro: os frios, distantes e excessivamente sóbrios/formais espaços físicos das salas de audiência não foram projetados para deixar crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual à vontade para falarem dos fatos ocorridos, das suas tristezas e sofrimentos, pois são projetados de maneira a criar uma subserviência entre a autoridade estatal e a testemunha.

“Tendo em vista que o abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes é – em regra – realizado às escondidas, sem qualquer testemunha presencial, e também não deixa, na maior parte dos casos, qualquer vestígio material – aquele capaz de ser apurado através de perícia médica – conclui-se que o depoimento da vítima em juízo é de extremo valor, eis que não é raro que seja a única prova possível de ser produzida”³.

O despreparo profissional, a concepção cênica das salas de audiências e as exigências jurídico-processuais acabam por revitimizar as crianças abusadas (o que traz no seu lastro o problema da geração de um *dano psíquico secundário*, o qual, em alguns casos, pode ser maior que o dano primário causado pelo abusador).

Sob outro viés, o trauma suportado pela vítima e os preconceitos enraizados nas mentes dos *operadores do Direito* culminam por minorar a credibilidade dos depoimentos e declarações prestados, o que toma dimensão perigosa quando considerado que na maior parte dos casos de abuso sexuais cometidos contra um menor o testemunho dele constitui a prova fundamental, às vezes a única, de que se dispõe.

A falta de credibilidade no relato infantil não se justifica quando a afirmação é de que, como regra, as crianças fantasiam, mentem, são vulneráveis a sugestões, incapazes de separar a realidade de seus desejos sexuais, etc. Na verdade, a verdadeira justificativa para não-validação da versão é o próprio sentimento dos adultos que não suportam admitir que seus semelhantes possam praticar tamanha violência contra os indefesos. Trata-se a negação, no dizer de DOBKE, da primeira e mais primitiva defesa psicológica dos adultos, que procuram dessa forma diminuir a própria vergonha, bem como minimizar a problemática enfrentada em cada caso analisado⁴.

1 JORGE TRINDADE, Prefácio. *Apud* JOSÉ ANTONIO DALTOÉ CEZAR, *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

2 *Ibid.*, destacando o autor que *nem sempre estes operadores têm plena consciência disso*.

3 JOSÉ ANTONIO DALTOÉ CEZAR, *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, pp. 18/19.

4 VELEDA DOBKE, *Abuso Sexual: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre, Ricardo

Diante deste cenário, como bem frisado pela doutrina especializada, o primeiro passo a ser dado é o tratamento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos (e não como mero objeto da atuação jurisdicional).⁵

“O ECA, ao contrário da doutrina da situação irregular que colocava crianças e adolescentes como objetos do direito, colocou esses como sujeitos dos direitos estabelecidos na legislação, alterando significativamente as relações jurídicas afetas à infância e à juventude. No plano geral, dispôs sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, introduzindo no campo normativo uma nova política de atendimento. Criou uma instância administrativa de distribuição de justiça, os Conselhos Tutelares, e disciplinou a proteção judicial dos interesses difusos e protetivos”⁶.

O processo penal brasileiro não apresenta como finalidade primeira a proteção do menor ou mesmo de qualquer outra vítima, senão que esta aparece em um plano muito secundário e distante, submetida ao objetivo principal: a imposição de uma pena ao autor do delito.

Tal panorama, a toda evidência, encontra-se em abissal dissonância com o regramento constitucional, mormente no que toca ao cuidado e integral proteção devida à criança. Daí a necessidade de (re)pensar sua intervenção do processo penal, na qualidade de vítima ou testemunha, com adaptação ou formação dos recursos destinados à utilização do *conhecimento* e da *experiência* da vítima infantojuvenil.

Frisa-se, apenas como premissa necessária ao desenvolvimento do trabalho, que é impensável a exclusão de crianças e adolescentes do rol de “testemunhas” ou “ofendidos” que deverão ser ouvidos no processo penal, seja pelas garantias quanto à ampla produção probatória que amparam as partes, seja para evitar ou afastar a denominada *síndrome do segredo* na criança.

1.1. O surgimento do depoimento sem dano na experiência brasileira

Em sua obra, DOBKE sugere que a inquirição da criança seja realizada através de profissional habilitado, com o uso da *Câmara de Gesell* (sala de vidro espelhado unidirecional utilizada em algumas ações da psicanálise). Dessa forma, os operadores jurídicos poderiam fiscalizar e participar do depoimento, o que resguardaria os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Lenz Editor, 2001, p. 37. “Como ensina Sanderson (2005, p. 237), nesses casos, alguns pais preferem não acreditar na criança a se confrontar com a dura realidade de ver uma pessoa de confiança como um pedófilo, sendo a negativa também uma das formas que encontram para se desculparem do fracasso da missão tutelar em que estavam investidos”.

5 Convenção sobre o Direito da Criança (1989) aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e incorporada ao direito interno pelo Decreto Legislativo nº 28, que adotou em seus princípios a doutrina da proteção integral, a qual se consolidou posteriormente com a edição da Lei nº 8.069/90.

6 JOSÉ ANTONIO DALTOE CEZAR, op. cit., pp. 40/41.

O dispositivo da *Câmara Gesell* foi criado pelo norte-americano ARNOLD GESELL (1880-1961), psicólogo que se dedicou a estudar as etapas do desenvolvimento de crianças. Basicamente, a *Câmara Gesell* consiste em uma sala com parede divisória na qual há um vidro de grande tamanho que permite ver de um lado da sala o que ocorre no outro ambiente – onde se realiza a entrevista –, porém, vedando o contrário. GESELL a criou para observar o comportamento das crianças sem que estas se sentissem pressionadas pelo olhar de um observador.

Essa experiência tenta combater a chamada “vitimização secundária”, consistente nos sofrimentos suportados pelas vítimas e pelas testemunhas, que são provocados pelas instituições encarregadas das instâncias da justiça penal, tais como: polícia, juízes, peritos, criminólogos, funcionários de instituições penitenciárias, etc.⁷

No entanto, DALTOÉ CEZAR assevera que as condições físicas dos prédios do Poder Judiciário dificultavam a instalação da *Câmara de Gesell*, sendo certo, por outro turno, que no ano de 2003, equipamentos comerciais que unificam locais distintos através de som e imagem começavam a ser mais difundidos, inclusive com custos mais passíveis de serem suportados pela Administração Pública, optando-se por criar no Foro Central de Porto Alegre, como projeto piloto, uma pequena sala para inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, a qual está interligada à sala de audiências da 2ª Vara da Infância e da Juventude: nascia o Projeto do Depoimento sem Dano.

1.2. Conceitos básicos e experiência já alcançada

O Projeto Depoimento sem Dano trata “de, na ocasião dos depoimentos das crianças e dos adolescentes vítimas de abuso sexual, retirá-las do ambiente formal da sala de audiências e transferi-las para sala especialmente projetada para tal fim, devendo esta estar devidamente ligada, por vídeo e áudio, ao local onde se encontram o Magistrado, Promotor de Justiça, Advogado, réu e serventuários da justiça, os quais também podem interagir durante o depoimento (...) Assim, é possível realizar esses depoimentos de forma mais tranquila e profissional em ambiente mais receptivo, com a intervenção de *técnicos previamente preparados* para tal tarefa, evitando, dessa forma, perguntas inapropriadas, impertinentes, agressivas e desconectadas não só do objeto do processo, mas principalmente das condições pessoais do depoente (...) Após o depoimento, que é gravado na memória de um computador, sua íntegra, além de ser degravada e juntada aos autos, é copiada em um disco e juntada na contracapa do processo. Tal prática permite que não só as partes e Magistrado tenham a possibilidade de revê-lo a qualquer tempo para afastar eventuais dúvidas que possuam, mas também que os julgadores de segundo grau, em havendo recurso da sentença, tenham acesso às emoções presentes nas declarações, as quais nunca são passíveis de serem transferidas para o papel”⁸⁻⁹.

7 Existe, por óbvio, a vitimização primária, que consiste nas consequências que sofre a vítima direta de um crime, e também a vitimização terciária, que é a estigmatização que a sociedade realiza sobre a vítima de um delito.

8 JOSÉ ANTONIO DALTOÉ CEZAR, *op. cit.*, pp. 61/62.

9 FURNISS aponta que a divisão da dinâmica do depoimento deve ser feita em três etapas: a) *acolhimento inicial*, onde realiza-se a intimação do responsável pelo menor para o comparecimento em audiência, com boa antecedência, evitando-se o encontro fortuito nos corredores do Fórum com o acusado, permitindo que um técnico passe ao menor e ao seu responsável os esclarecimentos necessários sobre os papéis que cada

Sem pretender qualquer imiscuição na origem e fixação do instituto, anota-se apenas a preferência pela utilização da expressão designativa *Depoimento com Redução de Danos*, pois, como amplamente demonstrado pelos diversos campos de conhecimento da psicologia, impossível reviver o trauma sem que qualquer dano seja gerado. E, tanto é assim, que o próprio DALTOÉ CEZAR disciplina que o principal objetivo do instituto é a “*Redução do dano durante a produção de provas em processos judiciais, nos quais a criança/adolescente é vítima ou testemunha*”¹⁰.

Através de um ponto eletrônico, as perguntas do Juiz, Promotor de Justiça e Defensor Público ou Privado são passadas ao profissional da área psicossocial, que as repassa à criança, de forma considerada mais coerente e adaptada ao seu universo. O papel do técnico, no *depoimento com redução de danos*, é basicamente de intermediação, repassando as perguntas feitas pelos profissionais do Direito de maneira adequada, fazendo uso, quando necessário, de recursos audiovisuais.

Registre-se que a inquirição feita pelas partes (interessadas ou não) deve priorizar a utilização de perguntas abertas e não indutivas, permitindo que o relato do menor seja apresentado segundo sua visão na qualidade de vítima.

O *depoimento com redução de danos* é experiência já observada na Argentina¹¹, Espanha¹², Itália e França, dentre outros tantos países.

um exercerá durante a realização da instrução e o conhecimento da linguagem que a criança utiliza para delinear seus assuntos pessoais; b) *depoimento ou inquirição*, observando a forma processual vigente, tendo o técnico como *agente facilitador* (verdadeiro *intérprete*) da colheita da manifestação do menor; c) *acolhimento final*, com o retorno ao menor do resultado da sua intervenção (TILMAN FURNISS, *Abuso Sexual da Criança, Uma Abordagem Interdisciplinar*. Porto Alegre, Artes Médicas, 1993). Em todas as etapas, deve o técnico buscar a compreensão do estágio de desenvolvimento cognitivo, emocional, social e físico do menor.

10 JOSÉ ANTONIO DALTOÉ CEZAR, *op. cit.*, p. 62 (somando, outrossim, dois outros objetivos: a) garantia dos direitos da criança/adolescente, proteção e prevenção de seus direitos, quando, ao ser ouvida em Juízo, sua palavra é valorizada, respeitando-se sua condição de pessoa em desenvolvimento; b) melhoria na produção da prova).

11 Art. 221 bis: *Cuando se trate de una víctima o testigo de alguno de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Capítulos II, III, IV y V, que a la fecha en que se requiera su comparencia no haya cumplido los dieciséis (16) años de edad, se seguirá el siguiente procedimiento: 1) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo del Poder Judicial de la Provincia, pudiendo ser acompañado por otro especialista cuando el caso particular lo requiera, ambos designados por el órgano que ordene la medida, procurando la continuidad del mismo profesional durante todo el proceso, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho órgano o las partes, salvo que excepcionalmente y por razones debidamente fundadas, el fiscal lo pudiera autorizar. El órgano Interviniente evitará y desechará las preguntas referidas a la historia sexual de la víctima o testigo o las relacionadas con asuntos posteriores al hecho. 2) El acto se llevará a cabo de conformidad a los artículos 308 y 309 del presente Código, en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor, cuando ello fuere posible. 3) El órgano interviniente podrá requerir al profesional actuante, la elaboración de un informe detallado, circunscripto a todos los hechos acontecidos en el acto procesal. 4) A pedido de parte, o si el órgano interviniente lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente, o en su defecto, mediante cualquier otra modalidad que preserve al menor de la exposición a situaciones revictimizantes, sin perjuicio del derecho de defensa. En tal caso, previo a la iniciación del acto, el órgano interviniente hará saber al profesional a cargo de la entrevista, las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate del reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el órgano interviniente, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado, quien a todos los efectos será representado por el defensor, debiendo con posterioridad, imponérsele y posibilitarle el acceso al informe, acta, constancias documentales o respaldos filmicos del acto.*

Cuando se trate de menores que a la fecha de ser requerida su comparencia hayan cumplido los dieciséis (16) años de edad y no hubieren cumplido los dieciocho (18) años, el órgano interviniente, previo al acto o a la recepción del testimonio, requerirá informe al especialista acerca de la existencia de riesgos para la salud psicofísica del menor respecto de su comparendo ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto precedentemente.

12 Cabe assinalar que a Lei Orgânica 14/1999, de 9 de junho, que modificou o Código Penal de 1995, em

Importante destacar que a adoção da técnica do *depoimento com redução de danos*, assim como a sistemática da inquirição direta, não garante nem facilita a descoberta de manifestações falsas ou fantasiosas das crianças (como na hipótese da síndrome de Münchhausen – desordem na qual a criança fabrica sintomas de uma doença física para obter atenção – ou nos casos dos *Red Outs* – tipo particular de amnésia para crimes violentos, de ordem dissociativa-seletiva, restrita ao evento ou episódio geralmente singular).

Para tanto, fundamental a realização de profundo acompanhamento psicológico, em ambiente e tempo próprios, estabelecidos por profissional habilitado (e sem a direta finalidade de utilização no processo penal). De forma simultânea (e com vistas à utilização probatória), possível e importante o manejo do estudo psicossocial, permitindo que equipes interdisciplinares em atuação no Juízo Criminal estabeleçam atividade tipicamente *psi* com a criança, aportando conhecimentos outros à convicção judicial.

2. Além da ideia de contraditório

Numa primeira e rápida tentativa de fixação da possibilidade de utilização do instituto de depoimento com redução de danos, a doutrina costuma fazer referência ao especial cuidado que os operadores do Direito devem ter com os constitucionais princípios do contraditório e ampla defesa quando da inquirição de crianças e adolescentes (vítimas de crimes ou testemunhas). Ademais, refere-se que a obediência ao contraditório e à ampla defesa importaria numa melhor forma de inquirir tais pessoas, evitando-se novos danos psíquicos às vítimas¹³.

Ocorre que ligeira atecnia parece surgir quando da tentativa de conexão dessas *retas paralelas* (*depoimento com redução de danos* e princípios do contraditório e da ampla defesa), pois, o contraditório – especialmente – não acarreta em qualquer alteração na forma de obter as informações com a colheita da prova oral.

Para tornar mais vívido o que se pretende explicar, faz-se breve interlúdio na exposição, para versar sobre o princípio do contraditório¹⁴.

matéria de proteção às vítimas de maus tratos, e do Código de Processo Penal da Espanha, introduziu um novo aspecto de caráter processual que pode redundar em uma considerável minoração das consequências sobre a própria vítima ou sobre os depoimentos de menores. De fato, se introduziu uma cobertura legal necessária para que não se produza confrontação visual entre os menores e o acusado, podendo-se, para isso, utilizar meios audiovisuais. Por congruência com este princípio, a prática de acareação quando os depoimentos sejam de menores de idade passa a ter caráter excepcional. Deve-se recordar que esta recente modificação está em consonância com o tratamento que algumas instituições europeias têm dado à questão. Neste sentido, o Conselho da Europa, em 1985, recomendou que os menores fossem assistidos por familiares ou profissionais na hora de testemunhar, em 1991, que se adotem medidas especiais para amortizar os efeitos de seu comparecimento e reforçar sua credibilidade e, em 1998, voltou a firmar posição na colocação em prática das propostas realizadas. Em 1997, o Parlamento Europeu instou os Estados para que seu direito processual não permita que os menores revivam de maneira traumática os atos delitivos.

13 “... Uma vez verificada a precariedade da forma como os depoimentos estão sendo tomados, devem ser buscadas soluções dentro da ordem constitucional, com obediência ao contraditório e ampla defesa, para uma melhora no inquirir de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. Tal medida evitaria assim novos danos psíquicos nas vítimas, bem como emprestaria qualidade aos fatos narrados em seus depoimentos, o que permite que se responsabilize de fato o abusador” (DALTOÉ CEZAR, José Antonio. *Op. cit.*, p. 19).

14 Apenas a título de esclarecimento ao leitor, tem-se como *distintos e autônomos* os princípios do contraditório e da ampla defesa. A defesa, em verdade, contraria a (acusação) perante a jurisdição, caracterizando, também, um direito à tutela jurisdicional. O princípio da ampla defesa, como vastamente

Sob a vertente jurídica, a ideia básica de *contraditório* passa pela necessidade de ciências a todas as partes envolvidas em determinado processo quanto aos *acontecimentos processuais*, possibilitando-se/facultando-se a reação a tais *acontecimentos*. Em outras palavras: trata-se da necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro lado, a possibilidade das partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis¹⁵.

Em monografia dedicada ao tema, SOUZA aponta que concebe-se o *contraditório* como sendo garantia fundamental do homem, que lhe assegura a participação na concretização de um determinado provimento decorrente do exercício do Poder, como forma de assegurar a legitimidade da ingerência da decisão no trinômio vida-liberdade-propriedade, mediante uma atuação efetiva, concreta e bilateral em todo arco de um procedimento configurado segundo os ditames do Estado Democrático de Direito¹⁶.

O Excelso Pretório, por seu turno, em festejado Acórdão lavrado pelo Min. Gilmar Mendes, quando da análise do tema “*processo administrativo e contraditório*”, teve ocasião de ampliar os limites do princípio em comento¹⁷.

Apreciando o chamado “*Anspruch auf rechtliches Gehör*” (*pretensão à tutela jurídica*) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.

Daí afirmar-se, correntemente, que a *pretensão à tutela jurídica*, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, inciso LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

1) *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

2) *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)*, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

3) *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

divulgado, divide-se em defesa geral e estrita, sendo que a primeira é a atividade processual dirigida a fazer valer perante o juiz os direitos subjetivos e os demais interesses jurídicos do imputado, ao passo que, sob a ótica estrita, é a atividade que se contrapõe à ação penal exercida pelo Ministério Público ou pelo autor privado (neste sentido, Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Buenos Aires, Ejea, 1951). O poder de defesa deriva do reconhecimento da liberdade individual e se refere diretamente ao interesse do imputado, podendo ser definido como a faculdade de impedir, resistir e prevenir qualquer restrição injusta à liberdade individual e ao pleno exercício dos direitos que as pessoas têm outorgados por império de ordem jurídica plena (cf. JORGE CLARIA OLMEDO, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires, Ediar, 1960). Em sentido contrário, entendendo que ampla defesa e contraditório constituem um único princípio: LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *Processo Penal e (em face da) Constituição - princípios constitucionais do processo penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

15 NELSON NERY JR., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

16 ARTUR CÉSAR DE SOUZA, *Contraditório e Revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

17 Cf. Processo Administrativo e Contraditório (Transcrições - Min. Gilmar Mendes - *Informativo*, nº 343, do Supremo Tribunal Federal).

Assim, ao lado da bilateralidade de ciência (que chama de *direito de informação*) e da oportunidade de reação (nominado de *direito de manifestação*), a Suprema Corte faz consignar o *direito de ver seus argumentos considerados*¹⁸.

No entanto, como de fácil constatação, qualquer que seja o conteúdo conferido ao *princípio do contraditório*, não há qualquer relação com a temática do *depoimento com redução de danos*, que, como já visto, consiste em técnica especial de inquirição da vítima ou da testemunha menor, *com a direta participação das partes interessadas* (logo, com ciência e oportunidade de reação).

2.1. Direito à confrontação

Dentro dos modernos princípios reitores do processo penal brasileiro, começa a surgir o questionamento sobre a obrigatoriedade de observância do *direito do acusado de confrontar* a vítima e as testemunhas que produzem prova contra ele (conceito completamente distinto do princípio do contraditório).

O direito norte-americano consagrou o *direito à confrontação* (*confrontation clause*) em sua Sexta Emenda:

“Ainda na 6ª emenda encontra-se a regra segundo a qual ‘em todas as persecuções criminais, o acusado terá direito (...) de ser confrontado com as testemunhas de acusação’.

Esse princípio de confrontação estabelece que é um direito do imputado o de confrontar ou ser confrontado com as testemunhas arroladas pela acusação. Evidente que não se trata de um direito de conteúdo meramente formal, mas garante ao imputado o direito de contestar a real condição da testemunha, sua identidade, seus motivos, suas versões.

A Suprema Corte decidiu, em *Pointer v. Texas*, 380 US 400 (1965), que o princípio do direito à confrontação se incorporou aos ordenamentos jurídicos estaduais, por força da 14ª emenda.

Segundo a opinião da Suprema Corte, redigida pelo juiz associado Black em *Illinois v. Allen*, 397 US 337 (1970), ‘um dos mais básicos direitos contidos na cláusula de confrontação é o do acusado estar presente na sala durante cada um dos momentos processuais de seu julgamento’¹⁹

18 Em que pese a remansosa jurisprudência do STF e do STJ indicar que o magistrado não é obrigado a enfrentar todos os argumentos aduzidos pelas partes durante o processo, podendo limitar-se ao enfrentamento de um deles, desde que a justificação/fundamentação utilizada afaste implicitamente os demais argumentos (neste sentido: STJ – HC 34618/SP – Rel. Min. Felix Fischer – 5ª Turma – j. 09/11/2004 – v.u. – DJ 13/12/2004, p. 388; STJ – AgRg no Ag 631531/MG – Rel. Min. José Delgado – 1ª Turma – j. 03/03/2005 – v.u. – DJU 04/04/2005, p. 193). No campo doutrinário, surge o suporte advindo da chamada *motivação implícita*, pela qual a “superação das lacunas torna-se possível em virtude da relação lógica existente entre aquilo que ficou expresso no discurso judicial e aquilo que também deveria ter sido objeto de justificação mas não foi”, mormente quando os “...motivos que justificam a solução de uma questão servem, implicitamente, para atender à mesma finalidade em relação a outro ponto em que não foram explicitadas as razões do convencimento judicial” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 197/198).

19 JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS, *Curso de Processo Penal Norte-Americano*. São Paulo, Revista dos Tribunais,

É a *confrontation clause* que garante ao acusado o direito de ser *confrontado com a vítima e com as testemunhas que geram prova contra ele*. Define-se tradicionalmente a *confrontação* como o ato de colocar a vítima face a face com o acusado, de modo que o réu possa fazer qualquer objeção que ele tenha contra ela, ou que a vítima possa identificar o acusado.

A essência do direito a confrontar a vítima e as testemunhas, como garantido na emenda constitucional, é o direito de um acusado de confrontar seu acusador, ou seja, de fazer o *cross-examine* (a inquirição direta) daquele que apresenta evidências contra ele. A Sexta Emenda foi idealizada para evitar julgamentos secretos e para proibir o uso de testemunhos escritos (com especial desenvolvimento no tema relativo ao testemunho de ouvir-dizer)²⁰.

No entanto, revertendo sua orientação predominante, no precedente *Maryland v. Craig*, a Suprema Corte norte-americana estabeleceu que o interesse do Estado no bem estar físico e psicológico das crianças vítimas de abuso é suficientemente importante para afastar, ao menos em alguns casos, o direito do acusado de defrontar o seu acusador em audiência²¹. Trata-se de significativo passo do Estado na tentativa de estabelecer um estatuto de proteção às crianças vítimas do trauma, de prestar depoimentos em casos principalmente de abuso sexual.

De acordo com a Corte, não se pode dizer que o confronto (cara a cara) com vítima presente à instrução é um elemento dispensável da garantia da Sexta Emenda. A Corte fez o impossível plausível ao recharacterizar a *Confrontation Clause*, de modo que a confrontação (redesignada “confronto cara a cara”) vira apenas um dos muitos “elementos de confronto”. A cláusula de confrontação garante não apenas o que foi explicitamente criado para – confronto “cara a cara” –, mas também implícitos e colaterais direitos como o *cross-examination* (inquirição direta), audiência e “juramento”. O propósito essencial deste rol de direitos, na doutrina comparada, é assegurar a confiabilidade da prova.

A Cláusula de Confrontação garante procedimento de instrução específico que foi pensado para assegurar a confiabilidade da prova/evidência. Tal princípio garante, como regra, o que explicitamente diz: o direito de encontrar cara a cara aqueles que aparecem e dão prova em um julgamento – cf. *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012, 1016 (1988), *California v. Green*, 399 U.S. 149, 175 (1970).

2006, p. 147 e segs.

20 Neste sentido: SWAZI TAYLOR. *Right to Confront Witnesses: Guaranteed by de Sixth Amendment of the Constitution of the United States*. Artigo veiculado em http://www.criminalattorney.com/pages/firm_articles_confront_witnesses.htm, acesso em 25/05/2008.

21 No *leading case* da Suprema Corte Americana *Maryland v. Craig* (497 U. S. 836, 1990), uma acompanhante de crianças foi condenada por abusar sexualmente das crianças sob seus cuidados. Antes do julgamento, o Estado invocou o novo procedimento de Maryland para proteção de crianças-testemunhas, pelo qual crianças vítimas de abuso seriam autorizadas a testemunhar por meio de um circuito interno unidirecional de televisão. A condenação foi baseada primeiramente no testemunho de quatro crianças vítimas. A ideia do procedimento era poupar a vítima de ter confronto direto com o acusado. Na busca da invocação deste procedimento, o juiz presidente foi instado a primeiro determinar que o testemunho de crianças resultaria em séria aflição emocional, que impediria as crianças de se comunicarem razoavelmente. Em apelação, a Suprema Corte de Maryland derrubou a condenação, enfatizando que o juiz falhou ao justificar sua decisão de permitir as crianças de testemunharem pelo circuito de televisão, em violação ao direito do acusado confrontar seu acusador. A Suprema Corte Americana disciplinou que isso não violaria o direito do acusado de confrontar seu acusador se, antes de permitir o testemunho dito indireto, houve a expressa demonstração de que a criança-testemunha poderia ser traumatizada por manifestar-se na presença do acusado.

Em verdade, o grande debate sobre a Sexta Emenda e o direito à confrontação versa sobre o *testemunho de ouvir-dizer*, ou seja, sobre aquela prova testemunhal prestada não sobre um fato presenciado por seu declarante, mas sobre algo que ele ouviu de um terceiro que presenciou o fato. No entanto, diante da necessidade do estabelecimento de formas de proteção quanto à reedição de traumas oriundos do préstimo de declarações por menores vítimas de abuso, fez-se a extensão da discussão antes centrada sobre o *testemunho de ouvir-dizer*. E algumas das análises da Corte parecem sugerir que testemunhos de crianças, sob a forma especial em sala separada, seriam eles próprios *testemunhos de ouvir-dizer* (do tipo permitido pelos casos da Cláusula de Confrontação).

A Corte afirma que sua interpretação da Cláusula de Confrontação é coerente com os precedentes e que os outros direitos previstos na Sexta Emenda devem ser interpretados no contexto das necessidades do processo/julgamento e do sistema adversarial. É verdade que *as necessidades do processo e do sistema adversarial* limitam a maneira como os direitos da Sexta Emenda serão exercidos, e limitam o âmbito das garantias da Sexta Emenda na medida que este universo é textualmente indeterminado. O Direito ao confronto não é o direito a confrontar de uma maneira que tumultue o processo (cf. *Illinois v. Allen*, 397 U.S. 337 – 1970).

2.2. Confrontação da cláusula com o depoimento com redução de danos

Uma das argumentações utilizadas na doutrina norte-americana para evitar a subtração da criança à regra da confrontação é que o prejuízo/temor causado pela presença do réu não pode ser uma escusa válida diante da Cláusula, que tem por um dos objetos *colocar a testemunha sobre um olhar hostil do acusado*, em alguns momentos. Costuma-se dizer que a presença cara a cara pode, infelizmente, chatear a verdadeira vítima de estupro ou criança abusada, mas, ao mesmo tempo, pode confundir e desfazer o falso acusador, ou revelar a criança treinada por um adulto.

Com todas as vênias que o presente estudo demanda e que a atenção que o leitor desprende até aqui exige, é imperioso afirmar que tal argumentação beira as raias do absurdo. Um “olhar hostil” pode, no máximo, confundir ou aterrorizar ao extremo a criança (potencializando o trauma que já carrega), nunca, por si só, fazer com que ela passe a contar a “verdade pura e simples”. As síndromes do silêncio e de Münchhausen ou os *Red Outs*, como já visto, não serão solucionados numa sala de audiências, durante a inquirição de um menor (aliás, nunca é demais reiterar, nem mesmo o instituto do *depoimento com redução de danos* traz esta garantia de forma absoluta, pois não se destina a tal ofício, sendo, como também já flanqueado, designado a reduzir os danos – físico e psicológico – na inquirição da criança vítima de abuso, minorando o *programa de reedição de traumas*).

Assim, ainda que invocado o *direito à confrontação*, válida se mostra a inquirição da vítima/testemunha menor com a utilização do instituto do *depoimento com redução de danos*.

Gize-se que o processo penal, como bem destacado por COSTA ANDRADE²², está

22 MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 119 (“Como terá já ficado sugerido, as proibições de prova relevam também da atualização da consciência de que o processo penal – realizando interesses de inquestionável dignidade e estando preordenado à preservação dos bens jurídicos fundamentais da comunidade – redundante, não raro, na compressão e sacrifício drásticos de valores de não menor significado. Como observa PETERS, “preordenado à tutela de valores, o

também preordenado à preservação dos bens jurídicos fundamentais da comunidade, impondo-se, portanto, o reconhecimento da condição de titular de direitos da vítima-menor (até mesmo dentro do processo penal).

Aliás, a mesma norma-princípio que serve para proteger o investigado ou o réu dos horrores da tortura e outros males empregados na *busca da verdade real*, serve, também, para proteger as vítimas-crianças dos males da vitimização secundária (imposta na sua utilização como fonte de prova no processo penal, em nome de uma suposta *verdade real*). Há uma clara delimitação à averiguação e à sua forma de realização.

Posteriormente, em *Crawford v. Washington* (541 U.S. 36 – 2004), a Suprema Corte Norte Americana reverteu radicalmente seu entendimento sobre o direito ao confronto, descartando um posicionamento jurisprudencial que teve, por todo o quarto de século anterior, reduzindo a cláusula da confrontação a algo aproximado a uma réplica do testemunho de ouvir-dizer. A abordagem prévia da Corte, baseada em *Ohio v. Roberts* (448 U.S. 56, 66 – 1980), concebia a cláusula de confrontação apenas como uma garantia da confiabilidade da prova criminal. *Crawford* substituiu este estandarte com uma regra procedimental que requer uma prova testemunhal.

Não há dúvida de que a interpretação extensiva da regra faz com que esta seja vertida para além de suas finalidades, pois que tradicionalmente se tem como proposta desta cláusula a prevenção ante as arbitrariedades perpetradas pelo sistema de controle governamental²³. A opinião da Corte demonstra que a preocupação central de *Crawford* é a produção de declarações em antecipação ao seu uso em julgamento.

Outra crítica recorrente feita ao instituto é que a prova produzida no *depoimento com redução de danos* é “feita contra o réu”, olvidando-se a importância da atividade probatória processual, que pode – de igual sorte – auxiliar o réu.

Graças a um largo processo de conscientização no processo penal, a este também corresponde fazer primar o interesse superior do menor. Isso implica o estabelecimento de procedimentos que evitem provocar novos danos aos menores que foram vítimas de abuso sexual, sem afetar o direito de defesa dos imputados.

Como afirmado por BITENCOURT, a atividade processual é regulada pelo ordenamento jurídico através de formas processuais, uma espécie de “tipicidade processual” aplicável a todos os atos e válida para todas as partes no processo²⁴.

A observância dos ritos processuais não equivale somente a uma garantia de justiça, mas também uma condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça²⁵.

“Nos casos em que a lei estabelece um determinado procedimento para a produção de uma prova, o respeito dessa disciplina legal assegura a genuinidade e a capacidade demonstrativa de tal meio de prova. Toda vez que tal procedimento

processo penal traz também consigo o perigo da destruição de eminentes valores comunitários e pessoais” (...). E foi precisamente esta experiência, recorda GRÜNWARD, que fez ganhar corpo à exigência de que “para além da *ordenação* da perseguição penal, o direito processual penal se constitua também em seu *limite*”. Limite imposto tanto em nome dos valores ou direito pessoais – subjectivados, *v.g.*, pelo arguido, ofendido, testemunhas, etc. – como em nome dos próprios interesses (*maxime* a realização da justiça e a restauração da paz jurídica que ao processo penal cabe promover”).

23 OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO, *A Ilícitude da Prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 153.

24 ALBERTO MARTIN BINDER, *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003 (tradução Angela Nogueira Pessoa), p. 7.

25 LUCIANE POTTER BITENCOURT, *A Vitimização Secundária de Crianças e Adolescentes e a Violência Sexual Intrafamiliar*. Porto Alegre, PUCRS, 2007, Dissertação de Mestrado, obra inédita, p. 155.

probatório não é seguido, o problema que se coloca não é saber se o meio de prova produzido é típico ou atípico, mas sim se os requisitos e condições previstos em lei, mas que não foram observados na admissão ou produção da prova, eram ou não essenciais para tal meio probatório²⁶.

Em perfeita análise das lições de BINDER, BITENCOURT assevera que o *depoimento com redução de danos*, ao prescrever uma mudança de *método de inquirição*, não anula a forma de realização do ato processual, que será válido desde que, dentre outras exigências, garanta a perfeita *audição, visão e comunicação* com a vítima na sala especial, e entre todos os demais sujeitos que participam daquele ato, preservando-se a ampla defesa e o contraditório²⁷.

Note-se, neste sentido, que o próprio Código de Processo Penal brasileiro prevê formas diferenciadas de *inquirição* de testemunhas, como é o caso da obrigatoriedade de utilização de intérprete para oitiva de pessoas estrangeiras ou a possibilidade do préstimo de testemunho por escrito (como para Presidente, Governadores, etc.), o que, particularmente, ratifica a ideia de que há pessoas que, em virtude de sua atividade e responsabilidade, quedam isentas de apresentar-se perante um tribunal tradicional.

3. Conclusão

É de amplo conhecimento que o sistema legal, por si só, contribui para a dificuldade do testemunho de crianças vítimas de abuso sexual. Primeiro, as regras de prova o subestimam e exacerbam as dificuldades para comprovação do delito. As desigualdades de poder entre o adulto abusador e a criança abusada são reforçadas pelo sistema legal com regras que desacreditam a prova obtida com a criança. Não suficiente, as intervenções do sistema legal podem ser traumáticas para a criança e podem inibi-la de testemunhar ou contribuir para retração ou recusa a testemunhar de qualquer forma.

A principal razão para a recusa da prova vinda de crianças é a potencial desconfiança. Porém, a psicologia vem desafiando tal assertiva. Não há correlação entre idade e confiabilidade, adultos são tão sugestionáveis quanto crianças, e a memória da criança não é mais falível do que a do adulto.

Ademais, na *common law* existe uma regra de prática que diz que o juiz deve alertar o Júri que, apesar deles poderem condenar com base na prova “não juramentada” de uma criança vítima, isso pode ser perigoso de ser feito na ausência de uma prova que corrobore. A “regra da corroboração” (*corroboration rule*) impõe um obstáculo adicional para provar o abuso sexual infantil.

No processo penal brasileiro não há vedação a quem possa servir como *testemunha* (o que, por uma questão de interpretação lógica – e, diante da ausência de norma explícita, deve ser aplicado às declarações do ofendido), ao contrário do que ocorre no processo civil. O sistema brasileiro, portanto, se distancia da realidade norte-americana²⁸, onde o compromisso/juramento (*oath*) faz parte obrigatória do ritual exigido para a prova oral, inclusive para menores.

26 GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ, *Direito Processual Penal: tomo I*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 200.

27 LUCIANE POTTER BITENCOURT, *op. cit.*, p. 156.

28 A criança, neste sistema, só poderá depor se aparentar à Corte ter suficiente conhecimento e entender a natureza e as consequências do juramento. Se ela não entender a natureza do juramento, a prova “não juramentada” pode ser dada desde que a Corte entenda que a criança possui inteligência suficiente e que entenda o dever de falar a verdade.

Em nível geral, se faz necessário que se articulem de forma urgente medidas legislativas e também de prática judicial para proteger os menores nos julgamentos por delitos sexuais, sem prejuízo, por óbvio, do direito de defesa e dos princípios da imediação e do contraditório.

Sem dúvidas, o maior inimigo à efetivação do depoimento com redução de danos – além dos desarrazoados ataques doutrinários – é a falta de recursos humanos suficientes (equipe técnica especializada) e de infraestrutura (salas especiais com circuito interno unidirecional de televisão), principalmente em Comarcas interioranas.

Se o procedimento comentado se efetivar com a devida intervenção das partes, permitindo-se, ao longo da instrução, que realizem a inquirição da criança – ainda que por meio de profissional que concretiza o ato – não é possível considerar que o devido processo ou o direito de defesa do imputado tenha sido vulnerado.

Preceitua SARLET que “acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal”²⁹.

Esta observação aplica-se, no processo penal, tanto ao imputado quanto à vítima-menor. É chegado o momento de proteger a vítima de novos danos, mormente quando é obrigada, pelo Estado, a participar da elucidação de um fato a qual não deu causa³⁰.

O *depoimento com redução de danos*, é claro, não é a opção ideal e definitiva no que pertine à inquirição e proteção de menores. Todavia, é um passo à frente da situação atual. Precisa ser repensado e melhorado. E nada melhor do que a oitiva das áreas irmãs para esse aprimoramento e o intenso e revigorado debate jurídico. Fica, aqui, o convite para o *confronto*.

4. Bibliografia

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BINDER, Alberto Martin. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Tradução Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Luciane Potter. *A Vitimização Secundária de Crianças e Adolescentes e a Violência Sexual Intrafamiliar*. Porto Alegre: PUCRS, 2007, Dissertação de Mestrado, obra inédita.

29 INGO WOLFGANG SARLET, Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira. In Em Busca dos Direitos Perdidos – uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, nº 1. Porto Alegre, 2003, p. 61.

30 À diferença do imputado, que em certo modo constitui a figura central do procedimento penal, já que tudo gira em torno da sua culpabilidade ou inculpabilidade, o *ofendido é, no fundo, somente uma figura marginal*. Em contraste com o processo civil, onde o ofendido joga um papel decisivo como “demandante”, no procedimento penal ele tem sido em grande parte substituído pelo Ministério Público. Por isso, atua, por regra geral, só como *depoente* do fato ou suas consequências (ALBIN ESER, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal: tendencias nacionales e internacionales*. In MAIER, Julio B. J. (comp.). *De los Delitos y de las Víctimas*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 16).

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e (em face da) Constituição – princípios constitucionais do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLARIA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1960.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

DALTOÉ CEZAR, José Antonio. *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DOBKE, Velea. *Abuso Sexual: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

ESER, Albin. *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal: tendencias nacionales e internacionales*. In MAIER, Julio B. J. (comp.). *De los Delitos y de las Víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

FURNISS, Tilman. *Abuso Sexual da Criança, Uma Abordagem Interdisciplinar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAIER, Julio B. J. (comp.). *De los Delitos y de las Víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Buenos Aires: Ejea, 1951.

NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira. In *Em Busca dos Direitos Perdidos – uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, nº 1, Porto Alegre, 2003.

SOUZA, Artur César de. *Contraditório e Revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TAYLOR, Swazi. *Right to Confront Witnesses: Guaranteed by de Sixth Amendment of the Constitution of the United States*. Artigo veiculado em http://www.criminalattorney.com/pages/firm_articles_confront_witnesses.htm, acesso em 25/05/2008.

TRINDADE, Jorge. *Prefácio*. In DALTOÉ CEZAR, José Antonio. *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A Ilícitude da Prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

*Publicado originalmente na Revista nº 31 jan./mar. 2009, p. 35.

DA COMPETÊNCIA PELA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

FERNANDO TOURINHO FILHO*

A competência pela prerrogativa de função vem fixada na CR (arts. 102, I, *b* e *c*, 105, I, 108, I, *a*, 96, III, 29, X, e 125, § 1º). Dela cuidam, também, as Constituições Estaduais, a Lei de Organização Judiciária Militar e, finalmente, os arts. 84 a 87 do CPP. Trata-se do foro *ratione personae vel muneris*. Há determinadas pessoas, independente de condições de fortuna, posição social, raça ou credo, que exercem no cenário jurídico-político da nossa terra funções relevantes e, em atenção a essas funções, gozam elas de foro especial, isto é, não são processadas e julgadas pelos órgãos de primeira instância, mas pelos Tribunais. Não obstante todos sejam iguais perante a lei, esse foro privativo a que estamos nos referindo foi criado para melhor assegurar a aplicação da lei penal. Ele não é dispensado à pessoa. Tanto isso é exato que, cessada a função, desaparece o “privilégio” (*rectius*: a garantia), na dicção da Súmula 451 do STF.

Nesses casos, o foro pela prerrogativa de função pode satisfazer a uma dupla finalidade da justiça: *“poner a los enjuiciables amparados por el privilegio a cubierto de persecuciones deducidas a la ligera o impulsadas por móviles bastardos, y, a la par, rodear de especiales garantías su juzgamiento, para protegerlo contra las presiones que los supuestos responsables pudiesen ejercer sobre los órganos jurisdiccionales ordinarios”* (ALCALA-ZAMORA, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, t. I, p. 222).

Indaga-se: seria uma vantagem concedida a alguns em detrimento de outros? Um privilégio, enfim? Como professava FAUSTIN HÉLIE: *“... c’est une garantie assurée à l’indépendance et à l’impartialité de la justice, et qui, par conséquent, est destinée à protéger un intérêt général”* (apud FREDERICO MARQUES, em notas aos Apontamentos sobre o processo penal brasileiro, de J. A. PIMENTA BUENO, São Paulo, RT, 1959, p. 153). No mesmo sentido, CORINNE RENAULT BRAHINSKY: *“bien que les citoyens soient égaux devant la loi en application de l’article 6 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen, des juridictions spéciales ont été créés en vue d’assurer une meilleure justice pénale”*. Não obstante os cidadãos sejam iguais perante a lei, consoante o art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, as jurisdições especiais foram instituídas visando a assegurar uma melhor justiça penal (*Procédure pénale*, Paris, Gualino Éditeur, 1999, p. 27).

É verdade que a Lei Maior, no art. 5º, *caput*, estabelece que “todos são iguais perante a lei”. Sendo, como efetivamente são, esse direito concedido a tais pessoas não conflitaria com aquela igualdade? Obviamente não. Não se trata (conforme dissemos) de um privilégio, o que seria odioso, mas de uma garantia, de elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores.

* FERNANDO TOURINHO FILHO é Promotor de Justiça aposentado e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Araraquara/SP.

Observe-se que esse foro não é concedido à pessoa, mas dispensado em atenção à importância ou relevância do cargo ou função que exerça. Nem teria sentido pudesse um juiz de direito processar e julgar um desembargador. Da mesma forma que seria esdrúxulo pudesse um ministro do STJ ou de qualquer Tribunal Superior da República ser processado e julgado por desembargadores, e muito menos por Juízes da inferior instância. Note-se que a competência funcional originária *ratione personae vel muneris* é exercida em uma única instância. Não existe para ela o duplo grau de jurisdição. Embora se presuma o acerto das decisões dos órgãos superiores, posto que colegiados, o ideal seria, e ainda o acalentamos, devessem os tribunais, no processo e julgamento das pessoas subordinadas às suas jurisdições, atuar pelas suas câmaras ou turmas, isto é, pelos seus órgãos fracionários, funcionando o Pleno como órgão de segundo grau.

Nos Estados Unidos da América do Norte, essa competência pela prerrogativa de função tem assento exclusivamente na Constituição. Entre nós, antes da CF/88, havia quem afirmasse, à maneira do que se passava na América do Norte, que somente a Lei Maior tinha poderes para a concessão do foro pela prerrogativa de função e, por isso, não faltavam críticas ao art. 87 do CPP, que, à revelia da Lei das Leis, conferia foro privativo aos “membros do MP, interventores, Secretários de Estado, Prefeito do Distrito Federal e Chefes de Polícia”. Não obstante a crítica fosse desarrazoada, à vista de várias decisões da Suprema Corte (RT 314/499 e RTJ 67/579), a nova CF, entretanto, procurando evitar essa apreciação desfavorável, conferiu ao art. 125, § 1º, poderes para que os Estados, em suas Constituições, estabelecessem a competência dos seus TJ. Sem embargo, a competência privativa do STM é fixada na Lei de Organização Judiciária Militar.

De início, cumpre observar que o art. 84 do CPP, na sua redação primitiva, de mais de cinquenta anos, dispunha que a competência pela prerrogativa de função era do STF e dos Tribunais de Apelação, relativamente às pessoas que devessem responder perante eles por crime comum ou de responsabilidade. Àquela época, tirante o então Supremo Tribunal Militar, agora Superior Tribunal Militar, havia apenas o STF e os então chamados Tribunais de Apelação. Hoje existem outros: o STJ, o TSE, os TREs, os TRFs, os Tribunais de Alçada, sem falar nos Tribunais do Trabalho, que não exercem nenhuma atividade de natureza penal. Aliás, abrimos um parêntese, para anotar que a Emenda Constitucional n. 45 promulgada em 8 de dezembro de 2004, não só extinguiu os Tribunais de Alçada, como, inclusive, conferiu à Justiça do Trabalho, poderes para conhecer de *habeas corpus* quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição. Além disso, desde a CF/46, os Tribunais de Apelação perderam essa denominação e são chamados “Tribunais de Justiça”. Dessa maneira, o art. 84 de há muito devia ser lido assim: a competência pela prerrogativa de função é do STF, do STJ, dos TRFs e TJ dos Estados e do Distrito Federal. Respeitante aos Tribunais de Alçada, apenas cinco Estados os criaram: São Paulo, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul. Estes últimos de há muito os extinguiram, sendo que seus membros foram incorporados aos Tribunais de Justiça. Quanto aos demais, a Emenda Constitucional n. 45, de 8-12-2004, seguiu as orientações gaúcha e carioca...

Na redação atual, em face da Lei nº 10.628/02, o art. 84 do CPP passou a ter a seguinte redação:

“**Art. 84.** A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.”

Essa mesma regra vem fixada nos arts. 102, I, *b e c*, 105, I, *a*, 108, I, *a* e 96, III, da CF. Conhecidos os órgãos que têm competência funcional vertical originária *ratione personae vel muneris*, indaga-se: quais as pessoas que são processadas e julgadas por esses Tribunais?

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Compete à mais alta Corte de Justiça, nos termos do art. 102, I, *b*, da CF, processar e julgar, apenas nas *infrações penais comuns*, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o Procurador-Geral da República. Insta esclarecer que a expressão “*infrações penais comuns*” está em antagonismo a crimes de responsabilidade. Assim, toda e qualquer infração penal que não se incluir no rol dos crimes de responsabilidade é uma infração penal comum. O crime eleitoral, o crime de imprensa, o crime político, os crimes dolosos contra a vida, o crime militar, todos são crimes comuns e, por isso, se qualquer daquelas pessoas vier a cometer uma infração penal não qualificada como de responsabilidade, o processo e julgamento caberão, privativamente, ao STF. A CF fala em infração penal, abrangendo assim a contravenção. Ainda que empregasse o termo “crime”, como o faz o art. 105, I, *a*, e como o fez a Constituição anterior, a interpretação continuaria a mesma, em face da regra de que, quem pode o mais, pode o menos.

Compete-lhe, também, privativamente, processar e julgar, tanto nas *infrações penais comuns* como nos crimes de responsabilidade: **a)** os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvada a hipótese de o crime de responsabilidade ser conexo ao do Presidente da República ou do Vice-Presidente, quando, então, o processo e julgamento se deslocam, anormalmente, para o Senado, nos termos dos arts. 102, I, *c/c* art. 52, I, ambos da CF; **b)** os membros dos Tribunais Superiores (STJ, STM, TSE, TST) e do TCU; e, finalmente, **c)** os chefes de missão diplomática de caráter permanente (nossos embaixadores).

Por outro lado, é de observar que a Lei Magna, empregando a expressão “crime de responsabilidade”, está se referindo às *infrações político-administrativas*. Não confundi-las com os crimes funcionais, tipificados nos arts. 312 a 326 do CP, imprópria e indevidamente denominados pelo CPP como “crimes de responsabilidade de funcionários públicos”, no capítulo que se inicia no art. 513.

Aqui o legislador ordinário alude às *infrações praticadas pelos funcionários no exercício de suas funções* (arts. 312/326 do CP). São os delitos funcionais. Os crimes de responsabilidade de que trata a Lei Maior, tal como se infere do parágrafo único do seu art. 85, serão definidos em lei especial que, inclusive, estabelecerá as normas do processo e julgamento. Como ainda não foi elaborada essa lei especial, entende-se ter sido recepcionada pela nossa Constituição a Lei nº 1.079, de 10.04.1950, que define os “crimes de responsabilidade”.

Atualmente, em face dos arts. 51, I, e 52, I e II, da CF, o Presidente, o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e os Comandantes das Três Armas, nos crimes conexos aos daqueles, os Ministros do STF, os membros do Conselho Nacional de Justiça, os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República serão processados e julgados pela Câmara Alta, nos termos do art. 52 da CF em face da Emenda Constitucional n. 45/2004. O *judicium accusationis* e o *judicium causae* ficaram afetos ao Senado. Em se tratando de crime comum, o Advogado-Geral da União é processado e julgado pelo STF. Certo que a CF não lhe conferiu foro privativo, todavia, a MP 2.216-37, de 31.08.2001, alterando a Lei n° 9.649, de 27.05.1998, acrescentou-lhe o art. 24-B, com a seguinte redação: “O cargo de natureza especial de Advogado-Geral da União fica transformado em cargo de Ministro de Estado” ... Logo, se o cargo de Advogado-Geral da União ficou transformado em cargo de Ministro de Estado, Ministro ele é. Sendo-o, aplica-se-lhe o disposto no art. 102, I, c, da CF. Observe-se mais: o parágrafo único do art. 25 da Lei n° 10.683/03, com a redação dada pela Lei n° 10.869, de 13.05.2004, dispõe: “São Ministros de Estado os titulares dos Ministérios, o Chefe da Casa Civil, o Chefe do Gabinete de Segurança Institucional, o Chefe da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, o Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, o Chefe da Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República, o Advogado-Geral da União, o Ministro de Estado do Controle e da Transparência e o Presidente do Banco Central do Brasil” (este último incluído pela MP 207/04). Tendo sido essas pessoas guindadas à posição de Ministros de Estado, passam a ter como foro privativo o STF.

Parece-nos ter havido um pequeno senão na Emenda Constitucional n. 45/2004. Se compete ao Senado Federal, nos crimes de responsabilidade, processar e julgar os membros do Conselho Nacional de Justiça e os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, deveria competir ao Supremo Tribunal Federal processá-los e julgá-los nos crimes comuns.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Compete ao STJ, nos termos do art. 105, I, *a*, da CF, processar e julgar os *Governadores dos Estados e do Distrito Federal*, nos crimes comuns. Aqui, também, a expressão “crime comum” tem o mesmo sentido: é todo aquele que não seja de responsabilidade. Por outro lado, embora se use, aqui, a expressão “crime”, ela é abrangente da contravenção. Evidente: se o STJ julga um Governador que venha a cometer um homicídio, não teria sentido não pudesse julgá-lo por uma contravenção. Interpretação extensiva: quem pode o mais, pode o menos.

Compete-lhe, também, processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os Desembargadores dos TJs e do Distrito Federal, os membros dos TCEs e do Distrito Federal, dos TRFs, dos TRES e dos TRTs, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os membros do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais.

Os crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal são objeto da Lei n° 7.106, de 28.06.1983 e, quanto aos dos Governadores estaduais, da Lei n° 1.079, de 10.04.1950.

O texto constitucional refere-se aos membros dos Tribunais de Contas dos Estados, bem como aos dos Conselhos e Tribunais de Contas dos Municípios. Havia

Tribunais de Contas da União e dos Estados. Embora o § 3º do art. 16 da Carta anterior permitisse aos Municípios a criação desses Tribunais, somente os do Rio de Janeiro e São Paulo o instituíram. Trata-se de órgãos que auxiliam o Poder Legislativo na fiscalização financeira e orçamentária. A atual CF, no § 4º do art. 31, veda a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais. Assim, essa fiscalização, onde não houver tais órgãos, ficará a cargo do próprio TCE a que pertencer o Município.

Membros do Ministério Público da União que oficiam perante os Tribunais são os Procuradores ou Subprocuradores que atuam no STF, STJ, STM, TSE, TST, TRFs, TREs, TRTs e, inclusive, no TJDF, porquanto os membros do Ministério Público do Distrito Federal integram o Ministério Público da União (art. 128, I, *d*, da CF). Em quaisquer infrações penais, serão todos eles processados e julgados pelo STJ. E se um Procurador da República, que atua junto aos Juízes Federais, cometer uma infração e, em curso o processo penal, seja-lhe atribuída a função de atuar junto a Tribunais? A Suprema Corte, apreciando a espécie, salientou que a competência, nesse caso, desloca-se *ope constitutionis* para o STJ (RT 744/491).

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Ao STM competia, *nos crimes militares definidos em lei* (art. 124 da CF), processar e julgar, nos termos da Lei nº 8.457 de 04.09.1992 (Lei de Organização Judiciária Militar), os Oficiais Gerais das Forças Armadas, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Juízes Auditores, membros do Ministério Público Federal e Defensores Públicos que atuam junto à Justiça Militar. Contudo, a Lei nº 8.719, de 19.10.1993, que deu nova redação à alínea *a* e revogou a alínea *b*, ambas do inciso I do art. 6º daquele diploma, deixou expresso que o STM tem competência originária para processar e julgar, tão-somente, nos crimes militares definidos em lei, os Oficiais Gerais das Três Armas, exceto seus Comandantes, uma vez que a EC 23/99 reservou ao STF competência para processá-los e julgá-los nos crimes comuns e de responsabilidade. Quanto a estes últimos, se conexos com os do Presidente ou Vice-Presidente, o processo e julgamento ficam afetos ao Senado, nos termos do art. 52, I, da CF.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

O Código Eleitoral conferia, no art. 22, I, *d*, ao TSE competência para processar e julgar os seus próprios Ministros e os membros dos TREs nos crimes eleitorais e nos comuns que lhes fossem conexos. A CF/88, entretanto, dizendo competir ao STF processar e julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade, os membros dos Tribunais Superiores da República (e o TSE é um deles), por óbvio revogou aquela disposição do Código Eleitoral que conferia ao TSE o processo e julgamento dos seus próprios Ministros. Quanto à competência para processar e julgar os membros dos TREs em quaisquer infrações, nos termos do art. 105, I, *a*, da Magna Carta, foi deslocada do TSE para o STJ.

Assim, em face de expressa disposição constitucional, o TSE perdeu a sua competência funcional vertical originária *ratione personae vel muneris*.

TRIBUNAIS REGIONAIS ELEITORAIS

Em cada unidade da Federação há um TRE. Conforme dispõe o art. 121 da CF, a competência dos Juízes, Juntas e Tribunais Eleitorais será objeto de lei complementar. Mas, enquanto não for ela elaborada (e ainda não o foi), continua vigendo, recepcionado que foi pela CF, o Código Eleitoral. E este dispõe, no art. 29, I, *d*, competir ao TRE processar e julgar os crimes eleitorais cometidos por Juízes Eleitorais.

E quanto aos Promotores de Justiça que, no exercício de funções eleitorais, vierem a cometer crimes eleitorais? As CFs anteriores à de 1988 não concediam foro privativo aos membros do MP. E quanto à Justiça Eleitoral, o Código Eleitoral não os incluía entre as pessoas que tinham o TRE como foro privativo. A CF atual, no art. 96, III, confere, expressamente, aos TJ's competência para o processo e julgamento dos Juízes Estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como dos membros do MP, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência eleitoral. Desse modo, como atualmente a competência para o processo e julgamento dos membros do Ministério Público Estadual vem fixada na Lei Maior, ressalvada apenas a competência da Justiça Eleitoral, é de entender que, se Juízes e Promotores de Justiça, nas funções eleitorais, cometerem crimes eleitorais, a competência se desloca para o TRE, ficando portanto alterada, por força constitucional, a disposição do art. 29, I, *d*, do Código Eleitoral. Assim, compete ao TRE processar e julgar, nos crimes eleitorais e nos comuns que lhes forem conexos, não só os Juízes eleitorais, como também os Promotores de Justiça, quando no exercício de função eleitoral.

Não nos parece que a ressalva à Justiça Eleitoral feita no inciso III do art. 96 da CF alcance todas as pessoas ali nomeadas. Nem teria sentido, cremos, um membro do Tribunal de Alçada (quando havia Tribunal de Alçada), órgão de segundo grau da Justiça Estadual, ser julgado pelo TRE, órgão de 2º grau da Justiça Eleitoral, porquanto na composição desse órgão encontram-se dois Juízes Estaduais, hierarquicamente inferiores aos Juízes de Alçada. Por outro lado, a vingar interpretação diversa, o Procurador-Geral de Justiça do Estado que exerce função simetrizada ao do Procurador-Geral da República – que em quaisquer infrações, exceto as de responsabilidade, é julgado pelo mais alto Tribunal do País – deixaria de ser julgado, nos crimes eleitorais, pelo mais alto Tribunal do Estado. Se são julgados pelo TJ nos crimes militares e federais, não há razão lógica para a alteração do foro, tratando-se de crime eleitoral.

Ademais, repita-se, a ressalva feita pelo inciso III do art. 96 da CF, a nosso ver, alude, designadamente, aos Juízes e membros do Ministério Público Estadual, quando no exercício de funções eleitorais cometerem crimes eleitorais.

TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Compete aos TRFs, nos termos do art. 108, I, *a*, da CF, processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e nos de responsabilidade: a) os Juízes Federais *da área de sua jurisdição*, incluídos os Juízes da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho; b) os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

A expressão “da área de sua jurisdição” contida no art. 108, I, *a*, da CF, significa que o TRF julga, apenas, os Juízes Federais, os Juízes Auditores da Justiça Militar da União, os Juízes do Trabalho e os membros do MPF que exercerem suas funções dentro do seu território jurisdicional, pouco importando onde tenham cometido a infração. São 5 os TRFs: o 1º, com sede em Brasília e jurisdição no Distrito Federal, Bahia, Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso, Rondônia, Acre, Roraima, Amapá, Amazonas, Pará, Tocantins, Piauí e Maranhão; o 2º, com sede no Rio de Janeiro e jurisdição nos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo; o 3º, com sede em São Paulo e jurisdição nos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul; o 4º, com sede em Porto Alegre e jurisdição nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná; e, finalmente, o 5º, com sede em Recife e jurisdição em Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Ceará. Assim, se um Juiz Federal do Paraná cometer qualquer infração penal, pouco importando o lugar onde a cometeu, será processado e julgado pelo TRF da 4ª Região, porquanto estão sob a sua jurisdição os Juízes Federais das Seções do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

E já se fala na criação de mais 3 TRFs (Bahia, Minas Gerais e outro no Norte, compreendendo Acre, Rondônia, Roraima, Amazonas, Amapá e Pará).

A expressão “ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”, contida naquela mesma disposição – pensamos –, refere-se aos membros do Ministério Público da União e restringe-se à hipótese de cometerem eles infração eleitoral no exercício de funções eleitorais. É certo que a Lei Maior não faz essa distinção. Também a CF/67, com a redação dada pela EC 1/69, no seu art. 144, § 3º, embora dissesse competir ao TJ processar e julgar os membros do Tribunal de Alçada e os Juízes da inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvava a competência da Justiça Eleitoral e, apesar disso, o Código Eleitoral, recepcionado que fora por aquele Diploma Maior, só atribuiu ao TRE poderes para processar e julgar os crimes eleitorais cometidos por Juízes Eleitorais. Sem embargo, o TRF da 4ª Região, Relatora a eminente Ministra **Ellen Gracie**, quando em exercício naquele eg. Tribunal, deu-se por incompetente para o processo de um Juiz Classista do Trabalho por crime eleitoral, remetendo os autos ao TRE de Santa Catarina (*A Constituição na visão dos tribunais*, São Paulo, Saraiva, 1997, v. 2, p. 826).

Os constituintes de 1988 seguiram a orientação dos seus antecessores. É verdade que o art. 121 da atual CF delegou à lei complementar estabelecer a competência da Justiça Eleitoral e, como até o momento não foi elaborado tal diploma, tem-se entendido, pacificamente, que o Código Eleitoral, pelo menos no campo da competência, foi recepcionado pela Lei Maior. Desse modo, se apenas os Juízes eleitorais, quando cometerem crimes da alçada dessa Justiça, é que serão processados e julgados pelos TREs, a nós nos parece que, enquanto não vier a lei complementar a que se refere o art. 121 da CF, esses Tribunais somente processarão os Juízes, nos crimes eleitorais, se estiverem no exercício de funções dessa natureza. Se um Juiz de Direito não estiver nas funções de Juiz Eleitoral, à dicção do art. 29, I, *d*, do referido Código, cometendo um crime eleitoral ou um comum conexo àquele, será processado e julgado pelo TJ a que estiver vinculado.

Convém lembrar que, anteriormente à CF/88, era a lei ordinária (o CPP) que conferia foro privativo aos membros do MP. Essa prerrogativa deslocou-se para o texto constitucional com a CF/88. Assim, como o Juiz Eleitoral, cometendo crime eleitoral, será processado e julgado pelo TRE a que estiver subordinado, não teria

sentido que o membro do MP, nas funções eleitorais, cometendo crime eleitoral, devesse ser processado e julgado por outro órgão.

Como os Promotores de Justiça do Distrito Federal integram o Ministério Público da União, têm eles a prerrogativa de ser processados e julgados pelo TRF da 1ª Região, com sede em Brasília. Mas, se esses mesmos Promotores estiverem exercendo funções eleitorais e cometerem crimes eleitorais, a competência se desloca para o TRE, *ex vi* da ressalva feita no art. 108, I, *a*, da CF. Já os Procuradores de Justiça do Distrito Federal, porque oficiam perante o TJ da Capital da República, em quaisquer infrações (inclusive eleitorais), serão processados e julgados pelo STJ (art. 105, I, *a*, da CF).

TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

A competência originária *ratione personae vel muneris* dos TJE e do Distrito Federal e Territórios vem fixada na CF, nas Constituições Estaduais e do Distrito Federal e Territórios, nas Leis Orgânicas dos Municípios e no CPP.

De acordo com o direito pretoriano, há grande importância prática em se distinguir uma situação de outra.

COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA FIXADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Dispõe o art. 96, III, da CF, competir privativamente aos TJ “julgar os Juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do MP, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”. A expressão “Juízes Estaduais” compreende os membros dos Tribunais de Justiça Militar (onde houver), os Juízes de Direito e os Juízes Auditores da Justiça Militar Estadual. Quanto aos membros do MP, a expressão, obviamente, abrange os Promotores de Justiça e os Procuradores de Justiça dos Estados, inclusive o Procurador-Geral de Justiça. Como essa competência é fixada na Lei Maior, entende-se, sem discrepância, competir ao TJ processar e julgar essas pessoas, quaisquer que sejam as infrações por elas praticadas, até mesmo os crimes dolosos contra a vida consumados ou tentados, ressalvando-se, apenas, como vimos, a competência da Justiça Eleitoral, que, por sua vez, processa e julga os Juízes Eleitorais e Promotores Eleitorais quando cometerem crimes eleitorais e – pelo menos no Estado de São Paulo –, em relação ao Procurador-Geral de Justiça, quanto aos crimes de responsabilidade. Aliás, esse tem sido o entendimento do STF, como se vê na RTJ 138/819, referente ao HC 68.935/SP e no HC 77.558/ES, cuja ementa foi publicada no *Informativo STF* n°s 142 e 148, onde se lê: “Nos termos do art. 96, III, da Constituição, compete aos TJ julgar os Juízes estaduais, mesmo quando acusados de crime de competência da JF”. E, obviamente, pela mesma razão e pelo mesmo fundamento, quando o crime da alçada federal for praticado por membro do MP estadual. Ainda que se trate de crime doloso contra a vida, consumado ou tentado, a competência continua sendo do TJ, não só pelo fato de a Constituição poder excepcionar a si própria, como também pelo que se infere da Súmula 721 do STF, que confere prevalência do Júri sobre o TJ, quando a competência deste for fixada *exclusivamente* pela Constituição local. Como na hipótese a competência do TJ é fixada na Lei Maior, inaplicável aquele preceito sumular.

COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA FIXADA PELAS LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS

Consoante prescreve o art. 29, X, da CF, “o Município rege-se por Lei Orgânica ... atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: ... X – julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça”.

Segundo entendimento pretoriano, compete ao TJ processar e julgar os Prefeitos Municipais nos crimes comuns que forem da alçada da Justiça Estadual. Quanto aos crimes da competência da JF, da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar da União, deverão ser processados e julgados pelos órgãos de segundo grau dessas Justiças (RT 701/421, 720/570, 752/584; RSTJ 17/140, 19/141, dentre outros).

Nos crimes de responsabilidade, ainda de acordo com o art. 29, *caput*, da Lei Maior, deve a Lei Orgânica do Município obedecer aos princípios estabelecidos na CF e, como um desses princípios confere ao Senado Federal processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, logo, há de competir à Câmara Municipal, nesses crimes, processar e julgar o Prefeito Municipal. E esse é o entendimento já pacificado.

E se se tratar de crime doloso contra a vida consumado ou tentado? O *Informativo STF*, nºs 132, 233 e 253, publicou várias decisões do STF no sentido de que: “O foro privilegiado concedido pelas Constituições dos Estados não alcança os crimes dolosos contra a vida, uma vez que a Constituição do Estado-membro não pode excluir a competência constitucional do Tribunal do Júri”. E esse entendimento consolidou-se na Súmula 721 do STF. Se a Constituição local não pode... muito menos a Lei Orgânica do Município.

COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA FIXADA PELAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

Antes da CF/88, a competência privativa dos TJ vinha estabelecida na CF (quando se tratava de Juízes estaduais), no art. 87 do CPP e na própria Constituição local. A alegada inconstitucionalidade desse dispositivo da lei ordinária de há muito foi afastada pela Suprema Corte em várias oportunidades (RT 314/499 e RTJ 67/559). No mesmo sentido, FREDERICO MARQUES (*Da competência em matéria penal*, Saraiva, p. 65). Hoje, o disposto no art. 87 do CPP perdeu grande parte do seu conteúdo. Houve um esvaziamento. Os governadores são julgados pelo STJ; no Distrito Federal, não mais há prefeito, e sim governador, cujo julgamento fica afeto, também, ao STJ; os secretários têm o seu foro previsto na Constituição local; os chefes de polícia, que são os atuais Secretários da Segurança Pública, têm seu julgamento afeto ao TJ. O mesmo se dá com os Juízes e órgãos do MP. Quanto aos interventores, não os temos com aquela freqüência e importância que havia na década de 40. Mas, se por acaso vier a ocorrer a hipótese prevista no art. 34 da CF, o direito pretoriano terá a necessária sensibilidade de equipará-los ao Governador.

Tantas foram as críticas dirigidas ao art. 87 do CPP, que os constituintes de 1988 resolveram, no corpo da CF, neutralizar essa disposição subconstitucional e conferir às Constituições locais poderes para definirem a competência dos TJ.

Os Estados-membros, em suas Constituições, por força do § 1º do art. 125 da CF, atribuem aos TJ poderes para o processo e julgamento de determinadas pessoas que, a seu critério, desempenham funções de relevo dentro no âmbito estadual.

Obviamente, não houve uniformidade entre os constituintes estaduais. No Estado de São Paulo, a CF/88, no art. 74, atribuiu ao TJ competência privativa para processar e julgar, *nas infrações penais comuns*, o Vice-Governador, os Secretários de Estado, os Deputados Estaduais, o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público Geral e os Prefeitos Municipais. Nas *infrações penais comuns* e *nos crimes de responsabilidade*, os Juízes dos Tribunais de Alçada e do Tribunal de Justiça Militar, os Juízes de Direito e os Juízes Auditores da Justiça Militar, os membros do MP (exceto o Procurador-Geral de Justiça), o Delegado-Geral da Polícia Civil e o Comandante-Geral da Polícia Militar.

Quanto aos crimes de responsabilidade cometidos pelo Vice-Governador, pelos Secretários de Estado, conexos com os daquele, pelo Procurador-Geral de Justiça e pelo Procurador-Geral do Estado e até mesmo o Governador, serão eles processados e julgados, nos termos do § 2º do art. 49 daquele diploma paulista, por um Tribunal Especial, constituído de sete Deputados e sete Desembargadores, sorteados pelo Presidente do TJ, que também o presidirá. Aliás, a Lei nº 1.079, de 10.04.1950, no seu art. 48, deixou a critério do Estado-membro a maneira de proceder a esse julgamento, acenando, inclusive, para esse Tribunal misto. Se cabe a esse Tribunal processar e julgar, funciona ele como Tribunal de Pronúncia e Tribunal de Julgamento. No Estado do Amazonas, por exemplo, se o Governador cometer um crime de responsabilidade, ofertada a denúncia por qualquer do povo, se a Assembléia, por 2/3 dos seus membros, acolher a acusação, o julgamento ficará afeto à própria Assembléia, nos termos do art. 56 da Constituição amazonense.

Urge observar que a nossa Corte Maior entende que as Constituições locais não podem conceder foro privativo a quem bem quiser e entender, mas, tão-somente, às pessoas que exercem funções simetrizadas às daquelas às quais a CF também confere essa garantia. Assim, perderiam esse foro, no Estado de São Paulo, o Delegado-Geral da Polícia Civil, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público Geral e o Comandante-Geral da Polícia Militar, ante a impossibilidade de se aplicar o princípio da simetria.

E se uma dessas pessoas que têm o TJ como foro privativo fixado apenas na Constituição local cometer um crime da alçada eleitoral ou federal? O STF, abordado ao puro bom senso, tem admitido um alargamento, tanto no que tange à sua competência originária *ratione personae vel muneris*, como no que respeita à dos demais Tribunais, não só nas hipóteses de conexão e continência, como também nas hipóteses de a pessoa ter o TJ como seu foro privativo por força exclusiva da Constituição local e vir a cometer crime eleitoral ou federal.

FREDERICO MARQUES doutrinava: “Se a competência originária dos tribunais superiores é antes *garantia* que privilégio, nada impede que as lacunas ou omissões sobre o assunto sejam cobertas pela analogia ou pelos princípios gerais do direito” (*Elementos de direito processual penal*, Forense, 1965, v. I, nº 109, p. 208).

E essa mesma lição foi apanhada e agasalhada, *una voce*, pelo Plenário da Excelsa Corte no julgamento do CJ 6.113/MT, instaurado entre os Tribunais de Justiça e Regional Eleitoral do Estado do Mato Grosso, em que se discutia sobre a competência para o processo e julgamento de Deputado Estadual pela prática de crime eleitoral. Enquanto aquele sustentava falta de jurisdição e este alegava que o Código Eleitoral, no seu art. 29, I, *d*, restringia a competência originária *ratione muneris* apenas aos Juízes Eleitorais, quando do cometimento de crime eleitoral, pelo que a competência seria do órgão de primeiro grau, a augusta Corte acolheu o voto do eminente Ministro **Moreira**

Alves que, com profunda sensibilidade jurídica, e respaldado na melhor doutrina, considerou competente o TRE, *por aplicação analógica*, porquanto as normas sobre competência funcional – e nelas se situam as relativas à competência originária dos Tribunais (LIEBMAN, em nota à tradução brasileira das *Instituições de direito processual civil*, de CHIOVENDA, v. II, p. 267) – são suscetíveis de ter suas lacunas preenchidas pela analogia ou pelos princípios gerais de direito... (RTJ, 91/62).

Ao que nos parece, é em decorrência não só de situar o foro pela prerrogativa de função, necessariamente, no segundo grau de jurisdição, como reconhecido naquela v. decisão retrocitada, como também, ante a omissão legislativa, e *por se tratar de garantia e não de privilégio*, que a Suprema Corte, *por força de compreensão*, tem admitido, tranqüila e remansosamente, a competência dos TRF e Eleitorais para o processo e julgamento de Prefeitos Municipais, Deputados Estaduais e Secretários de Estado e de outras pessoas que têm o foro privativo fixado exclusivamente nas Constituições locais, nas infrações da alçada da Justiça Comum Federal e da Justiça Eleitoral. Muito a propósito a Súmula 702 do STF:

“A competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.”

E obviamente esse mesmo preceito sumular estende-se a todas as pessoas que têm o TJ como seu foro privativo por determinação exclusiva da Constituição local: Deputados Estaduais, Secretários de Estado e todos aqueles que exercem funções simetrizadas às de autoridades da União.

Por outro lado, a Lei nº 10.628, de 24.12.2002, além de atualizar a redação do art. 84 do CPP, acrescentou-lhe dois parágrafos. Diz o § 1º:

“A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.”

CESSAÇÃO DA FUNÇÃO

Se a infração for cometida após a cessação definitiva do exercício da função, não há falar em prerrogativa da função, desaparecendo assim o foro privativo, nos termos da Súmula 451 do STF. Ademais, se a infração fosse cometida durante o exercício da função, mesmo com a definitiva cessação desta, persistiria o foro privativo, de acordo com a Súmula 394 do STF, até porque Juiz natural é aquele competente à época da infração. A súmula, a nosso juízo, dizia o que era óbvio.

Até 24 de agosto de 1999 vigorava a referida Súmula 394, segundo a qual, “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. Todavia, quando do julgamento do Inquérito nº 687/SP, em 25.08.1999, em sessão plenária, o STF cancelou esse preceito sumular e determinou que os processos que estivessem no Tribunal voltassem à primeira instância (*Informativo STF* nº 159).

A nós, nos pareceu, e nos parece, que o cancelamento não alterava a competência dos Tribunais. Se a CF, nos arts. 29, X, 96, III, 102, I, *b e c*, 105, I, *a*, e 108, I, *a*, e as Constituições Estaduais fixaram a competência especial por prerrogativa de função para as pessoas ali citadas, evidente que essa competência persistiria mesmo após a cessação do exercício funcional, desde que a infração houvesse sido cometida durante o exercício do cargo, ainda que o inquérito ou a ação penal fossem instaurados após a cessação da função. De fato. Se *Juiz legal*, como ensina EBERHARD SCHIMIDT, nos seus *Fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal* (E.B.A., 1957, p. 325), “*es aquel Tribunal cuya competencia resulta, en el momento del hecho, de las normas legales abstractas, cualquier otro Tribunal es tribunal de excepción*”, parece claro que, se a infração foi cometida quando do exercício funcional, a competência do Tribunal deve continuar. No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, ao salientar que o princípio do Juiz natural apresenta tríplice significado: “a) ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da fonte: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência; b) em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de referência temporal: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo; c) em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente” (*Direito processual penal*, Coimbra, 1974, 1^o v., p. 322). Assim, também CORDERO: “*nessuno può essere giudicato da un organo istituito successivamente al fatto...*” (F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2^a ed., 1971, p. 128). Daí a regra do n^o 7 do art. 32 da Constituição portuguesa:

“Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal, cuja competência esteja fixada em lei anterior”. Juiz natural, pois, é o Juiz pré-constituído por lei (GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, Lisboa, Ed. Verbo, 1993, v. I, p. 52).

“Mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural não há função jurisdicional possível.” (ADA PELLEGRINI GRINOVER, *O processo em sua unidade*, RT, 1984, v. II, p. 4).

Sempre vigorou o princípio de que o acusado deve ser processado e julgado pela autoridade competente ao tempo da prática da infração. Outro não é o sentido da expressão contida no inciso LIII do art. 5^o da CF: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, compreendendo-se como tal não só o Juiz constitucionalmente competente, como também aquele com competência fixada *ante factum*. Se a Lei Maior atribuiu ao STF e a outros Tribunais competência para processar e julgar determinadas pessoas, *em razão do cargo*, evidente que a competência pelos crimes cometidos no exercício do cargo não pode ser alterada *post facto*. E, não bastasse essa regra que decorre do princípio do Juiz natural, o próprio STF, *enfaticamente*, firmou, na Súmula 394, o princípio de que, no caso de foro pela prerrogativa de função, cometida a infração durante o exercício funcional, a competência do Tribunal continuaria, mesmo cessada a função, pouco importando se o inquérito ou a ação penal fossem iniciados depois. Parece-nos que a súmula

foi editada *ex abundantia*, porquanto o texto da Lei Magna era e é bastante. Com justa razão, observa JULIO MAYER: “*el único tribunal competente para el juicio es aquel designado como tal por la ley vigente al momento en que se comete el hecho punible objeto del procedimiento*” (*Derecho procesal penal argentino, 1b, Fundamentos*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989, p. 491).

Contudo, se o crime foi praticado antes da assunção ao cargo, obviamente não faz sentido o foro especial se por acaso a ação penal for instaurada após a cessação da função. Se for instaurada antes, sim. Por outro princípio: é a competência *ope constitutionis*.

Assim, *data maxima venia*, não cremos pudesse a Excelsa Corte determinar a remessa dos autos à primeira instância de todos os processos instaurados com fulcro naquela súmula, mormente os que estavam em curso.

Desse modo, a nosso juízo, não se pode conceber que, por um ato discricionário, fossem aquelas pessoas subtraídas do seu Juiz natural.

Mas, ainda que se diga que, cessada a função, cessaria a prerrogativa, e que a prerrogativa estava sendo respeitada em decorrência da súmula, é de observar então que o preceito sumular já nascera inconstitucional, posto haver criado um Juiz natural ao arrepio do ordenamento e, de conseguinte, todos aqueles que foram condenados pelos Tribunais em decorrência da Súmula 394 poderão ingressar no juízo revisional, em face da manifesta nulidade: juízo incompetente.

FREDERICO MARQUES indagava: o foro privilegiado ainda persiste se a pessoa que cometeu um crime quando ocupava algum dos cargos que dão direito ao privilégio vem, depois, a deixá-lo? E respondia que RENÉ GARRAUD adotava a orientação certa e verdadeira: “*la juridiction est déterminée par la qualité de l’inculpé, au jour où l’infraction qui lui est reprochée a été commise, et non pas au jour où s’exerce la poursuite*”. A jurisdição é determinada pela qualidade do acusado no instante do cometimento da infração que lhe é imputada, e não no dia em que o procedimento é instaurado (*Da competência em matéria penal*, São Paulo, Saraiva, 1953, p. 230). Assim, também BENTO DE FARIA: “... tal jurisdição é determinada pela qualidade do acusado no dia da prática delituosa que lhe for atribuída, pouco importando que não mais a possua na ocasião de ser iniciado o procedimento criminal” (*CPP*, cit., v. I, p. 157).

Ademais, mesmo que se afirme que cessada a função desaparece a competência especial, e com o respeito que merecem todos os pronunciamentos da nossa mais alta Corte, o cancelamento deveria vigorar para os casos futuros. *Tempus regit actus*. Pelo princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, os processos pertinentes àquelas pessoas que se beneficiaram da Súmula 394 deveriam continuar nos Tribunais. O litígio deve ser solucionado perante o juízo em que foi iniciado, como lembrava FREDERICO MARQUES (*Elementos*, cit., v. I, p. 293). Ou, segundo a fórmula latina, *ubi acceptum est semel iudicium, ibi est finem accipere debet*.

Observamos, contudo: se Mévio estiver sendo processado por um crime de estelionato e, em seguida, consegue eleger-se Deputado Federal, a competência se desloca, *ope constitutionis*, para o STF. Se a Mesa da Câmara não autorizar o andamento do processo, findo o mandato, não conseguindo ele a reeleição, os autos retornam ao juízo de primeiro grau, que readquire a sua competência. Nesse sentido *RTJ* 121/423 e 124/19. Insta esclarecer que a Lei nº 10.628, de 24.12.2002, conforme vimos, deu nova redação ao art. 84 do CPP, atualizando-o e, ao mesmo tempo, acrescentando-lhe dois parágrafos. O primeiro deles tentou vivificar a Súmula 394 do STF. Falamos “tentou”, porquanto, na verdade, sua restauração se deu parcialmente.

Ali se diz persistir o foro pela prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública, quanto “aos atos administrativos do agente”... E quanto às condutas que não decorram de atos administrativos? Um homicídio, um estelionato, um atentado violento ao pudor, uma calúnia, uma injúria, enfim, uma conduta despregada da função administrativa? A nós, nos parece que, qualquer que seja a infração cometida no exercício do cargo, para aqueles que gozam do foro privativo, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação da função, a competência pela prerrogativa persistirá. Importa apenas indagar: quando da prática da infração, o agente estava no exercício da função? Se a resposta for positiva, já se sabe qual é o Juiz natural. Quando da votação da reforma do Judiciário, o Senado aprovou a proposta no sentido de se restabelecer o princípio de que o foro privativo prevalece, mesmo após a cessação do cargo ou função, tal como proclamava a Súmula 394 e, ao que parece essa proposta encontra-se na Câmara dos Deputados para a devida apreciação.

AÇÃO DE IMPROBIDADE

Dispõe o § 2º, acrescido ao art. 84 do diploma processual penal:

“A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública...”

Esse preceito, *concessa maxima venia*, não malferiu a nossa Lei Magna, como se tem propagado. Antes, consona-se e se lhe harmoniza com o texto. Se a CF erigiu determinados Tribunais para processar e julgar as pessoas mais representativas do nosso cenário jurídico-político, como o Presidente da República, o Vice-Presidente, seus próprios Ministros, Deputados Federais, Senadores, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União, os membros dos Tribunais Superiores da República, do TCU, nossos Embaixadores, Ministros de Estado e Comandantes das Três Armas, em toda e qualquer infração penal, ressaltando-se, tão-somente, quanto aos crimes de responsabilidade, os seus próprios Ministros, o Presidente e o Vice-Presidente da República, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União, os membros do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público, e bem assim as pessoas elencadas no art. 52, I, da CR, quando, então, o processo e julgamento são da exclusiva alçada do Senado Federal, Governadores, Desembargadores, membros dos Tribunais Regionais Federais, Eleitorais e do Trabalho, Juízes e membros do MP *etc.*, seria o superlativo da irrisão, o *nec plus ultra* do absurdo, como dizia RUI, permitir aos Juízes de primeiro grau o julgamento da ação “civil” por improbidade administrativa em relação a essas pessoas que têm foro privativo, tendo em vista a natureza das sanções ali cominadas, dentre estas, a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos, reprimendas eminentemente penais.

Assim, parece-nos claro que o § 2º do art. 84 do CPP se ajusta à CF.

Citando ANTHEAU, observa CANOTILHO que, de acordo com antiga jurisprudência americana, os juízes devem interpretar as leis *in harmony with the constitution...* Trata-se mais de um princípio de integração hierárquico-normativa do que de um simples princípio de conservação de normas (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*,

Coimbra: Almedina, 1996, pp. 1.111/1.112). Alie-se, por último, a velha e revelha presunção de constitucionalidade das leis. E haveria acentuada arritmia institucional pudesse a inferior instância, numa inversão de hierarquia, punir pessoas que a Constituição colocou sob a proteção dos Tribunais, sob o falso pretexto de estar julgando ações civis, quando se sabe que as condutas descritas na Lei de Improbidade sujeitam-se a uma pesada carga penal.

Ensina CARLOS MAXIMILIANO: “Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, e, este, juridicamente nulo”. (*Hermenêutica e aplicação do direito*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, p. 210, nº 179).

Não se nega possa ser promovida ação civil pública ou mesmo ação popular, na inferior instância, em relação a quem quer que seja, mesmo porque, na pior das hipóteses, a sanção consistiria na recomposição de eventual dano. Já em se tratando de improbidade administrativa, há sanções nitidamente penais... não se pode sequer estabelecer um paralelismo entre as conseqüências de uma decisão proferida numa ação popular e as decorrentes da sentença que julga procedente a ação de improbidade, o que confere à lei que a disciplina um acentuado caráter híbrido. A propósito, a lição do sempre lembrado FREDERICO MARQUES: “No plano formal, a natureza penal ou extrapenal do ilícito se distingue pelo caráter da sanção cominada, o que obriga a verificar-se, primeiro, qual o tipo da medida sancionadora para em seguida determinar-se se contém regra penal ou não penal o preceito primário a que se liga a *sanctio juris*” (*Curso de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1956, v. III, p. 101, n. 2).

Ora, a perda do cargo, nos termos do art. 92, I, do CP, é efeito específico da condenação penal. No mesmo sentido, art. 55, VI, da CF; art. 16 da Lei nº 7.716, de 05.01.1989 (preconceito de raça ou de cor praticado por servidor público); art. 83 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993 (crime referente à licitação pública cometido por servidor público); art. 4º do Decreto-Lei nº 201, de 27.02.1967; art. 2º da Lei nº 1.079, de 10.04.1950. Assim, se o art. 12, I, II e III da Lei nº 8.429, de 02.06.1992, comina, além de outras sanções, a pena de perda do cargo ou função pública, não se pode negar ao referido diploma acentuado colorido penal.

Na hipótese da Lei nº 8.429/92, além de condutas que apresentam um misto de ilícito civil e ilícito penal, numa espécie de hermafroditismo jurídico, às vezes o texto repete com outras palavras, e com sanções mais rigorosas, as mesmas disposições do CP, de que são exemplos os incisos I, II, III, VI, IX e X do art. 9º, incisos I e III do art. 11.

Antes da promulgação desse diploma, quaisquer daquelas condutas descritas nos incisos I, II, III, VI, IX e X do art. 9º se amoldaria ao tipo descrito no art. 317 do CP, tão manifesta sua tipicidade; a descrita no art. 11, III, é praticamente a repetição do art. 325 do estatuto repressivo e, finalmente, a prevista no art. 11, II, do referido diploma, é muito mais rigorosa que a prevista no art. 319 do CP. Vejamos:

Código Penal. “**Art. 319.** Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Pena – detenção de 3 meses a 1 ano e multa.

Art. 11, nº II, da Lei de Improbidade:

“Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”

Pena - **Art. 12, III**: “Na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos, pagamento de multa civil de até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos”.

Vale aqui uma observação: no estatuto penal, exige-se mais para a integração do tipo – o elemento subjetivo específico –, qual seja, “satisfazer interesse” ou “sentimento pessoal”. Na Lei de Improbidade, ao invés, basta o indevido retardamento ou a omissão do ato de ofício, pouco importando se há, ou não, interesse pessoal (material ou moral). Em suma: se o “diploma civil” exigisse o elemento subjetivo do injusto, tal como o fez o legislador penal, não saberíamos nem mesmo qual a extensão da pena.

Perfeito o temor de ALCALÁ-ZAMORA: “... *si en manos de cualquiera estuviese las más altas magistraturas, sin cortapisa alguna, ante los peldaños inferiores de la organización judicial, colocándolas, de momento al menos, en una situación desairada y difícil, bien cabe imaginar el partido que de esa facilidad excesiva sacarían las malas pasiones...*” (*ibidem*).

Não se deve deslembrar, e tampouco é ocioso repetir, serem inúmeras as sanções prescritas aos que forem condenados por infringência do art. 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 02.06.1992, inclusive perda da função pública e suspensão dos direitos políticos (art. 12). Haveria, então, uma subversão de hierarquia: o Presidente da República, Governadores, Senadores, Deputados Federais, Ministros e outras pessoas da mais alta representatividade dentro da contextura da organização política constitucional da nossa Pátria, perderem o cargo ou o mandato por ato de Juízes de primeira instância. *Concessa maxima venia*, e com todo o respeito àqueles que defendem tese contrária, negar validade constitucional ao § 2º do art. 84 do CPP é interpretá-lo de maneira vesga, desorientada e treslada.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR

Como o § 1º do art. 125 da CF autorizou as Constituições Estaduais a fixarem a competência dos Tribunais, a paulista, no art. 81, conferiu ao TJM processar e julgar, privativamente, *nos crimes militares*, o Chefe da Casa Militar e o Comandante-Geral da Polícia Militar.

CRIME PRATICADO FORA DO ESTADO ONDE O BENEFICIÁRIO DE FORO PRIVATIVO EXERCE SUAS ATIVIDADES

Se a pessoa que tiver o TJ como foro privativo concedido exclusivamente pela Constituição local vier a cometer um crime comum fora do Estado onde exerce suas atividades, qual o órgão competente para o processo e julgamento? Obviamente, a competência será do TJ onde ela exerce suas atividades. Quando o STF, na sessão plenária de 1978, apreciou um conflito de competência em relação a um crime

eleitoral cometido por um Deputado Estadual, o Ministro **Moreira Alves** observou: “A competência por prerrogativa de função se situa, necessariamente, no segundo grau de jurisdição” (RTJ 91/62). Sendo assim, se o Deputado Estadual baiano, por exemplo, vier a cometer um crime comum no Estado de São Paulo, o processo deve tramitar pelo TJBA. Considerando que a competência por prerrogativa de função se situa necessariamente no segundo grau de jurisdição e a impossibilidade de se atribuir o processo ao TJSP, que processa e julga apenas aquelas pessoas que exercem suas funções no Estado, a competência se desloca para o TJBA, onde ele exerce a atividade que lhe confere o foro privativo. É bem verdade que, em se tratando de Deputado Estadual, havia a Súmula 3 do STF, que proclamava (seguindo a lição de PONTES DE MIRANDA) que “a imunidade não passava dos limites do Estado-membro” (*Comentários à Constituição de 1934*, 1/492). Todavia, o art. 27, § 1º, da CF/88, mandando aplicar suas regras sobre imunidades aos Deputados Estaduais, obviamente tornou inócuo aquele preceito sumular. As imunidades são de duas espécies: materiais e processuais. Dentre estas, destaca-se a prevista no § 3º do art. 53 da CF: apresentada denúncia em relação a um Deputado Estadual, uma vez recebida, será dada ciência à respectiva Casa que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até decisão final, sustar o andamento da ação. E, no exemplo dado, a Casa é o TJE em que o Deputado exerce suas atividades.

Não bastassem tais argumentos, há mais: da mesma forma que os TRF’s processam e julgam as pessoas elencadas no art. 108, I, a, da CF, “da área de sua jurisdição”, o mesmo deve ocorrer, por aplicação analógica, com os TJs: processam e julgam as pessoas sujeitas à sua jurisdição onde quer que cometam a infração penal. Observe-se até que, se um integrante da Polícia Militar de Pernambuco vier a São Paulo e aqui cometer um crime militar, o julgamento fica afeto ao Conselho de Justiça Militar daquele Estado, *ex vi* da Súmula 78 do STJ. Razão a mais para que se aplique o mesmo princípio em se tratando de competência dos TJ.

O PRINCÍPIO DA SIMETRIA

Dispõe a Constituição, no art. 25: “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”. Malgrado os Estados gozem de autonomia, esta não se confunde com soberania. Daí por que não podem as Constituições locais, segundo entendimento pretoriano, atribuir ao TJ competência para processar e julgar quaisquer pessoas, mas tão-somente aquelas que exercem funções análogas na União. Daí a tendência de os TJ, observando o princípio da simetria de que trata o art. 25 da CF, concederem o foro privativo apenas às pessoas que, no âmbito federal, exercendo funções correspondentes, gozam do foro privativo. Nesse sentido, foi a decisão plenária do STF, se bem que por maioria, *verbis*: “Os Estados-membros têm competência para organizar a sua Justiça, com observância do modelo federal (art. 125, § 1º). A Constituição Estadual não pode conferir competência originária ao TJ para processar e julgar Procuradores do Estado e da Assembléia Legislativa, Defensores Públicos e Delegados de Polícia, por crimes comuns e de responsabilidade, visto que não gozam da mesma prerrogativa os servidores públicos que desempenham funções similares na esfera federal” (ADIn 2.587-2/ GO, DJ 06.09.2002). Mesmo com referência aos vereadores, o STF considerou inconstitucionais, pela ausência de simetria, os dispositivos da Carta Magna do Piauí que lhes conferiam prerrogativa de foro *ratione muneris* (RT 741/554).

NOSSO ENTENDIMENTO QUANTO À COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA *RATIONE PERSONAE VEL MUNERIS* DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Repensando sobre o assunto, uma vez que o foro pela prerrogativa de função deve situar-se no segundo grau de jurisdição, e uma vez que o TJ não tem jurisdição para processar e julgar infrações eleitorais ou da alçada da Justiça Comum Federal (salvo naquelas hipóteses em que a CF, podendo excepcionar a si própria, o fez - art. 96, III), a competência deve deslocar-se para o TRE ou TRF, conforme o caso.

Por isso mesmo, os Tribunais Superiores têm decidido que, nos crimes eleitorais cometidos por prefeitos, a competência é do TRE e, nos crimes da alçada federal, do TRF (STJ, CC 2850/92, DJ 09.08.1993, p. 15222; HC 4697, DJ 24.02.1997, p. 3.416). Na mesma esteira, se os crimes forem cometidos pelas pessoas que têm o TJ como foro privativo por força de disposição da Constituição local.

O FORO PELA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E O INSTITUTO DA CONEXÃO E CONTINÊNCIA

Sabido qual o Tribunal competente para o processo e julgamento por prerrogativa da função, indaga-se: e se por acaso houver conexão ou continência envolvendo, também, pessoas desprovidas desse “privilégio”? Deverá haver junção ou disjunção dos processos? Respeitada a exceção quando se tratar de crime militar e outro que não o seja (art. 79, I, do CPP), a regra é a prevista no art. 78, III, do diploma processual penal (quando houver envolvimento de pessoas que têm o TJ ou o TRF como foro privativo e outras pessoas sem essa prerrogativa). Na verdade, se a jurisdição, quanto à categoria, distingue-se em superior e inferior, havendo conexão ou continência envolvendo a competência de uma e de outra, prevalece a de maior graduação (FREDERICO MARQUES, *Da competência em matéria penal*, 1953, p. 295). E essa unidade deve haver mesmo na hipótese de concurso entre órgãos de primeiro grau e Tribunais Superiores. Do contrário, eventual disjunção dos processos poderia acarretar decisões conflitantes, com o inevitável desprestígio da Justiça. Daí a Súmula 704 do STF: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

LOCAL DA CONSUMAÇÃO DO CRIME

Insta esclarecer que, nessas hipóteses de competência originária *ratione muneris*, pouco importa qual tenha sido o *locus commissi delicti*. Em face da redação do art. 108, I, *a*, da CF (dando competência aos TRFs para processar e julgar os Juízes Federais da sua respectiva área) e considerando o art. 33 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, determinando que, no caso de prisão em flagrante de Magistrado, deve a autoridade fazer imediata comunicação e sua apresentação ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado, não resta dúvida de que o processo e julgamento das pessoas que desfrutam do foro privativo, pouco importando o lugar onde se consumou a infração, devem tramitar perante o Tribunal sob cuja jurisdição estiver. A propósito: “Ministério Público. Para julgamento de membro do MP, competente é o TJE onde ele exerce sua função, ainda que o delito tenha sido praticado em outro Estado da Federação” (TJMG, RT 712/442).

EXCEÇÃO

Se a pessoa tiver foro por prerrogativa de função concedido exclusivamente pela Constituição Estadual e vier a cometer um crime doloso contra a vida, consumado ou tentado, à dicção da Súmula 721 do STF, a competência será do Tribunal do Júri e, desse modo, não havendo nenhuma razão que justifique a atração do Tribunal do Júri do Estado onde exerce suas funções, a competência será do Tribunal Popular do lugar onde ocorreu o fato, posto ser ininvocável o princípio do *parium suorum*.

**Publicado originalmente na Revista nº 21 jan./jun. 2005, p. 111.*

EFICÁCIA DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO

FERNANDO TOURINHO FILHO*

Após meditar sobre o problema da lei processual penal no tempo, e malgrado tudo quanto dissemos em nossos trabalhos sobre Processo Penal, estamos nos convencendo de que o art. 2º do CPP, em vigor desde 1942, deve ser interpretado à luz da Constituição atual. À época da promulgação do nosso Código de Processo Penal, como vivíamos num estado de exceção, era natural e compreensível fossem estatuídas normas inflexíveis para assegurar a estabilidade da “nova ordem”, e o Processo Penal servia de instrumento de dominação em mãos das classes detentoras do poder. Se, na Itália, Mussolini criou o “Tribunal de Defesa do Estado”, nós aqui o acompanhamos com o nosso Tribunal de Segurança Nacional, de triste memória.

JAMES GOLDSCHMIDT, no seu “*Problemas generales de derecho*” (Buenos Aires: EJEJA, 1961, p. 109), salientava que “los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritários de su Constitución”.

Não se pode negar que o Código de Processo Penal italiano de 1930 exerceu notável influência entre nós, nomeadamente em nossos legisladores e naqueles que primeiro comentaram o Código de Processo Penal brasileiro: BENTO DE FARIA, ARI FRANCO, BORGES DA ROSA, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, FREDERICO MARQUES, entre outros. A Constituição de hoje não foi aquela que inspirou o legislador de 1941. Tínhamos até prisão preventiva obrigatória... No Júri, se o réu não fosse absolvido por unanimidade não podia apelar em liberdade... O art. 594, na sua redação primitiva, dispunha que o réu não podia apelar sem recolher-se à prisão ou prestar fiança... salvo se condenado por crime de que se livrasse solto... Mas, se atentarmos para o fato de que a Constituição procura preservar e resguardar o direito de liberdade, reputando inocente aquele ainda não definitivamente condenado; se considerarmos que nos tempos de hoje várias figuras delituais penais já foram descriminalizadas (sedução, adultério, rapto); se considerarmos que passamos, inclusive (*mirabele dictu!*), a adotar o processo consensual nas infrações de menor potencial ofensivo (que arrebanha dezenas e dezenas de crimes e todas as contravenções); se considerarmos a possibilidade de suspender condicionalmente o processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95... ; se considerarmos que nos dias atuais a regra é o apelo em liberdade e a exceção é a exigência do seu recolhimento ao presídio, sem prejuízo do processamento do seu apelo, é hora de maior reflexão.

Já estamos admitindo, por força do art. 397 do CPP, introduzido pela Lei n. 11.719, de 20-6-2008, um julgamento antecipado. Por isso mesmo passamos a conceber o Processo Penal apenas como instrumento para a aplicação da lei penal, como garantia de um processo justo, em que as partes se enfrentam com paridade de armas – *equality arms* –, e não como instrumento de constrangimento ao direito de liberdade, visto que a lei não pode ser um espectro da opressão, e, nessa linha, inadmitir a aplicação de qualquer norma processual penal que eventualmente possa violentar o direito de liberdade. Já se disse que as normas processuais penais representam “um

* Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Araraquara/SP (UNTARA).

prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e garantias individuais”. Ora, se a Constituição dedica todo um capítulo aos direitos e garantias fundamentais do homem, destacando-se o da presunção de inocência, parece não fazer sentido possa ser elaborada norma processual penal que arroste esse princípio. Pelo contrário, deverá afirmá-lo, consonando-se e com ele se harmonizando.

A lei processual penal retroage? Em matéria de lei processual penal, o princípio estabelecido é o de que ela “provee únicamente para el futuro, o sea, en orden a todos los procedimientos y a todos los actos procesuales que están aún por cumplirse en el momento en que entra en vigor, salvo las excepciones establecidas por la misma ley” (cf. VINCENZO MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1951, p. 230).

Aliás, o princípio geral é o de que as leis são feitas para o futuro e não para o passado. Lógico. Quando o Estado elabora nova lei, é de supor que a anterior já não atende aos reclamos sociais. E, em decorrência da elaboração de nova lei, surge, então, um conflito de leis no tempo. Qual das duas deve prevalecer? A anterior ou a nova? Se a lei é feita para o futuro, segue-se que é irretroativa, isto é, não se aplica aos fatos que ocorreram antes da sua vigência. Daí o princípio geral da irretroatividade das leis. Se o Estado erige um fato (até então lícito) à categoria de crime, por óbvio que a lei nova não pode retroagir para incidir sobre aquele fato praticado na época em que era lícito. Se isso fosse possível, diz Maggiore, falando por toda a doutrina, todo cidadão teria de transformar-se em vidente ou profeta para prever, à distância de anos, os fatos que um dia seriam inscritos no rol dos delitos; e toda a sociedade ficaria num estado de insegurança e de angústia ao ver abolidas as linhas de demarcação entre o lícito e o não lícito (G. MAGGIORE, *Derecho Penal*, Bogotá: Themis, 1954, vol. 1, p. 198).

Por outro lado, se a lei nova descriminaliza fato até então considerado crime ou se a lei nova beneficia o réu de algum modo, sua retroeficácia é de rigor. Di-lo, às expressas, a nossa Carta Magna, no inc. XL do art. 5º. A solução *in mitius* (suave, doce) das leis incriminadoras embora date do século XIV, entrou na nossa Constituição em 1934 (art. 113, inc. 27), permanecendo até hoje. Princípio eminentemente ético.

E se se tratar de lei processual penal? A regra, como se infere do art. 2º do CPP, é a da sua incidência imediata. *Verbis*: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

O simples fato de haver o art. 2º acentuado “... sem prejuízo da validade dos atos realizados na vigência da lei anterior” indica, de logo, não ser retroativa a lei processual penal, pois, se fosse, o legislador teria invalidado os atos processuais praticados até a data da vigência da lei nova. Não o fez. Manteve-os. Logo, em princípio, não há falar em retroatividade. A regra é esta: *tempus regit actum* (o tempo rege o ato). Entenda-se: quando se tratar de norma que diga respeito a procedimento. Assim, se o Juiz arbitrou a fiança em “X” e logo a seguir é elaborada nova lei aumentando o valor da caução, por óbvio essa nova lei não terá aplicação porque, quando do seu surgimento, o ato já havia sido praticado. E se a fiança ainda não foi arbitrada? Quer-nos parecer que a lei velha deve ter ultra-atividade. E se a nova lei estabelecer valor inferior? Parece-nos que, nessa hipótese, o mesmo princípio ético que autoriza a aplicação da lei mais suave (*la loi plus douce*) deve ser observado, mesmo porque a lei penal e a lei processual penal devem atuar como garantia dos direitos individuais.

A propósito, ensina GIOVANNI LEONE no seu *Manuale*: “La disciplina della norma processuale nel tempo va approfondita com molta attenzione soprattutto nel classificare una norma come sostanziale o processuale, stante la diversa

regolamentazione (per la norma penale infatti vigono principi particolari: art. 2 c.p.). Ma anche per le norma strettamente processuali occorre accertare se esse esprimano garanzie per l'imputato che nascono dalla Costituzione; per esse si pone il problema della legge piú favorevole non diversamente da quello che vale per la norma sostanziale" (*Manuale di diritto processuale penale*, Napoli: Ed., Jovene, 1971, p. 23). (A disciplina da norma processual no tempo deve ser examinada com muita atenção, sobretudo no classificar uma norma como penal ou processual, tendo em vista sua regulamentação (para a norma penal vigoram princípios particulares: art. 2º do CP). Mas, ainda que as normas sejam estritamente processuais, resta indagar se elas exprimem garantias para o imputado decorrentes da Constituição; para elas vigora o princípio da lei mais favorável tal como se dá com a lei penal – tradução livre).

Ora, se a Constituição estabelece uma série de garantias individuais, punindo, inclusive, os atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), firmando um limite no sentido de que a ordem estatal não possa subjugar liberdades públicas, ao contrário, deve reprimir, nos termos legais, injunções e atentados aos direitos humanos (UADI LAMMÉGO BULOS, *Constituição Federal anotada*, São Paulo: Saraiva, 7ª ed. p. 259), e se a Magna Carta permite a retroação da lei penal mais branda, é perfeitamente lícito, a nosso sentir, à maneira de BINDER, falarmos em lei penal em sentido amplo (ALBERTO M. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p.134). Se há uma profunda relação entre a lei penal propriamente dita e a lei processual penal no que tange ao controle sobre a arbitrariedade no exercício do poder estatal (BINDER, *Introducción*, cit. p. 134), é indubitado que a norma processual nova que beneficie o acusado deva retroagir, amenizando a situação dele, mesmo porque não faz sentido ser retroativa uma lei penal nova que passou a cominar pena mais branda a um fato cometido na vigência da lei velha e ao mesmo tempo não aplicar a lei processual nova que diminuiu o valor da fiança ou que não mais admita, p. ex., a safada prisão preventiva "para garantia da ordem econômica", sem laivos de cautelaridade.

No entanto, se surge uma lei nova, nitidamente processual, passando a adotar o procedimento oral em lugar do escrito, diminuindo ou alargando prazos, alterando o rito (como aconteceu recentemente com o advento da Lei nº 11.719/2008), nada impede sua aplicação imediata, porquanto, até aí, não haverá nenhuma invasão nos direitos fundamentais do homem e do cidadão. Como assinala Binder, se uma lei processual não admite possa o réu, antes do interrogatório, ter uma entrevista reservada com o seu Advogado e, em seguida, surge nova lei admitindo essa entrevista, é claro que a nova lei deverá ter retroeficácia, isto é, será feito novo interrogatório nos moldes da nova lei, ficando sem efeito o primeiro (*Introducción*, cit. p. 137). Mas, se a lei nova implicar qualquer maltrato a direito fundamental, por óbvio não terá aplicação, quer no presente, quer no futuro, em face da sua absoluta inconstitucionalidade. Mais ainda: sabe-se que o princípio da presunção de inocência é dogma constitucional. Sendo-o, não faz sentido qualquer medida cautelar que implique uma restrição ao direito de liberdade, salvo se for manifestamente necessária. BECCARIA proclamava, há mais de duzentos anos: "O acusado não deve ser encarcerado senão na medida em que for necessário para impedi-lo de fugir ou de ocultar as provas do crime" (*Dos delitos e das penas*, São Paulo, Edipro, trad. Paulo M. Oliveira, 2003, p. 58). Aliás, alguns autores, como ALBERTO BINDER, restringem os motivos que autorizam a prisão preventiva, reduzindo-os apenas àquele consistente no perigo de fuga (*Introducción*, cit., p. 199). Ora, se o réu é "presumidamente inocente", parece-nos que a norma processual deve seguir o mesmo destino das leis penais, salvo quando tiver um caráter estritamente processual e não diga respeito à liberdade do cidadão.

É como pensamos, concordando com PAULO QUEIROZ (*Direito penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 112). Na verdade, se um dos objetos da Constituição, como dizia o mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 42) é “assegurar os direitos e garantias dos indivíduos”, não teria sentido a aplicação de uma lei processual mais severa a processos que estivessem em curso, e, se por acaso fosse mais branda, também não teria sentido a proibição da sua retroeficácia. Como não faz sentido, num Estado democrático de direito, o Juiz, de ofício, decretar prisão preventiva, ordenar provas não solicitadas e requisitar inquérito policial.

Melhor será que na reforma que se anuncia sejam adotadas as disposições constantes do art. VII, incisos 1, 2 e 3, do mais recente Código de Processo Penal da América Latina, vale dizer, o *Código Procesal Penal* do Peru. *Verbis*:

“Vigência e interpretação de la ley procesal penal:

1. La ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite...

2. La ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluídos, si fuere posible.

3. La ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente.”

Por outro lado, não se deve deslembrar de que há normas processuais com intenso conteúdo penal. Nesses casos, e com maior razão, admite-se a retroatividade, em face da sua dupla natureza. Assim uma norma sobre queixa ou representação, mesmo porque, se esta ou aquela não for feita no prazo legal, haverá decadência, que é causa extintiva da punibilidade, e as normas sobre causa extintiva de punibilidade são de direito penal (logo, retroagem)...

Ninguém duvida de que uma lei que subordina a propositura da ação penal à representação seja mais benigna que outra que não faz tal exigência. Daí dizer BATTAGLINI: “Che la disposizione attinente alla querela voglia dire una minore severità della legge, é fuori di dubbio. Infatti, se si esige la querela, può darsi che il leso – per questo o per quel motivo utilitario (esempio: conseguita riparazione del danno) o no – rinunci al suo diritto o che non si quereli oppure che revochi la già sporta doglianza” (*La querela*, Torino, Tipografia Torinese, 1958, p. 176).

Certo que toda condição de procedibilidade representa um “plus” para o exercício do *jus persequendi* e, por isso, é sempre mais favorável. Na hipótese da representação, ou querela, para os italianos (*antrag*, dos alemães e *plainte* dos franceses), ela representa algo mais: o seu não-exercício, no prazo previsto em lei, acarreta a extinção da punibilidade. Razão pela qual pensamos seja invocável o disposto no art. 2º e parágrafo do CP.

A matéria, contudo, não é pacífica.

No sentido de se aplicar, na hipótese de representação, a lei mais benigna, vejamos: JIMENEZ DE ASÚA (*Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Louzada, p. 581); MANZINI (*Derecho Procesal Penal*, trad. S.S. Melendo, Buenos Aires, EJE, 1951, pp. 231-2); FRANCESCO ANTOLISEI (*Manual de derecho penal*, trad. Juan del Rosal e Angel Torio, Argentina: UTHERA, 1960, p. 89): “... la cuestión debe resolverse afirmativamente y, por ello, considerarse más favorable la ley que para la perseguibilidad del delito exige la querrela”. No mesmo sentido, G. BATTAGLINI (*La querrela*, cit., p. 178): “...il processo pendente, iniziato d’ufficio, verrà da quel momento a trasformarsi in processo a querrela, cosicchè, a meno che la querrela non venga presentata, esso dovrà chiudersi con pronuncia di proscioglimento (di carattere meramente processuale)”.

Contra: GRISPIGNI (*Diritto penale It.*, v. 1, p. 365, nota 13); FREDERICO MARQUES (*Tratado de Direito Penal v. I*, p. 213), com certa mitigação: “... mas se a acusação pública já foi intentada e a instância já se instaurou, não incide a lei nova porque não há que falar-se em decadência ou renúncia da representação”.

Com o advento da Lei nº 9.099/95 ao estatuir no art. 88 que os crimes de lesão corporal leve e culposa são de ação penal pública subordinada à representação, toda a doutrina admitiu, com aplausos dos Tribunais, que em se tratando de norma processual penal com prevalente caráter penal, devia ser aplicada aos processos em curso. E foi o que se fez. Os Tribunais, dezenas de vezes, determinaram a remessa dos autos, em face de recurso à primeira instância para a colheita da manifestação do ofendido, no prazo de 30 dias, conforme dispôs o diploma legal.

Ao lado dessa retroatividade, há mais: quando se trata de queixa ou de representação, p. ex., o prazo para o seu exercício é contado de acordo com o art. 10 do CP, e não nos termos do art. 798, §§ 1º e 3º, do CPP. E é assim precisamente em face do relevante conteúdo penal (e benéfico) que apresentam as normas que cuidam da queixa e da representação.

E quanto ao protesto por novo júri previsto nos arts. 607 a 608 do CPP afastado do nosso ordenamento pela Lei nº 11.689/2008?

Tratando-se, como se trata (a nosso juízo), de normas processuais materiais (híbridas), sua ultra-atividade é manifesta. Mais ainda: se a Constituição, no art. 5º, LV, dispõe que: “... e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes”, mais que evidente que, reconhecendo o inc. XXXVIII do mesmo art. 5º a instituição do Júri, assegurando-lhe a plenitude de defesa..., e sendo esta um *plus* bem acentuado da “ampla defesa”, um ou dois degraus a mais, se a esta foram assegurados os recursos a ela inerentes, com mais razão, àquela também são assegurados os recursos dela inseparáveis. Quais? Entre outros, o recurso em sentido estrito, a apelação, o protesto por novo júri, os embargos infringentes, com especial ênfase para o protesto, o mais inseparável, pela sua própria natureza e finalidade, da instituição do Júri. E como a plenitude de defesa é cláusula pétrea, a exclusão do protesto causou-lhe dano irreparável. Manifesta sua inconstitucionalidade, ou, se assim não for, pelo menos em face do seu caráter híbrido, é aplicável aos homicídios dolosos que ocorreram antes da vigência daquele diploma alterador.

Exemplos de aplicação da nova lei:

- a) Pedro cometeu um crime de homicídio culposo em 2007. O processo estava em curso quando, em junho de 2008, surgiu nova lei dizendo que nos crimes cuja

pena máxima não atinja 4 anos, na audiência de instrução, o réu será ouvido por último. A audiência para ouvida das testemunhas da acusação estava designada para setembro de 2008. Aplica-se a lei nova e o réu fará jus a novo interrogatório após a coleta de todas as provas.

- b) Em maio de 2008 foi oferecida denúncia ou queixa em relação a Mévio. O Juiz, ao receber os autos, proferiu decisão recebendo a peça acusatória e determinou fosse o réu citado para o interrogatório designado para setembro daquele ano. Em agosto entra em vigor a Lei nº 11.719 de 20-6-2008, proclamando que se a denúncia ou queixa não for rejeitada liminarmente o réu ou querelado deverá ser “citado” (*rectius*: notificado) para dar a sua resposta. Aplica-se a lei nova, ficando prejudicada a audiência designada para o interrogatório.

Dizíamos anteriormente: se lei nova dispuser de modo diferente sobre fiança ou prisão preventiva, terá incidência imediata, a menos que o legislador, expressamente, determine tenha a lei mais benigna ultra-atividade ou retroatividade. Em sentido contrário, invocando a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, MIRABETE (*Código de Processo Penal interpretado*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 79), CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA (*Comentários ao Código de Processo Penal*, São Paulo, Edipro, 2002, v. 1, p. 102) e GUILHERME NUCCI (*Código de Processo Penal comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 53). A Lei de Introdução ao CPP dizia respeito aos “processos em curso”, mesmo porque estávamos alterando, profundamente, o nosso ordenamento processual penal, e, como diz GIOVANNI LEONE, em casos de sucessão de leis processuais, de ordinário ditam-se normas particulares com o propósito de evitar os prejuízos e as incongruências resultantes da brusca passagem de um ordenamento processual para outro (*Trattato*, cit., v. 1, p. 86). E, mais adiante, observou: “o conteúdo das normas de direito transitório não tem consistência atual”. Nesse sentido, também, FREDERICO MARQUES (*Elementos de processo penal*, cit., v. 1, p. 52); CARLOS MAXIMILIANO (*Direito intertemporal*, 2. ed., 1955, p. 298); LAURIA TUCCI (*Direito intertemporal e a nova codificação processual penal*, São Paulo, Bushatsky, 1975, p. 21).

EDUARDO MASSARI, citado por FREDERICO MARQUES, observa: “se a lei nova introduz disciplina mais rigorosa no tocante ao instituto, os dispositivos legais posteriores são aplicáveis também aos crimes cometidos precedentemente; por consequência, se a lei anterior não autorizava a expedição de mandado de prisão, ou o considerava facultativo em lugar de obrigatório, não pode o réu invocar essa liberalidade da lei do tempo em que o crime foi cometido, devendo, ao contrário, vigorar os preceitos novos embora mais rigorosos” (*Elementos*, cit., v. 1, p. 53). No mesmo sentido CARLOS MAXIMILIANO (*ibidem*). E comungávamos desse entendimento.

Meditando sobre o tema, observamos, ao contrário do que dizíamos, que se lei processual penal nova disser respeito a qualquer ato que envolva o direito de liberdade (fiança, medida cautelar de cunho pessoal, p. ex.), aplica-se-lhe a mesma regra que rege a lei penal no tempo: *benigna amplianda, odiosa restringenda*.

*Publicado originalmente na Revista nº 36 abr./jun. 2010, p. 67.

OS PROBLEMAS SEXUAIS DURANTE A PRIVAÇÃO DA LIBERDADE.

GÜNTER SUTTINGER*

Para HOLTZENDORFF e JAGEMANN, autores do “Manual do Penitencialismo”, editado em 1888, com mais de mil páginas, e que discutem, até nos mínimos detalhes, todas as questões relacionadas com o tratamento dado aos presos não existem, para estes, problemas sexuais.

Em todas as outras obras-padrão aparece, quando muito, uma insinuação, mais ou menos do seguinte tipo: “Para o preso há uma fonte de prejuízo à sua saúde, criada pelas muitas e penosas influências psíquicas, das quais ele não escapa.”

Os médicos de prisão, que acumularam experiências, sabiam mais sobre estas coisas, mas trataram de dissimular sua importância através de ingênuos preconceitos.

Assim, dizia BAER, em 1897; “quem entrar casto na cela, sairá dela igualmente casto.” Ou, então, trataram este problema prisional como caso individual, de menor importância. Em 1909, o Dr. FRIEDRICH LEPPMAM, mencionou a grande difusão do onanismo nos estabelecimentos penais. Nas memórias de ex-presos encontramos freqüentemente alusões a dramas sexuais, alucinações sexuais, sonhos e certos atos relacionados com o sexo. Para o técnico na execução penal são estas coisas um mal inevitável. Não gostam de falar nisso e, por outro lado, tal problema não se ajustava bem ao sistema pedagógico de então, cuja meta era disciplina e ordem.

Com a divulgação crescente de noções psicanalíticas, na década dos vinte, presta o público cada vez mais atenção ao problema da sexualidade, que se torna evidente durante a execução penal, e começa a ser discutido, o mais das vezes por via especulativa, ou, então de modo unilateral, partindo-se de considerações teóricas; outras vezes, consideram-se casos individuais, esporádicos, fora do normal, mas com tendência para a generalização.

A obra de PLÄTTNER, de 1929, “Eros no Presídio”, não está fundamentada em investigações planejadas e coordenadas, que são escassas e incompletas; a ampla e apaixonada recusa que a psicanálise sofreu de início, justamente na Alemanha, liberta os cientistas da obrigação de atacar o problema empiricamente.

Médicos da prisão e demais autoridades se conformam com a constatação de que a atividade masturbadora geralmente não prejudica a saúde, e de que o trato homossexual não acarreta conseqüências nocivas.

* GÜNTER SUTTINGER é doutor em ciências naturais e conselheiro científico; exerce atividade profissional na Repartição de Execução Penal da cidade-estado de Berlim ocidental, onde dirige o setor de pesquisas criminológicas. O Dr. SUTTINGER é, ainda, professor de Psicologia Forense, na Universidade Livre da antiga capital alemã.

O presente estudo, de sua autoria, foi publicado na obra que a Livraria Fischer editou em 1967, sob o título “A Execução Penal na Alemanha” (“*Strafvollzug in Deutschland – Situation und Reform*”), com a participação de muitos técnicos na matéria. De sua tradução encarregamos o Professor FRITZ WEINERT, com assistência jurídica do Dr. ALCIDES HERCULANO DE OLIVEIRA: o primeiro foi nosso colaborador e o segundo membro do nosso Gabinete, quando ocupamos a Secretaria de Justiça do Estado da Guanabara.

A. B. COTRIM NETO

Um dos primeiros que se dedicaram ao estudo sério desse assunto foi SIEVERTS, que nos seus escritos acerca dos “Efeitos da Pena Privativa da Liberdade e da Prisão Preventiva sobre a Psique dos Presos” (1929) dedicou ao problema sexual um capítulo especial, levando em consideração a literatura existente sobre o tema naquela época, tanto memórias de ex-presos, como publicações sobre presos.

Desde então, o problema tornou-se “chic” e discutível na alta sociedade, mas, na prática, continua sem solução. MITTERMEIER, na sua “História das Prisões” (1954) desiste completa e resignadamente de comentá-lo.

A discussão sobre o problema sexual complica-se muitas vezes, porque:

- a) - é criada uma correlação, de maneira confusa e incorreta, entre a delinqüência sexual e o comportamento sexual anômalo, gerado pela prisão;
- b) - em virtude de se atribuir aos colocados sob a classificação de “criminoso sexual” uma enorme impulsividade instintiva, que age sem freios;
- c) - a penitenciária é apresentada como viveiro de depravação sexual, onde a linha do comportamento e o tom geral são ditados pelos delinqüentes sexuais.

Singularidades sexuais na conduta dos presos

Paralelas com certas peculiaridades nitidamente sexuais encontram-se, nos presos, numerosos tipos de comportamento que, não em todos os casos, mas geralmente, se relacionam de modo mais ou menos evidente com impulsos, necessidades, deformações e perturbações sexuais.

As formas mais importantes, sempre observadas nas prisões, são as seguintes:

- 1) a masturbação (onanismo) é praticada pela absoluta maioria dos detentos do sexo masculino, mas raramente, segundo parece, pelos do sexo feminino.

Isso não é somente a expressão de uma carência sexual, mas sobretudo o prazer compensador, que o isolamento psíquico reclama.

SIEVERTS observou que os longos períodos de cárcere operam uma certa transformação de práticas. Na primeira fase da prisão, o onanismo proporciona ao preso a fuga da depressão; por isso ele é praticado excessivamente, muito mais vezes do que em liberdade, o que não aconteceria em condições mais favoráveis. Na segunda fase, superada normalmente a depressão inicial, o preso acostumou-se à situação reinante na prisão: o onanismo é a válvula de escape da carência sexual, e é praticado, por isso mesmo, menos vezes que antes, tornando-se aos poucos meta egoísta do preso desprovido de contatos, que pensa e sente cada vez mais de modo egocêntrico. Na terceira fase da prisão, o instinto sexual não acerta bem o alvo, e ataca então parceiros do mesmo sexo, com preferência presos mocinhos, na fase intermediária evolutiva, quando o organismo apresenta ainda certas características femininas.

A forte tensão sexual leva o mais das vezes a poluções, a sonhos e fantasias, e depois ao onanismo; enquanto, na primeira fase, preferem reviver casos e recordações do passado, com o correr dos tempos surge, nos presos pobres de fantasia e de ligações, uma necessidade crescente de arranjar estímulos impessoais substitutos. Então, recortam-se ou desenham-se ilustrações, colecionam-se fotos de nus e de “pin-ups”, assiste-se a filmes e novelas na TV sob o ponto de vista do estímulo sexual, e fazem-se inscrições obscenas nas paredes da cela e recorre-se a leituras, de conteúdo sexual, como estimulante, leituras más ou péssimas, de acordo com o respectivo nível educacional.

O parceiro, que existe só na imaginação, na foto ou na realidade, vira o objeto sexual visado, mas carece do timbre pessoal e muitas vezes até de nota erótica.

Conceitos sobre beleza tornam-se confusos; destarte, a aparência de uma linda mulher não merece tanta atenção quanto a função sexual dela, e certas mulheres inteiramente sem formosura são idolatradas.

Em razão das freqüentes masturbações é necessário um estímulo sexual cada vez mais forte, de tal forma, que se desenvolve uma mania e, inclusive, se produz, no preso, um comportamento que encara tudo perversamente.

2) mais realista e mais compreensível é a ânsia de muitos presos de entrar em relações com outros detentos, ou com pessoas do outro sexo em liberdade.

Dentro do espaço da prisão isso pode conseguir-se com entrevistas, com truques, desculpas, e pretextos, na base das cartas de conteúdo erótico sexual (KASSIBER), por meio de peças de roupa, lavadas e remendadas na seção de mulheres, e por meio de notícias, objetos esses ocasionalmente usados com fins fetichistas e para outras coisas mais. Procuram-se oportunidades para apalpar ou, pelo menos, tocar no parceiro e se praticam atos exibicionistas, quando difícil, de outra maneira, a aproximação. Somam-se, aos esforços de obter contato real palpitante, expressões obscenas, anedotas grosseiras, etc., as quais, aliás, não só predominam no meio dos presos. Entre eles estabelece-se, de maneira nítida, o nivelamento do pensar e do sentir, em conseqüência da ansiedade decorrente da insatisfação sexual e do próprio isolamento.

Quem já permaneceu longo tempo num quartel, como soldado, sem contato social, e nem sempre mantendo relações sexuais, conhece o conteúdo das conversas, que ali se travam, quase todas obrigatoriamente do gênero sexual.

BRENDAN BEHAN descreve vários tipos de presos, no seu livro "Borstal Boy": o mais jovem, cheio de agressividade e de afoiteza, e o mais velho, que ostenta proezas sexuais, e, também, o preso que aparenta indiferença e tudo descreve com gíria, misturada estravagantemente de sexualidade.

O material de estudo deste setor são cartas de amor dirigidas à esposa, amigas, e até a mulheres ou homens desconhecidos. É preciso, às vezes, interceptá-las, por causa do seu conteúdo imoral, mas elas revelam menos os sintomas da imoralidade do autor, do que o grau de primitivismo provocado pela vida na prisão.

Acusações contra outros presos, contra funcionários ou quaisquer outras pessoas representam diferentes formas de exteriorização sexual. Crises de ciúme eclodem, facilmente na prisão, e elas passam para a esfera das idéias sublimadas.

É digno de nota que, mesmo quando há motivo justificado para suspeitar da infidelidade da esposa, o preso raramente demonstra a intenção de se divorciar, ao contrário do que acontece com o cônjuge livre.

Isto se explica menos pela posição jurídica e economicamente dependente do preso, do que pelo seu desejo de manter real relação afetiva com o mundo exterior.

3) as relações homossexuais que são iniciadas na prisão:

a) como já mencionamos, durante as prisões mais longas, na terceira fase evolutiva do comportamento sexual;

b) com certa rapidez, entre homossexuais que logo se encontram e se conhecem na prisão;

c) entre pessoas neuróticas e psicopaticamente perturbadas, as quais, irrequietas e agressivas, sem firmeza de caráter e incapazes de se associar, procuram, na atmosfera insípida aventura, satisfações que sirvam de substituto.

Com o andar do tempo, e conquistado, em alguns casos, um certo poder, graças à subcultura da prisão, usam-no sem escrúpulo. O domínio do terror, organizado e em parte ritualizado, que os condenados a longas penas, às vezes exercem em penitenciárias americanas, é coisa conhecida.

Assim, por exemplo, presos jovens de “atração feminina”, são favorecidos, protegidos e mimados, por presos velhos, que lhes fornecem comida, estimulantes e outros favores, até que eles (os jovens) sucumbam aos ataques de um brutal constrangimento. Então, ficam as vítimas sem proteção; e a autoridade executiva não pode intervir, ou porque não chega a saber do caso, ou porque tem de tolerar a situação para evitar coisa pior.

Dessa forma se produzem condições que correspondem às existentes na vida livre, mas que se desenrolam no baixo nível da dependência homossexual, com todas as suas pseudo-amizades, desde os ciúmes e as pretensões de “dono”, até “casamentos” e prostituição.

As condições reinantes na execução penal americana não podem ser comparadas com as encontradas na Europa e na Alemanha.

O isolamento e a cela individual são ainda mais insuportáveis para o americano, porque a mentalidade dele é de sociabilidade. Por isso, nos EUA mesmo as penitenciárias fortemente protegidas do lado externo, possuem no interior surpreendente mobilidade e liberalidade, o que facilita a formação de firmes agrupamentos sociais. Nas penitenciárias alemãs o problema sexual não se evidencia tanto, mas também existe, embora menos acentuado.

As diferenças, entre os genuínos homossexuais e os que o são em virtude da vida na prisão – os “pseudo-homossexuais” – apagam-se com a prolongada detenção.

Por outro lado, entre as pessoas que vivem em liberdade, há muitas que possuem a tendência homossexual em estado latente. Quando caem na prisão, por força das condições especiais que nela encontram, tornam-se capazes de atos homossexuais ou sentem inclinações nesta direção.

Há, portanto, transições flutuantes que dificultam o alojamento especial de homossexuais em potencial ou manifestos, e a separação entre genuínos e falsos.

Todas as maneiras de aproximação e de comunicação, que há nas relações heterossexuais, existem na esfera homossexual: amizades exageradas de colorido sexual, cartas, cenas de ciúmes, contatos físicos, até o mútuo onanismo; e, mais tarde, atos semelhantes ao coito, praticados na privada, na capela, na sala de trabalho, nas horas de folga, na cela em comum.

Entre as presas, em virtude dos sentimentos mais fortemente definidos da mulher, e da necessidade que ela tem de se comunicar e de conversar, evidenciam-se as tendências lésbicas e as situações correspondentes.

Com efeito, isto acontece mais freqüentemente com as mulheres do que com os homens, notando-se entre elas, cenas exaltadas de ciúme, que se repetem periodicamente.

Independente da correlação heterossexual ou homossexual, vêem-se entre os presos muitas vezes atitudes psíquicas fora do normal, agitação mental afetiva ou adversa, oscilação na escala da sociabilidade, e altos e baixos no rendimento do seu trabalho.

São fenômenos que não se prendem à emotividade sexual; antes decorrem da estreiteza da vida encarcerada e da saturação emocional, que deixam vislumbrar, em muitos casos, relações indiretas com a esfera sexual.

Além de atenuarem sua tensão nervosa através de conversações, alguns presos escrevem ensaios literários românticos, poesias, novelas e autobiografias, que revelam, pelo seu conteúdo e expressão, uma certa motivação sexual mútua.

Quase nunca conseguem sublimação, pois para tanto carece o preso de pressupostos culturais e de preparo literário e mental, mas é freqüente a ocupação com assuntos religiosos.

A gama da preocupação religiosa vai desde a reação sentimental, com sentimento de felicidade e efeito reflexo que diminui rapidamente, até a absorção psíquica íntima.

Chamamos a atenção para as conhecidas relações, muitas vezes energeticamente complicadas, entre instinto sexual e atividade religiosa, e a conversão de excitação sexual em medo e outras sensações orgânicas.

O cultivo amoroso de animais e plantas na cela, em confronto com atitudes correspondentes de pessoas que, quando em liberdade, carecem de amor e favores, sugere uma correlação causal.

É lógico ver na prisão coletiva, quer dizer no convívio diurno e noturno de vários presos, o viveiro para excessos sexuais e para degradação moral.

SIEVERTS opina: "A gente deve compreender que os presos que vivem em comum, mesmo que não visem a uma finalidade comum, têm que se adaptar uns aos outros. A base psíquica comum necessária para isto só pode ser aquilo que todos eles ou a maioria possui em comum. Mas, certamente, isso não são valores espirituais superiores".

E mais adiante: "Surge muitas vezes o quadro estranho de um criminoso, socialmente inassimilável quando em liberdade, por causa da sua estruturação psíquica primitiva, integrar-se desde logo, lisamente, na comunidade dos presos, enquanto o preso de nível espiritual elevado e com inclinação para a sociabilidade não a consegue."

Isto é, sem dúvida, verdadeiro, e recomenda a cela individual como maneira mais conveniente de alojar o preso.

Mas esta prisão individual também não resolve os problemas sexuais - embora atenuem, em muitos casos, suas conseqüências - visto que fomenta as já descritas atitudes, relacionadas com o isolamento social, desde o onanismo até a tentativa do suicídio.

Todo o estrangulamento da sexualidade natural, que abrange as mais variadas formas, desde o ato sexual do tipo "livre de compromisso", até a relação espiritualizada, acarreta uma acumulação de sentimentos que altera a posição do preso para com o meio social de dentro e de fora dos muros da prisão.

Quando tentamos criar uma idéia sobre a extensão e a profundidade do

comportamento sexual, encontramos logo o obstáculo de que não somente tudo que se relaciona com a sexualidade é rotulado como parte da esfera íntima, mas também o de que qualquer manifestação sexual direta é proibida na penitenciária, por lei, pelos regulamentos, ou por motivos morais. – Quando muito, tolera-se até certo ponto, tacitamente, o onanismo.

A conseqüência deste estado de coisas é que só chegamos a saber da vida e dos assuntos do preso através da plataforma inferior da comunicação, na qual as regras do jogo são diferentes da plataforma superior (jornais, revistas, etc.).

Ficamos sabendo, pois, alguma coisa, por fragmentos de relatórios feitos por presos, por ocasião de atos de indisciplina, revoltas, denúncias, revelações, etc.

Quase todo preso tem de enfrentar os problemas sexuais, mas a sua solução se dá, como veremos no seguinte trecho de maneira não uniforme, em diferentes níveis, mais de maneira pessoal do que em decorrência de sua situação.

Sexualidade e cativo

A supressão da atividade sexual, natural ou habitual, causa nos animais formas de comportamento parecidas, e até iguais às do homem.

Pode haver uma espécie de marcha no vazio, isto é, a descarga emocional do instinto dá-se sem objeto à vista. E pode haver, também inibição mútua, ou aumento do impulso instintivo, isto é, a supressão da prática sexual, cria a vontade de fugir e a agressividade, assim como sobressaltos em outros instintos, paralelamente ativados com manifestações no comportamento, sem plausível explicação pela situação do momento (por exemplo, atitudes ameaçadoras, posição de dormir estranha, etc.).

Nos mamíferos que vivem livres na natureza, geralmente o instinto sexual incentiva a disposição para o ataque e a fuga, surgindo seqüências de atos aparentemente contraditórios: é que a insatisfação leva a desajustes e desequilíbrios, aos quais se seguem atos complexos.

Às vezes falta a necessária sincronização do prelúdio sexual e do próprio ato: sobretudo em macacos, mas também em pássaros, aparecem atitudes homossexuais e práticas de onanismo, apesar da presença do animal de sexo oposto. Até violências sexuais já foram observadas entre irracionais.

A perturbação do mecanismo sexual acontece, não somente pela explosão normal impedida, mas, muitas vezes, pela alteração da hierarquia social, tão acentuada em alguns animais.

Digno de nota é o paralelismo com certas atitudes humanas, apresentado por algumas espécies animais, que habitualmente se associam de maneira amável (os lobos, por exemplo): quando estão no cativo, se estabelece entre eles uma severa hierarquia e o animal líder domina completamente todos os outros.

Para o homem a prisão representa uma situação de frustrações e de privações no âmbito vital, emocional e social, que freqüentemente o leva a uma primitivização das sensações e dos atos. A prisão o impede de desenvolver as tendências normais de compensação, seja porque a estrutura da personalidade do preso não tem capacidade suficiente para isto, seja porque o ambiente na prisão não lhe oferece adequadas compensações.

Pessoas pouco diferenciadas na psique ou pouco estáveis no caráter chegam com relativa facilidade a essa primitivização, que pode provocar o abandono da vida em sociedade, com o favorecimento ou desenvolvimento de formas sexuais pervertidas e autistas.

Em contraste com o comportamento sexual anormal, geralmente tão difundido, e que representa uma forma irregular de lidar com a ordem social, constituem as perversões uma atitude que o Dr. GIESE qualifica de “posição errada contra a sociedade”; estas perversões representam uma evolução, ou desdobramento, destruidora, maníaca, cujos sintomas, segundo o mesmo Dr. GIESE, são os seguintes:

- 1.º) mergulho na voluptuosidade;
- 2.º) crescente freqüência do ato, com diminuição da satisfação;
- 3.º) promiscuidade e anonimato;
- 4.º) excesso na imaginação, na prática, na “técnica amorosa” (*raffinement*), aventuras com drogas; e
- 5.º) repetição periódica de agitação nervosa.

A prisão oferece condições especialmente favoráveis para tais evoluções, que, no entanto, quase sempre se dão na base de pré-existentes atitudes sexuais erradas, às vezes pouco acentuadas, e até apenas perceptíveis.

É difícil explicar como as prolongadas prisões, por si mesmas, criam perversões, visto que raramente conhecemos bem a estrutura psíquica do delinqüente, sobretudo o âmago de sua personalidade, antes de ele ingressar na prisão. Fundamentalmente, porém, é válido estabelecer que a evolução da emotividade sexual do preso e a sua correspondente conduta apresentam-se, de maneira totalmente diversa, de um indivíduo para outro.

Também não se pode dizer que a conduta social e sexual, aparentemente tão compulsória e monótona, na prisão (o onanismo, a acumulação de ânsia afetiva, a agressividade e, também, os atos homossexuais), tenham igual significado e sobretudo iguais ou semelhantes conseqüências.

O fator decisivo não é a frustração e a sintomática sexual, mas o modo pelo qual a personalidade individual do preso lida com estes problemas.

Muitos detentos que, durante a prisão, têm conduta sexual fora do comum, após a sua soltura voltam a observar comportamento normal.

Em outros, por força de certas ocorrências na prisão, abre-se o caminho para sensações e atitudes permanentemente anormais, situações essas impossíveis de imaginar, sem a prévia estada na prisão.

É digno de nota que os delinqüentes sexuais (termo esse que abrange muita coisa heterogênea) reagem exatamente como os outros.

Para alguns, na penitenciária o problema sexual é também o principal; para outros ele não tem muita importância.

Certas conseqüências podem-se fazer sentir, temporariamente, na vida prisional; além de dificuldades para restabelecer contatos, podem verificar-se reflexos perturbadores na libido e na potência sexual, com estorvos para satisfazer o parceiro.

Segundo relato de vários autores, o mesmo fato se verificou com os que estiveram no longo cativeiro de guerra: um escritor chamou a atenção para “os múltiplos aspectos das perturbações sexuais”, e focalizou uma problemática bem semelhante a esta, que se verifica no terreno da execução penal.

A problemática sexual tem muita importância para a execução penal, porque ela atinge, principalmente no setor juvenil, o trabalho educativo cuja meta é o encontro, pelo preso, de sua verdadeira consciência e da conseqüente regeneração.

Os problemas sexuais podem prejudicar e, até, anular este esforço pedagógico.

Como as autoridades responsáveis pela execução ficam aturdidas com esses problemas, não encontram saída e tentam resolvê-los pela via intelectual moralizante, aplicando idéias que estão superadas, faz décadas, pela evolução do mundo, idéias tendentes a “fortalecer o espírito” do preso; ou então, decidem ignorar esses problemas, contribuindo assim, indiretamente, para a primitivização dos atos e das sensações sexuais dos apenados.

Considerando que inexistente, na prisão, o campo social, no qual se travam as relações inter-humanas, ou que, ele existe de forma deturpada, não resta às autoridades da execução penal senão atenuar as manifestações sexuais ou tolerar atos menos espalhafatosos, do tipo simples, como carícias, onanismo, exibicionismo.

O tratamento, na prática, do problema sexual, durante a execução penal.

Medidas gerais planejadas para regularizar as condições sexuais no âmbito da execução penal só podem ser tomadas em extensão restrita.

Humana e juridicamente não existe base que permita suprimir a sexualidade, amplamente natural do preso, ou obrigá-lo a praticá-la por vias falsas, ou ainda que permita a intervenção estatal, nesta zona íntima, para além do que for necessário, a fim de garantir a ordem interna da prisão.

É tarefa principal da execução penal impedir que o preso caia num nível primitivo de agir e sentir, num estado de “homem-massa anônimo” (“*anonyme Vermassung*”).

Vamos, em seguida, tomar posição a respeito de importantes questões que agitam a execução penal, indicando rumos e possibilidades para a atual situação.

1. Compreende-se que trabalho físico regular traz efeitos favoráveis; isto acontece não tanto pelo desprezo das necessidades sexuais, mas pelo fato de diminuir a sensação do isolamento social e da solidão, ficando assim a temática sexual um tanto afastada do campo de visão. O mesmo efeito obtém-se pela prática do esporte, da jardinagem feita em grupos, etc. Mas isto só se consegue, se estas ocupações se combinam com as inclinações e interesses do preso, sentindo ele alívio no trabalho e não mais sentindo a solidão como carga psíquica.

2. O alojamento noturno nas grandes penitenciárias deve consistir, em princípio, em celas individuais. Exceções só se admitem por indicação dum médico ou psiquiatra (doença, defeito físico, perigo do suicídio). A permanência em comum durante o tempo restante, só é aconselhável quando a atividade (trabalho, folga, diversões) permite exercer um certo controle sobre os internos.

3. A decoração e o mobiliário das celas deve ser aqui mais confortável do que antigamente, para diminuir impressões que fomentam o sentimento da solidão e do isolamento.

É um erro fundamental acreditar que a monotonia da cela induza o preso a “voltar-se para dentro de si mesmo” (“*Verinnerlichung*”), corrigindo sua índole, e consolidando sua psique. Nos primeiros dias seguintes ao seu recolhimento à prisão, talvez se esboce no prisioneiro um certo exame de consciência: logo, porém, frente à situação celular, cada preso reage individualmente, de maneira muito diferente.

Sobretudo, para os presos jovens, devem-se tolerar generosamente fixações e reproduções gráficas de fundo erótico; por exemplo, estampas com artistas, fotos de amigas, revistas com “pin-up-girls”, pois elas fornecem certos “estímulos-chave” básicos, que refletem a sua atitude normal para com o outro sexo. Somente reproduções indecentes, muito excitantes, devem ser proibidas.

O rádio, o filme e a TV são para o preso importantes meios de contato com o mundo exterior. As sessões devem ser conduzidas, não com a preocupação de suprimir ocasionais cenas tidas como imorais, mas com o critério de não apresentar coisas que pedagogicamente nada oferecem de bom e, também, para evitar que o preso caia num sentimentalismo exagerado, gerador de melancolia; convém, ainda, evitar apresentações artisticamente desvaliosas.

No que concerne à literatura, recomendaríamos o mesmo critério. Até agora eram controlados os contatos por cartas, assim como a visita de pessoas com as quais o preso tinha ligação emocional, sobretudo com o cônjuge, através dum sistema de segurança demasiado rígido. É melhor haver contatos constantes, do que a fiscalização de cartas e conversas.

4. O emprego de mulheres em serviço nas penitenciárias, sobretudo na execução juvenil, tem dado bons resultados. Essas mulheres contudo, devem dispor de resistência moral para os contatos e saber manter-se à distância; não devem ser muito extrovertidas, mas devem possuir atrativos; e não convém que sejam repulsivas nem antipáticas.

Empregar homens no serviço de penitenciárias femininas já é um caso mais problemático, porque as mulheres, tendo maiores impulsos para o afeto, passarão a sentir dificuldades no trato social entre elas mesmas.

5. A punição de aventuras homossexuais durante a execução penal, é coisa injusta e de nenhuma sinceridade. As mais das vezes as autoridades só atingem aqueles casos que eventualmente descobriram, ou por ouvir dizer, ou por denúncia de presos que se desentenderam e brigaram. Basta promover a transferência dos envolvidos para outro estabelecimento, ou aplicar uma punição disciplinar.

6. Na execução penal em estabelecimento aberto é inevitável o alojamento coletivo, que é até recomendável. Uma decoração alegre da cela, com livros, escrivatinhas, rádio e TV, torna-se então necessária.

É importante que a liberalidade da execução em estabelecimento aberto seja acompanhada de um regulamento de licenças.

Isto não no sentido de se conceder a licença como prêmio, mas, sim, para negá-la aos que permanecem na má conduta.

Fugas de estabelecimentos de execução aberta têm causa psicológica diferente daquelas de estabelecimento fechado, não só porque, no primeiro caso, há contatos com o mundo exterior num grau psicológico mais elevado, semelhante à realidade, mas também porque a tensão é, neste caso, um fator relevante.

7. Difícil de resolver é a questão da assim chamada “licença matrimonial”, em penitenciárias abertas ou fechadas.

Em consideração ao parceiro matrimonial não punido, esta licença é considerada como urgentemente necessária, em alguns países.

Mas a regulamentação respectiva varia muito, duma nação para outra. Este tipo de licença é legalmente concedido na maioria dos países sul-americanos, no México, na União Soviética, e, com certa restrição e sob certas condições, também na Bélgica, Dinamarca, Grécia, Grã-Bretanha, Guatemala, Índia, Irlanda, Japão, Canadá e no Mississipi (único estado dos EUA que o adota), nas Filipinas, na Suécia e na Tchecoslováquia.

Na prática, a licença é gozada de maneira muito diferente. Às vezes os casais são alojados em salas especiais; às vezes podem viver juntos nas celas; e outras vezes, o preso pode ir a casa (acompanhado por guardas), demorando-se lá por horas e até por vários dias.

Em alguns países não somente se facilitam encontros entre os esposos, mas também entre presos e prostitutas durante todo o tempo de prisão, embora isso na maioria desses países, somente se conceda aos que estão no último estágio da pena.

Em muitos países, esta licença matrimonial se fundamenta em leis; em outros, no entanto, ela é regulamentada por decreto, ou então decorre de um costume tradicional.

Por mais convincente que seja o critério básico para a concessão da licença matrimonial, visto que se relaciona ao problema social e ético, da correlação sexual dos cônjuges, é muito difícil adotar esta prática na Alemanha, onde as relações dos internos são objeto de excessivas regulamentações.

No momento, parece mais conveniente colocar a licença matrimonial generosamente, no esquema da concessão regulamentada das licenças em geral.

8. A prática da pedagogia sexual, nas instituições penitenciárias, pressupõe a boa vontade dos detentos, no sentido de querer ouvir e aceitar ensinamentos sobre a relação entre os dois sexos, sobre seus próprios desejos, angústias e problemas (por exemplo, o onanismo) e de se disporem a refletir sobre o assunto. Sobretudo no caso de jovens presos, e quando integrados, em “grupos pedagógicos”, estas palestras, podem ser de valor. Mas têm pouca relevância para o nosso problema.

Na maioria dos presos, assim como para qualquer um na situação de preso, não se pode esperar que surjam reflexos ou ponderações normativas, ou de utilidade; nem mesmo uma formação mais sólida da sua consciência ou da sua vontade; só através da regulamentação dos impulsos sexuais e dos conflitos sócio-dinâmicos poder-se-á colher algum resultado nesse setor. Aqui se desenha, para nós, a problemática geral de uma “educação”, durante o tempo da execução penal.

9. São recomendadas medidas médicas, psicológicas e psicoterapêuticas individuais, para cada preso. Aos presos que têm grandes necessidades sexuais, coisa que é fácil de verificar também em liberdade, podem ministrar-se, com o consentimento deles, alguns sedativos. Dá-se ajuda psicológica, principalmente para impedir aberrações sexuais, procura-se fortalecer o sentimento do autovalor do preso (amor próprio), e manter as suas relações com as realidades da vida social, dentro e fora da penitenciária.

O debate sobre problemas sexuais durante execução penal é instrutivo, porque mostra como o velho e rígido sistema penal, baseado só na regulamentação, não resolve os problemas biológicos e sociais que se desenrolam na esfera humana geral, criando, por outro lado, dificuldades para o próprio sistema, dificuldades essas que tornam ainda mais árduos os esforços educativos nas tarefas visadas.

A problemática sexual é parte integrante e essencial da problemática geral da ressocialização do preso.

A execução penal convencional, do tipo antigo, não pode dar solução a estes problemas atuais, entrincheirando-se então, forçosamente, no cômodo método dum regulamento administrativo revestido de pretensa ideologia. Assim, só na fachada, é que tudo decorre liso e sem atritos.

Sem dúvida foram registrados êxitos na execução penal durante os últimos 50 anos. Mas estas conquistas se devem menos à elaboração dum método de tratamento pedagogicamente orientado, do que ao fato de terem sido derrubados, paulatinamente, métodos antigos, que visavam à submissão e humilhação do preso, e que foram substituídos por novos, mais humanos.

Foi possível, assim, diminuir a resistência rancorosa que gerava a tendência para reincidir e o ressentimento do detento.

Precisávamos de pesquisas criminológicas para promover o desenvolvimento de métodos mais eficazes de tratamento.

Estas pesquisas têm que se ocupar com a questão da gênese e conseqüência das subculturas em situações de convívio compulsório. Neste terreno entra, também, a problemática sexual. Ela oferece aos pesquisadores, entre outros estímulos, também aquele dum bom impulso inicial, visto que o comportamento sexual do preso encerra uma indicação sobre a disposição e capacidade do delinqüente de encontrar - em relação a si próprio e em relação à sociedade - termos adequados e suportáveis de ajustamento.

**Publicado originalmente na Revista nº 15 set./1971-mai./1972, p. 31.*

A MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA NA APLICAÇÃO DA PENA

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO*

1. À aplicação da pena vem dedicando a Ciência Penal de nosso tempo crescente interesse, tanto na perspectiva do mais eficaz tratamento dos delinqüentes, como no aspecto pròpriamente jurídico e dogmático, com a análise detida de inumerável quantidade de questões técnicas relacionadas com o exercício do poder discricionário que a lei confere ao magistrado.

Objeto destas notas não será o exame da aplicação da pena tendo em vista o que concerne ao tratamento do condenado¹. Vamos nos deter apenas na motivação da sentença ao aplicar a pena, tendo em vista a nossa recente experiência judiciária.

2. O sistema do livre convencimento, por um lado, e, por outro, a tendência do Direito Penal de nosso tempo no sentido da ampliação dos poderes discricionários do juiz, tornam mais grave e importante o dever de fundamentar a pena imposta, para excluir, tanto quanto seja possível, o arbítrio e o capricho do julgador, assegurando-se a aplicação da pena justa.

Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido da realização da justiça material, ampliando-se, por isso mesmo, os poderes discricionários do juiz na verificação do merecimento concreto de pena². Em contrapartida, maior rigor deve haver na motivação da pena imposta.

3. Como ensina BETTIOL³, a sentença é fruto e resultado de uma delicada operação lógica que o juiz deve manifestar por escrito, a fim de que o raciocínio por êle seguido possa ser controlado sob o aspecto de sua impecabilidade. A jurisdição é inteiramente ligada à motivação. A motivação, no que se refere ao fato, exige que o juiz, *referindo-se às provas recolhidas e valoradas*, deva exprimir as razões pelas quais um fato, nos seus elementos objetivos e subjetivos, essenciais ou acidentais, constitutivos ou impeditivos deva ou não considerar-se presente. A motivação, quanto ao direito, exige que o juiz deva exprimir o porquê de uma determinada escolha normativa e interpretativa.

Conclui o mestre italiano: *“Solo così l'imputato è posto in grado di conoscere e giudicare l'attività mentale del magistrato nella scelta e nella valutazione di ogni momento rilevante alla decisione; e solo così potranno essere individuati e indicati gli errori logici nei quali è caduto il giudice. Anche questa possibilità che oggi l'ordinamento giuridico riconosce all'imputato è una delle garanzie predisposte dallo stato di diritto per la tutela della libertà individuali”*.

* Advogado, Vice-Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Professor de Direito Penal da Universidade Candido Mendes. Professor Titular e Livre-Docente de Direito Penal da UERJ. Professor *Honoris Causa* pela Universidade de Coimbra, Portugal. Vice-Presidente da Comissão Internacional de Juristas e da Associação Internacional de Direito Penal.

1 O assunto é importante e será examinado no próximo Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, que se realizará em Roma, em setembro próximo. Cf., a respeito, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 17, pág. 171 (“O papel do tribunal na aplicação das penas”).

2 Cf. HELMUTH v. WEBER, *Die richterliche Strafzumessung*, 1955, pág. 38.

3 BETTIOL, *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, 1966, página 220.

A motivação da sentença surge como conquista liberal e garantia do cidadão no Estado de Direito, a qual remonta à Revolução Francesa. Apareceu, por primeira vez, na lei de 8-9 de outubro de 1789, que impediu o juiz de usar a fórmula *“pour le cas résultant du procès”*.

A motivação da sentença é exigência de tôdas as legislações modernas, onde exerce, como diz FRANCO CORDERO, função de defesa do cidadão contra o arbítrio do juiz. De outra parte, a motivação constitui também garantia para o Estado, pois interessa a êste que sua vontade superior seja exatamente aplicada e se administre corretamente a justiça. O juiz mesmo, protege-se, mediante o cumprimento da obrigação de motivar a sentença, contra a suspeita de arbitrariedade, de parcialidade ou de outra injustiça⁴.

A falta ou a contraditoriedade da motivação implica na nulidade da sentença, segundo a lição comum.

O art. 381, inciso III, do Cód. Proc. Penal, estabelece como requisito da sentença *“a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”*, o que constitui formalidade essencial, cuja falta induz em nulidade (art. 564, inciso IV, do Código de Processo Penal).

Por isso, NUVOLONE assinala que *“o contrôle da motivação por parte do juiz da impugnação torna-se um problema de garantias e, pois, lato sensu, de legalidade; de modo que se compreende como em alguns ordenamentos (entre êles o italiano), a Côte de Cassação se arroga o dever de controlar não só a existência, mas também a logicidade da motivação”*.

Trata-se de controlar não apenas as fontes do convencimento, mas a *coerência* do estado psíquico do juiz no corpo da sentença⁵.

Falta de motivação significa ausência de motivação, que deve ser entendida também, como afirma o excelente LEONE⁶, no aspecto lógico. Ensina o grande mestre da Universidade de Roma, que *“Qualunque momento della indagine suscettibile di valutazione propria assume una sua individualità ai fini dell’obbligo della motivazione. In sostanza, la motivazione deve toccare tutti i punti della decisione e, nell’ambito di ciascun punto, tutti i profili che abbiano dato o avrebbero dovuto dar luogo ad accertamento”*.

A lição é clara: todos os momentos da investigação, suscetíveis de valoração própria assumem individualidade própria para os fins da obrigação de motivar. A *motivação deve referir-se a todos os pontos da decisão, e no âmbito de cada ponto, a todos os aspectos que deram ou poderiam ter dado lugar à verificação*.

Resumindo o entendimento comum, BELLAVISTA⁷ ensina que a falta de motivação que legitima a anulação da sentença, ocorre em três situações: 1. quando o juiz omite as razões de seu convencimento; 2. quando as tenha indicado incorrendo em evidente erro lógico-jurídico, de modo a que as premissas em que a decisão se funda possam considerar-se *tanquam non esset* (falta de motivação intrínseca); 3. quando, apresentando-se em seu contexto motivada, tenha omitido exame de um fato decisivo para o juízo, de tal modo que leve a crer que, se o juiz o tivesse examinado, teria chegado a diversa decisão (falta de motivação extrínseca).

4 FRANCO CORDERO, *Procedura Penale*, 1966, pág. 615; MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad., vol. IV, pág. 490.

5 SARAGENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, 1940, pág. 12.

6 LEONE, *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*, 1965, vol. II, pág. 349.

7 BELLAVISTA, *Lezioni di Diritto Processuale Penale*, 1965, página 308.

Convém ressaltar que não há motivação sem referência aos elementos de prova relativos aos pontos fundamentais da causa. É perfeita a observação de RICARDO C. MÚÑEZ: “En relación a las conclusiones de hecho de la sentencia, para llenar su obligación de motivarlas (fundarlas), el juez debe comenzar por enunciar los elementos probatorios que justifican cada una de esas conclusiones de hecho. No le bastaría decir: está probado que Juan murió. Es preciso que sustente esa afirmación en elementos probatorios. La motivación debe ser sobre todos y cada uno de los presupuestos de la decisión; debe ser, en una palabra, completa”.

É nula também a sentença cuja motivação se apresenta *contraditória*.

A motivação é causal com respeito ao dispositivo da sentença, expressando o processo lógico em que se exterioriza o raciocínio do magistrado⁹.

Diz bem CARNELUTTI¹⁰ que “a resolução representa o *epílogo* da decisão, e se denomina dispositivo, enquanto que o pensamento do julgador anterior representa o seu *prólogo*, denominando-se motivação”. Constitui, assim, a sentença, um desenvolvimento lógico, que conduz à resolução, e isso porque “a sentença não pode ser um ato de fé, mas um documento de convicção racionada”¹¹. A exigência da motivação visa a tornar possível o controle sobre o processo lógico mediante o qual o juiz chegou à conclusão.

São *contraditórias*, em suma, as declarações inconciliáveis, lógica ou juridicamente.

São numerosas as decisões de nossos tribunais declarando a nulidade de sentenças condenatórias, por falta de fundamentação. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal em diversos julgados, tem anulado sentenças, por falta de nexo ou contradição entre os fundamentos e a conclusão. Veja-se, por exemplo, a decisão proferida no h.c. 44.070, relator o eminente Min. ADAUTO CARDOSO, em que se afirmou a nulidade, por falta de nexo, entre as premissas e a conclusão¹². No h.c. 42.998, relator o ilustre Min. EVANDRO LINS E SILVA, a l.^a Turma anulou sentença condenatória por contradição entre seus fundamentos e a conclusão¹³. A sentença deve apresentar, iniludivelmente, uma estrutura lógica, devendo haver correspondência entre a significação jurídica das provas que o juiz articula como elementos de convicção e as conclusões.

4. Por outro lado, é nula a sentença omissa ou *contraditória* na fundamentação da pena imposta, não bastando, de forma alguma, a simples referência genérica ao art. 42 do Cód. Penal.

Como diz, com muita propriedade SCHRODER,¹⁴ não apenas o *se* mas o *como* da pena devem ser constitucionalmente fixados. LOTHAR SCHMIDT¹⁵ desenvolve a mesma idéia ao afirmar que “o acusado tem não apenas o direito de saber porque é punido, como também o direito de saber porque recebe *esta* pena”.

8 RICARDO C. MÚÑEZ, *El contralor de las sentencias de los tribunales de juicio por via de la casación*, no volume *Temas de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal*, 1958, pág. 85.

9 A motivação *contraditória* é nula, porque, como afirma CAVALLO (*La sentenza penale*, 1936, pág. 372.), “*togliere valore al requisito perchè contine in sè la sua propria negazione*”.

10 CARNELUTTI, *Principi del Processo Penale*, 1960, pág. 253.

11 FLORIAN, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad., 1934, pág. 400.

12 *Rev. Trim. Jurispr.*, 41/545.

13 *Rev. Trim. Jurispr.*, 36/302.

14 SCHRÖDER, *Gesetzliche und richterliche Strafzumessung*, Mezger Festschrift, 1954, pág. 416.

15 LOTHAR SCHMIDT, *Die Strafzumessung*, in *Materialen zur Strafrechtsreform*, 1954, pág. 104: “*Der Angeklagte hat nicht nur ein Recht zu erfahren, wrum er bestraft wurde, sondern auch ein Recht zu wissen warum er diese strafe erhielt*”.

Confere a lei ao juiz poder discricionário para que êle possa atender às exigências da adequação da pena que defluem dos valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico. De um modo geral, a discricionariedade significa sempre, como ensina FRANCO BRICOLA “*il rinvio del legislatore al caso concreto come unica fonte idonea ad esprimere quella significatività di valore che è più consona al raggiungimento delle finalità normative*”.

Não há aqui um poder arbitrário e o juiz não pode fixar a pena a seu capricho. E é o mesmo BRICOLA que assinala que “*il dovere di motivazione*” constitui “*la più efficace garanzia per un regolare esercizio del potere discrezionale*”, de tal modo que uma simples referência genérica aos critérios do art. 133 do Cód. italiano (correspondente ao art. 42 do Cód. brasileiro), terminaria por reduzir a discricionariedade a um *merum arbitrium*. A motivação é o diafragma que separa o poder discricionário do arbitrio¹⁶.

Evoluiu, nesse aspecto, o Direito Penal de forma notável, a partir da concepção mecanicista da atividade judicial, de que era exemplo o Código Penal francês, de 1791, com o sistema de tarifas, que significava a aplicação automática das únicas sanções previstas na lei. Por largo tempo desenvolveu-a a doutrina no sentido da individualização da pena, com vigoroso impulso da Escola Positiva, retomando, aliás, antigas lições. E, nas leis penais, com a cominação das penas com maior amplitude, surgiram as fórmulas gerais sobre a aplicação da pena, como a do art. 133 do Código Penal italiano, a que corresponde o art. 42 de nosso Código. Pela sua importância e significação, BETTIOL chama a estas últimas de “*polmone della legislazione penale*”.

Busca-se assim subtrair sempre mais a cominação da pena, como ensina FOSCHINI¹⁷ “*ad un insindacabile impulso emozionale*”, para que a consideração do fato concreto e da personalidade do agente, corrigindo a amplitude da cominação legal, impeçam que a pena imposta seja substancialmente injusta, embora dentro dos limites previstos em lei.

A liberdade do juiz na fixação da pena é, assim, aparente, pois êle não tem o direito, mas o *dever* de escolher a decisão que melhor se adapte ao caso¹⁸.

5. É unânime na doutrina o repúdio à simples referência genérica ao art. 42 do Código Penal, que os juízes geralmente fazem, ao fixar a pena. A fórmula geralmente usada (“atendendo ao disposto no art. 42...”) demonstra em regra a displicência dos magistrados e o desconhecimento de seus delicados deveres na aplicação da pena. A sentença em que a pena é fixada com tal fórmula é nula por ausência de motivação¹⁹.

Diz o nosso JOSÉ FREDERICO MARQUES²⁰: “Para que sua atuação possa ser apreciada e se tenha assim uma demonstração de como usou do *arbitrium* que a lei lhe outorgou na aplicação da pena, cumpre ao magistrado, em sua sentença, fundamentar e motivar a orientação que seguiu. Ao graduar a sanção penal tem o juiz de dar conta, na sentença condenatória, dos motivos que o levaram a fixá-la no *quantum* expresso na parte dispositiva do julgado, *sob pena de ser nulo o seu pronunciamento*”.

LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELO²¹ é de rara precisão ao afirmar: “A defesa e

16 FRANCO BRICOLA, *La discrezionalità nel Diritto Penale*, 1965, pág. 5, 7 e 143.

17 FOSCHINI, *Misura della pena*, no volume *Reati e pene*, 1960, pág. 186.

18 GÜNTER WARD, *Die richterliche Strafzumessung*, 1955, página 38. Na doutrina alemã, muitos reconhecem, no entanto, certa esfera de livre apreciação em que a atividade do juiz é dirigida essencialmente por sua sensibilidade jurídica e seu espírito de Justiça. É a *freie Raum*, de que fala KARL PETERS, *Strafprozess, ein Lehrbuch*, 1966, pág. 569, e, basicamente, a famosa *Spielraumtheorie*. Veja-se sobre o assunto o excelente tratado de HANS-JURGEN BURNS, *Strafzumessungsrecht*, 1967, págs. 567 e seguintes.

19 BELLAVISTA, ob. cit., pág. 36, pronunciando-se nesse sentido, alude a “*formulete pigre*”.

20 JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado*, vol. III, pág. 253.

21 LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELO, *Da Capitulação dos Crimes e da Fixação das Penas*, 1963, pág. 121.

a acusação têm o direito de saber por que caminhos e com que fundamentos de fato e de direito o juiz chegou à fixação da pena concreta ou definitiva. Esconder esses caminhos é cercear a defesa ou desarmar a acusação. É dificultar ou impossibilitar a fundamentação dos recursos das partes e o ataque lógico e jurídico às injustiças da sentença. *As sentenças penais devem ser de motivação transparente*, para incutirem no povo respeito e admiração pela justiça e confiança na retidão e segurança de seus juízes”.

ROMEY PIRES DE CAMPOS BARROS²² afirma, igualmente, a nulidade da sentença, *se o juiz desatende à necessidade de fundamentar as razões de escolha da pena ou sanção aplicada*, bem como a quantidade, ou seja, o tempo de duração.

O art. 132 do Cód. Penal italiano expressamente estabelece que o juiz deve aplicar a pena discricionariamente, nos limites, fixados pela lei, acrescentando: *“esso deve indicare i motivi che giustificano l’uso di tal potere discrezionale”*. A ausência ou a contraditoriedade da motivação conduzem à nulidade da sentença, o que ocorre também quando o juiz se serve de parâmetros diversos daqueles fixados pela lei para a escolha da pena. O *quantum* da pena não pode atender a critérios estranhos, sob pena de verificar-se *error in iudicando*²³.

O dever de motivar a medida da pena é expressamente consignado no art. 79, inciso 4 do Código grego. O projeto português de EDUARDO CORREIA, no art. 86 parágrafo único, igualmente dispõe: *“Na sentença devem ser expressamente referidos os fundamentos da medida da pena”*²⁴.

A expressa referência na lei evitaria a benevolência indevida de alguns tribunais.

São numerosas as decisões do Supremo Tribunal Federal concessivas de *habeas corpus* para anular sentenças que não fundamentam a fixação da pena, quando aplicada acima do mínimo legal. Podemos invocar as decisões proferidas nos h.c. 39.903 (D. J. 22-8-64, pág. 2699); 42.081 (D.J. 23-6-65, pág.1515) e 42.741 (Rev. Trim. Jurispr., 36/27). Nessa última decisão (Tribunal Pleno, unânime) afirmou o Min. VICTOR NUNES: *“Concedo a ordem para anular o acórdão impugnado, por falta de fundamentação da pena. A pena in abstracto é de um a cinco anos, e foi fixada em dois anos. Portanto, o Tribunal há de ter levado em conta circunstâncias que não mencionou e que deveria ter indicado, nos termos do art. 42 do C. Penal”*.

No mesmo sentido, o STF decidiu no h.c. 42.470 (Rev. Trim. Jurispr., 36/126), relator o eminente Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, anulando a sentença em caso de sedução, porque *“não diz porque a pena deve ser de dois anos e meio. Então o juiz passa a apreciar as provas e não dá os motivos pelos quais a pena é de dois anos e meio”*.

É antiga a jurisprudência no sentido da anulação da sentença que não justifica a graduação da pena²⁵.

O T.J. do antigo Distrito Federal, por sua 2.^a Câmara Criminal, de que então fazia parte mestre NELSON HUNGRIA, assentou, de forma lapidar: *“Consoante vários e reiterados julgados das egrégias Câmaras dêste Tribunal, não basta que o juiz, entendendo provados o crime e a responsabilidade dos acusados, a êstes aplique, arbitrariamente, certas doses de pena, entre os limites estatuídos nos dispositivos do Cód. Penal em que ditos acusados hajam incorrido; é de mister que o julgador deixe dito como e por que chegou à fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença.*

22 ROMEY PIRES DE CAMPOS BARROS, *Lineamentos do Direito Processual Penal Brasileiro*, 1967, vol. II, pág. 582.

23 Cf. BRÍCOLA, ob. cit., págs. 105, 108 e 144.

24 O art. 48 do anteprojeto HUNGRIA, em sua redação definitiva, deveria incluir disposição semelhante.

25 Cf. Arq. Jud., 63/440; 63/360; 64/211; 65/327; 65/254. Veja-se também HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 22.

Não tendo ele arbítrio absoluto na escolha da pena, quando a lei estabelece duas alternadamente, não o tem, ainda, relativamente à fixação do *quantum* de uma ou de ambas, *cumprindo-lhe ao contrário deixar clara e discriminadamente expressos quais os motivos que o levaram ao resultado final nela consignado*, pois isto é o que constitui a individualização da pena, com o emprêgo dos meios e critérios indicados nos artigos 42, 43 a 48 e 50 do Cód. Penal” (*Arq. Jud.*, 73/444).

O eminente Min. OROSIMBO NONATO, no julgamento do h.c. 28.427, afirmou: “A graduação da pena, no antigo regime, fazia-se mediante critério predeterminado; no atual sistema o mesmo não ocorre. Mas dentro da liberdade do juiz, deve ele denunciar os motivos da graduação da pena, *sem o que não há sentença*; há, apenas, a parte dispositiva da sentença, sem a fundamentação, no caso indispensável, pois a parte dispositiva há de guardar com ela estreita ligação...*Se o juiz não mostrou as razões por que graduou a pena, é nula a sentença, ao que me parece*”²⁶.

Caso mais recente tivemos no h.c. 44.207, julgado pela 1.^a Turma do STF, relator o ilustre Min. DJAGI FALCÃO.

Fôra o paciente condenado por sentença cuja motivação era a seguinte: “Isso pôsto: a revelia deixou a acusação sem contestação. Julgo procedente a denúncia e condeno o réu como incurso no dispositivo já mencionado, às penas de dois anos de reclusão e multa de 500 cruzeiros”. Tratava-se de apropriação indébita qualificada (art. 168, parágrafo único, III, do Código Penal).

A pena cominada para o fato descrito na denúncia era de 1 a 4 anos de reclusão, aumentada de um terço. O mínimo seria, para a forma qualificada, um ano e quatro meses.

Contra o voto do ilustre Des. CRISTOVAM BREINER, a 3.^a Câmara Criminal do T.J. da Guanabara havia denegado o h.c., entendendo que “a sentença de maneira muito resumida, mas expressa e clara, deu a razão de decidir”. O Des. BREINER, concedendo a ordem, salientou ser “flagrante a insuficiência, pelo menos, da motivação. Acusado, devia ver as razões da procedência da acusação e não condenado por um motivo negativo, qual o de se não ter apresentado para defender-se”.

O STF deu provimento unânime ao recurso interposto. Em seu voto, afirmou o eminente relator: “Não há no caso uma sentença com fundamentação lacônica, ou deficiente, mas uma decisão que se ressentia de motivação. Há falta absoluta de motivação, requisito substancial à sua validade (inc. III, do art. 381 Cód. Proc. Penal). Por outro lado, nem de modo sucinto, o juiz indicou as circunstâncias em que se baseou para fixar a pena. Pôsto à margem foi o mandamento da individualização (art. 42 Cód. Penal). Nula é a sentença, pela absoluta falta de fundamentação inclusive no fixar a pena (artigo 564, inc. IV Cód. Proc. Penal)”²⁷.

A correção do julgado é evidente. Estávamos diante de autêntica sentença suicida.

O TFR não discrepa de tal orientação constante, como se pode ver pela decisão proferida no h.c. 1281, relator o eminente Min. ANTONIO NEDER. Em tal julgado, o tribunal anulou a sentença, entre outros motivos, porque não fundamentou a aplicação da pena. Em seu voto, afirmou o ilustre relator: “Na sentença o juiz deve considerar concretamente cada um dos elementos referidos nos arts. 42 e 43 do Cód. Penal, e apreciar cada um deles para o efeito de fixar a pena-base. É princípio êsse que constitui conquista do Direito Penal moderno. Todos sabemos que a pena deve ser individualizada, isto é, fixada de maneira objetiva, concreta, e não abstrata, como se

²⁶ *Arq. Jud.*, 69/308.

²⁷ *Rev. Trim. Jurispr.*, 43/305.

fazia ao tempo dos clássicos. As indicações para fixar a quantidade justa, proporcional, estão no art. 42 do Cód. Penal. *A sentença deve ser fundamentada, inclusive no tocante à fixação individualizadora da pena.* No caso, o M.M. Dr. Juiz não atendeu ao que expressa o art. 387, II, do Cód. Proc. Penal, e fixou a quantidade da pena segundo um critério subjetivo, sem considerar, como lhe cumpria, os antecedentes e a personalidade do acusado, a intensidade do dolo, os motivos e conseqüências do crime”²⁸.

7. A nulidade da sentença por falta de fixação da pena-base, quando ocorrem causas de aumento de pena, é uma das orientações mais constantes de nossos tribunais²⁹.

Nem sempre é, no entanto, muito claro o que se deve entender por *pena-base*, que se afirma ser indispensável fixar quando a pena deve ser acrescida de *quantum* determinado.

No h.c. 43.693, da 1.^a Turma, consta do voto do eminente relator, o Min. EVANDRO LINS E SILVA, o entendimento prevalente: “Só há necessidade de uma expressa referência à pena-base quando essa há de sofrer acréscimo ou diminuição pela interferência de atenuantes ou agravantes legais. Quando não haja, como no caso, agravantes ou atenuantes obrigatórias a considerar, não há que falar em pena-base, pois esta é a que deveria resultar do complexo das chamadas circunstâncias judiciais arroladas no art. 42 e se identificaria assim com a pena fixada”³⁰.

Todavia, no h. c. 43.857, da mesma turma, funcionando o mesmo ilustre relator, seguiu-se entendimento diverso. No caso, o juiz deixara de fixar a pena-base, tratando-se de lesão corporal grave, ocorrendo a agravante do art. 44, II, *f*. Considerou o juiz tôdas as circunstâncias judiciais e os demais elementos do art. 42 e, ainda, a agravante legal, chamando de pena-base o *quantum* que então determinou. Nessa decisão, entendeu a Turma que a pena-base deve ser fixada compreendendo já as circunstâncias *legais*, de tal forma que só restariam a considerar as causas especiais de aumento ou diminuição, previstas na Parte Geral ou na Parte Especial³¹.

Parece-nos que a primeira orientação é que é a correta. O que se pretende é levar o juiz à exata motivação do *quantum* da pena aplicada, reconhecendo nisso um elemento de garantia para o condenado. O juiz deve demonstrar como chegou à pena finalmente imposta. Ora, se existem elementos de agravação ou atenuação *obrigatórios*, que são as circunstâncias legais, não há duvida de que tais elementos devem incidir sobre a pena que o juiz aplicaria à sua falta. Essa é a chamada pena-base.

A verdadeira dosimetria constante da Parte Especial de nosso Código, com as numerosas causas de aumento de pena, em quantidade ora fixa ora determinada entre certos limites, constitui critério anacrônico, que deve ser abandonado em favor de disposições regulativas gerais, que orientem o juiz na fixação da pena justa. A preocupação constante da doutrina moderna com a aplicação da pena em vista da recuperação social do delinqüente, por outro lado, compromete o verdadeiro sistema de tabelas que nossa legislação ainda apresenta em muitos delitos.

8. Do que ficou exposto se verifica que a fixação da pena é questão de legalidade e se compreende porque o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, tenha reduzido, através de *habeas corpus*, a pena ilegalmente imposta. No h.c. 38.862, relator o Min. PEDRO CHAVES, afirmou o E. Tribunal que “quando a errônea graduação da pena

28 TFR Jurispr., 9/81.

29 Cf. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, números 18 a 20.

30 Rev. Trim. Jurispr., 40/32:4. (131) Rev. Trim. Jurispr., 40/324.

31 Rev. Trim. Jurispr., 40/329.

decorre de evidente má aplicação da lei, a matéria é de direito e pode ser conhecida em processo de *habeas corpus*" (D.J., 11-6-64)³².

9. Lamentável é que os processos geralmente pouco esclareçam sobre a personalidade do acusado. O relatório sobre a vida pregressa, elaborado pela autoridade policial ou é peça absolutamente inútil ou de duvidosa veracidade. Os atestados que a defesa costuma trazer aos autos são prova unilateral e geralmente comprometida.

Daí a preocupação com o exame da personalidade do acusado, introduzido no art. 81 do Código de Processo Penal francês, tendente a proporcionar ao julgador elementos mais seguros para a fixação da pena. No direito inglês e no direito federal americano, o processo em duas fases introduz um hiato entre a condenação e a fixação da pena, precisamente para permitir que, após a condenação, venham ao juiz os elementos de informação sobre a pessoa do acusado de modo a permitir a aplicação da pena mais adequada³³.

Como é óbvio, a informação mais ou menos precisa de que o magistrado disponha não afeta os aspectos de garantia e legalidade que a motivação impõe, como elemento inseparável do exercício da atividade jurisdicional.

**Publicado originalmente na Revista nº 8 mai./ago. 1969, p. 53.*

32 Veja-se o h.c. 43.613, relator o ilustre Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA (*Rev. Trim. Jurispr.*, 39/529), em que se reduziu a pena ao mínimo. Podemos também invocar a decisão proferida no h. c. 43.801, relator Min. ALIOMAR BALEIRO, em que se reduziu a pena ao mínimo, num caso de estelionato (*Rev. Trim. Jurispr.*, 42/26), bem como a decisão no h. c. 43.834, relator Min. ADALÍCIO NOGUEIRA, proferida num caso de desacato, em que a pena de prisão foi convertida em multa (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/615). Cf. também HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 334.

33 Sobre o exame da personalidade do acusado no processo penal, cf. *Premier Cours International de Criminologie*, Paris, 15 de setembro a 24 de outubro de 1952, *L'examen médico-psychologique et social des délinquants*. VIII Journées de Défense Sociale, Paris, 16-17 de junho de 1960, *Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1960, págs; 595 e segs. (veja-se a nota do saudoso HERZOG sobre o tema, à pág. 702 do mesmo volume); ALÍPIO SILVEIRA, *O exame biopsico-social na Justiça Penal*, *Revista Bras. Crim. Dir. Penal*, n.º 11, pág. 119.

DA REVISÃO CRIMINAL

Sugestões para a reforma do Anteprojeto de Código de Processo Penal (arts. 576/590)

JACYR VILLAR DE OLIVEIRA*

1. LIGEIRO HISTÓRICO.

Tem sido uma constante em nosso direito a revisão criminal somente para sentenças condenatórias, como benefício "PRO-REO".

Assim, no Império, em que havia o RECURSO DE REVISTA, semelhante à revisão, e, após sua instituição pelo art. 9.º, III do dec. 848, de 11 de outubro de 1890, do Governo Provisório, figurou ela, com esta finalidade, nas Constituições Federais de 1891 (art. 81); de 1934 (art. 76, III) e de 1946 (arts. 101, IV e 104, III).

A Carta de 1937 não cogitou do instituto, daí vir ele a ser regido pelo Código de Processo Penal, de 1941, artigos 621 a 631, ocasião em que passou a ser julgado, também, pelos Tribunais de Justiça, já que, até então, só o S.T.F. o fazia (C.P. Penal, artigo 624, I e II).

Para o desenvolvimento deste estudo é importante assinalar a alteração profunda havida nos textos das Constituições Federais de 1946 e de 1967, com a Emenda n.º 1 de 1969.

A Carta de 1946 estava assim redigida:

"Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

.....
IV - rever, EM BENEFÍCIO DOS CONDENADOS, as suas decisões criminais em processos findos."

"Art. 104 - Compete ao Tribunal Federal de Recursos:

.....
III - rever, em BENEFÍCIO DOS CONDENADOS, as suas decisões criminais em processos findos."

Já a Lei Magna vigente tem os seguintes textos:

"Art. 119 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente:

.....
M) as REVISÕES CRIMINAIS e as ações rescisórias de seus julgados."

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro.

“Art. 122 – Compete aos Tribunais Federais de Recursos:
I - processar e julgar originariamente:
a) as REVISÕES CRIMINAIS e as ações rescisórias de seus julgados.”

Nota-se, claramente, que a atual redação nada refere a BENEFÍCIO DOS CONDENADOS, deixando, dessarte, a questão, para a legislação ordinária.

Daí a razão por que se suscita o problema, neste estudo, da modificação da política criminal a respeito da revisão das sentenças transitadas em julgado nos processos criminais, exatamente quando o Governo Federal apresenta, para receber sugestões, o texto do anteprojeto de Código de Processo Penal.

A hora, portanto, é de mudança.

Sobretudo porque já não existe o impedimento de ordem constitucional, como havia quando da vigência da Carta Política de 1946.

E numa oportunidade em que o ilustre autor do anteprojeto dá tanta ênfase à atuação do Ministério Público, que fica autorizado a ouvir o indiciado e testemunhas e a ordenar sua condução coercitiva (art. 95), ou a interpor recurso nos casos do art. 605 (art. 99, §2.º, “b”), quando o Conselho do Ministério Público pode recorrer se o Promotor ou o ofendido não apelarem (art. 605) ou quando condiciona o trânsito em julgado da sentença absolutória ou que extingue a punibilidade à vista ao Conselho do Ministério Público (art. 601).

2. ASPECTOS DO CONCEITO E DO OBJETO. A LEGITIMAÇÃO “AD CAUSAM” DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

O ponto fundamental do conceito de revisão criminal é o trânsito em julgado da sentença definitiva.

Se é da sentença condenatória ou absolutória é questão de escolha do legislador.

Seu objeto é a reparação do ERRO JUDICIÁRIO e da INJUSTIÇA decorrente, ainda que se trate de condenado perigoso.

Não é de focalizar-se o lado moral da personalidade do réu, mas o erro quanto ao fato.

Por isso é que nos colocamos na corrente dos que defendem a revisão criminal também para SENTENÇAS ABSOLUTÓRIAS, quando conseqüentes de erro judiciário.

O escopo da lei penal é a realização da JUSTIÇA, pela punição do culpado e absolvição do inocente, mas, da mesma forma pela qual, POR ERRO, não se deve punir o inocente, não se deve, também, deixar o culpado impune.

É melhor que motivos lógicos prevaleçam, no caso, do que razões meramente sentimentais.

Esta é a razão pela qual o Ministério Público deve poder requerer revisão criminal, visando a *condenação* de réus absolvidos em virtude de erro.

Também desprestigia a Justiça a absolvição do culpado. É motivo de descrença nela, pelo povo.

Se é certo que o erro judiciário conseqüente da condenação do inocente possui grau incomensuravelmente maior, não é menos correto que a absolvição do culpado fere a consciência moral e jurídica das pessoas.

Que dizer da absolvição baseada em “DEPOIMENTOS, EXAMES OU DOCUMENTOS COMPROVADAMENTE FALSOS” ou quando o juiz é IMPEDIDO por parentesco próximo ou SUSPEITO em virtude de suborno, peita, ou, ainda, ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE?

Há de prevalecer a absolvição do réu, enquanto não prescrito o direito de punir, por influência de razões sentimentais, em detrimento de razões *pro-societate*?

Houve época, no Brasil, em que se pretendeu instituir a revisão *pro-societate*. Isso ocorreu na reforma de 1926 quando se suprimiu o art. 59, III da Constituição de 1891, que tratava da competência do S.T.F. para rever os processos findos nos termos do art. 81 (revisão criminal); todavia foi alterado só o art. 59, permanecendo a redação do art. 81, que previa, apenas, a revisão *pro-reo*, deixando de ser adotada, neste ensejo, a *pro-societate* (Eduardo Espínola Filho, *in* C.P. Penal Brasileiro Anotado, 1961, vol. 6/363).

3. O DIREITO COMPARADO.

O Brasil deveria, neste assunto, adotar as duas revisões (*pro-reo* e *pro-societate*), com o que estaria ao lado das mais modernas legislações.

O Código de Processo Penal de Portugal as admite:

“ Art. 673
§ 3.º - Se resultar de uma sentença com trânsito em julgado em que a DECISÃO ABSOLUTÓRIA ou condenatória foi proferida por peita, suborno, corrupção ou prevaricação dos juízes ou jurados”.

“ Art. 675 - A revisão da sentença será sempre requerida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, quando para isso houver fundamento, e também o poderá ser pelo réu condenado e, quando este tiver falecido, pelos seus ascendentes, descendentes, cônjuge, irmãos ou herdeiros. A PARTE ACUSADORA SÓ PODERÁ REQUERER A REVISÃO DAS DECISÕES ABSOLUTÓRIAS.”

O Código de Instrução Criminal, da França, também permite a legitimação *ad causam* ativa pelo Procurador Geral, sob ordem do “Garde des Sceaux” (Ministro da Justiça), nos três primeiros casos do art. 443 e, no quarto caso, é de atribuição exclusiva do referido órgão.

Os quatro casos são os seguintes:

1.º - “Lorsque, après une condamnation pour homicide, des pièces sont représentées, propres à faire naître de suffisants indices sur l’existence de la prétendue victime de l’homicide”;

2.º - “Lorsque, après une condamnation pour crime ou délit, un nouvel arrêt ou jugement a condamné pour le même fait un autre accusé ou prévenu et que, les deux condamnations ne pouvant se concilier, leur contradiction est la preuve de l’innocence de l’un ou l’autre condamné”;

3.º - “Lorsqu’un des témoins entendus a été, postérieurement à la condamnation, poursuivi et condamné pour faux témoignage contre l’accusé ou le prévenu (le témoin ainsi condamné ne pourra pas être entendu dans les nouveaux débats);”

4.º - “Lorsque, après une condamnation, un fait vient à se produire ou à se révéler ou lorsque des pièces inconnues lors des débats sont représentées, de nature à établir l’innocence du condamné.” (Francisque Goyet, *in* Le Ministère Public, Sirey, 1953 - págs. 484/485).

Seguem, também, a corrente da dualidade de revisões (para sentenças condenatórias e absolutórias) as legislações dos seguintes países: Áustria, Alemanha, Hungria, Noruega e Argentina.

NICETO ALCALA-ZAMORA Y CASTILHO Y RICARDO LEVENE, HIJO, ensinam que “la revisión en contra” não representa nenhuma novidade legislativa, citando, como exemplo o § 362 (texto de 1924) do Regulamento processual penal alemão e que “no deben sentirse escrúpulos en introducir la revisión en contra, siempre que no haya mediado prescripción y que se organice sobre sólidas bases”. (*in* Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, tomo III - páginas 318/319).

4. A REVISÃO CRIMINAL E O REGIMENTO INTERNO DO S.T.F.

O art. 145 do antigo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dava legitimação ao Procurador Geral da República para requerer revisão criminal.

Embora as opiniões de JOSÉ FREDERICO MARQUES e de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO contrárias à legalidade de tal dispositivo, que não podia sobrepor-se à Constituição Federal e à lei ordinária, o certo é que o ATUAL Regimento da Corte Suprema, em vigor a partir de 15-10-1970, reafirmou o princípio, no seu art. 247:

“Podem pedir a revisão o PROCURADOR-GERAL e o próprio condenado...”

Com isso o S.T.F. demonstra não aceitar tal orientação e fez questão de manter a permissão para o órgão do M. P. propor tal ação, se mais não fosse, pelo menos para servir de advertência a fim de que o legislador prestasse atenção ao problema.

Do contrário, não haveria sentido na sustentação do dispositivo em seu Regimento Interno, que é RECENTE e POSTERIOR ao Código de Processo Penal (1941) e à Emenda Constitucional número 1, de outubro de 1969.

5. A REVISÃO CRIMINAL E O CÓDIGO DO M.P. DA GUANABARA.

O Código do M.P. da Guanabara, lei 3.434, de 1958, ainda em vigor, prevê, no art. 16, VII, atribuição para o Procurador-Geral requerer Revisão Criminal, o mesmo acontecendo no art. 21, III, “e”, em relação aos Procuradores de Justiça.

Tais dispositivos, a exemplo do que ocorre com o do Regimento Interno do S.T.F. são apontados como ilegais, pelas razões acima referidas.

6. LEGITIMAÇÃO “AD CAUSAM” DE QUALQUER DO POVO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER ABSOLVIÇÃO.

“Qualquer do povo” para o § 1.º do art. 81 da Constituição de 1891; “qualquer pessoa” para o art. 76, III da Constituição de 1934 e “qualquer pessoa do povo” para o art. 145 do antigo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, tal legitimação foi excluída no Código de Processo Penal vigente, bem como no anteprojeto do novo Código, ora em exame.

Mas tal restrição deve ser suprimida, concedendo-se o direito de ação a qualquer pessoa, em caso de o condenado se achar foragido, ausente ou houver falecido, desde que o terceiro demonstre *interesse jurídico*.

Seja, por exemplo, o credor do condenado, que teve o único bem patrimonial submetido a seqüestro, no juízo criminal. Inegável o seu interesse econômico na liberação do bem garantidor do seu crédito.

Da mesma forma o empregado fiel, o patrão reconhecido, o pai de criação em relação ao filho e vice-versa, o afilhado, o padrinho e também o amigo leal têm, sem sombra de dúvida, interesse moral na absolvição do condenado. Veja-se, a propósito, o que ocorre com a legislação da França, que permite a propositura da medida a quem recebeu tal missão da parte do condenado (art. 444 do Código de Instrução Criminal).

E para *absolver*, deveria o próprio órgão do M.P. poder acionar, em revisão, quando o condenado não possuir nenhum dos parentes normalmente legitimados para fazê-lo (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão - art. 577 do anteprojeto).

Não pode o M.P. pedir a absolvição do réu, no curso da ação, bem como impetrar *habeas-corpus* a seu favor?

A condição seria, portanto, para *terceiros*, a demonstração de *interesse econômico ou moral* e, para o órgão do M.P., a *inexistência de parente legalmente legitimado*.

7. AMPLIAÇÃO DOS CASOS DE REVISÃO: art. 576.

Há, pelo menos, dois casos que deveriam constar do elenco do art. 576 do anteprojeto:

- a) - quando tiver havido impedimento, suspeição ou incompetência absoluta do juiz que sentenciou;
- b) - quando tiver havido inobservância de formalidade essencial.

Aliás, não se compreende como tais nulidades não figurem expressamente na lista do art. 576, quando é certo que no art. 585 estão elas implicitamente previstas, pois, julgando procedente a revisão, o Tribunal poderá ANULAR o processo.

O número II do art. 576 refere, apenas, violação de TEXTO EXPRESSO DA LEI PENAL, deixando de incluir, como é próprio e no lugar adequado, a matéria, de ordem processual, que pode dar ensejo à ANULAÇÃO DO PROCESSO, regulada, de modo embutido, no art. 585.

Melhor regulamentação a respeito apresenta o novo Código de Processo Civil, vigente desde janeiro de 1974, no seu artigo 485, I e II, quando trata da AÇÃO RESCISÓRIA, que é, para o cível, o que a REVISÃO CRIMINAL é para o crime.

Com melhor apresentação que o anteprojeto em tela está o art. 245, II e III, letra “A” do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A mesma redação lacunosa possui o art. 621 do vigente Código de Processo Penal.

Em matéria de nulidade processual (art. 222 do anteprojeto) as não sanadas nos termos do art. 223, são passíveis de reparação por *habeas-corpus*, segundo o art. 233.

Todavia, isso não é suficiente e não deve impedir o uso da ação de Revisão Criminal, cuja via é mais ampla, com a possibilidade de realização de prova e sua discussão, matéria sempre restrita no âmbito do *habeas-corpus*.

Já a Primeira Conferência de Desembargadores, em 1945, admitiu a revisão por nulidade do processo, em deliberação unânime (38 votos) e que constituiu a conclusão XXIX, letra “b”.

8. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE PENA MAIS GRAVE OU MAIOR.

Aceita a legitimação *ad causam* ativa do M.P., nestes casos de nulidade processual, possível será a aplicação de pena mais grave ou maior do que a imposta na sentença rescindida, em havendo renovação do processo.

Acabaria, assim, a polêmica atualmente existente, com a divisão dos juristas e com reflexos na jurisprudência, segundo a qual para uns não é possível agravar a situação do réu, o que é aceito por outros.

9. MORTE DO CONDENADO: NOMEAÇÃO DE CURADOR PARA PROSEGUIR NA AÇÃO.

OMISSO é o anteprojeto quando o condenado, que iniciou a ação, morre, no curso do processo, omissão que não existe no vigente Código (art. 631), que determina a nomeação de um curador, o qual funcionará como substituto processual.

A fim de dar prosseguimento na revisão o art. 247 parágrafo único do Regimento Interno do S.T.F. prevê, também, a nomeação de um curador quando o cônjuge do condenado, seu ascendente, descendente ou irmão não se habilitarem, no prazo legal.

Entendemos necessário reparar tal omissão do anteprojeto, com a designação de um curador para continuar na ação iniciada pelo próprio condenado.

10. CONCLUSÕES.

Primeira: - Deve haver revisão criminal de sentença definitiva, transitada em julgado, seja condenatória ou absolutória.

Segunda: - O Ministério Público deve ter legitimidade *ad causam* para requerê-la.

Terceira: - Terceiros, com interesse econômico ou moral, devem ter legitimidade *ad causam* para requerê-la.

Quarta: - O impedimento, a suspeição e a incompetência absoluta do juiz, assim como nulidades processuais absolutas devem fazer parte do elenco dos casos previstos no art. 576.

Quinta: - Em decorrência, haverá possibilidade de aplicação de pena mais grave ou maior, no novo processo.

Sexta: - Necessidade de nomeação de curador para prosseguir na ação, em caso de falecimento do condenado.

11. OBRAS CONSULTADAS.

«Elementos de Direito Processual Penal», José Frederico Marques, Forense, 1965, vol. 4.

«Código de Processo Penal Brasileiro Anotado», Eduardo Espínola Filho, Borsoi, 1961, vol. 6.

«Le Ministère Public», Francisque Goyet, Sirey, 1953.

«Derecho Procesal Penal», Niceto Alcalá-Zamora Y Castilho Y Ricardo Levene, Hijo, Buenos Aires, tomo III.

**Publicado originalmente na Revista nº 20 jul./dez. 1974, p. 68.*

Universalmente indiscutível que só após o aparecimento do instituto da coisa julgada surgiu o da revisão criminal, que tem aquele instituto como seu pressuposto e alvo de ataque, o mesmo não ocorre respeito a um critério norteador para a casuística da revisão, ainda bastante controvertido.

Segundo alguns juristas¹, o direito de todo o condenado de proclamar sua inocência perante a Justiça, ainda quando transitada em julgado a sentença que lhe impôs uma pena, seria a razão de ser da revisão e, portanto, da sua casuística.

A legislação de diversos países² é norteada por esse entendimento, só permitindo a revisão a favor do condenado, e não nos casos de absolvição, após o trânsito em julgado da sentença.

Asseveram outros³ que o triunfo da verdade real ou efetiva seria o fim principal da revisão, resultando dessa opinião que os códigos de muitos países⁴ admitem, ao lado da revisão a favor do inocente condenado, a chamada revisão *pro societate*, ou seja, aquela que visa à condenação do réu já absolvido, em virtude de erro, por sentença transitada em julgado.

Há, também, os que concebem a ruptura ou a quebra da coisa julgada, pela revisão, como um *virus vacínico* ou um contraveneno ministrado no interesse da própria subsistência do instituto da coisa julgada, – de inegável necessidade social, – pois restaria êle inteiramente desacreditado, quando impossível a correção de clamorosos erros judiciários que, com a imutabilidade das sentenças transitadas em julgado, se pretendesse justificar aos olhos do povo⁵.

* Ministro do Superior Tribunal Militar (STM).

** A teoria resumida neste artigo foi divulgada recentemente na França, pela revista “Recueil de Droit Pénal (Paris, janvier-mars, 1968)” na Argentina, na Revista “Jurisprudência Argentina”, tomo II, 1968, pág. 777; e no Chile, na “Revista de Ciencias Penales”, tomo XXV, n. 3, 1966.

1 ORTOLAN, *Éléments de Droit Penal*, tomo II, Paris, 1886, n.º 2.379, p. 624; FAZY, *De la Revision en Matière Pénale*, Genève, 1899, p. 240; LUCCHINI, *Elementi di Procedura Penale*, Firenze, 1899, n.º 97, p. 114/5; SOTGIU, *La Revisione dei Giudicati Penali*, Roma, 1948, p. 23.

2 Códigos de Processo Penal francês (31-12-1957, art. 622); italiano (19-10-1930, art. 554); espanhol (14-9-1882, art. 954); japonês (1948, art. 435); brasileiro (3-10-1941, art. 621); argentino (17-10-1888, art. 551) e da Província de Buenos Aires (15-1-1915, art. 311); colombiano (13-6-1938, art. 571); chileno (12-6-1906, art. 705); venezuelano (13-7-1926, art. 56); lei uruguaia de 5-4-1900 (art. 29) e peruano (art. 361).

3 GEYER, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafprocessrechts*, Leipzig, Fues's Verlag, R. Reisland, 1880, p. 837; KERN, *Strafverfahrensrecht*, sechste Auflage, Münche und Berlin, 1960, p. 217; FLORIAN, *Principi di Diritto Processuale Penale*, Torino, 1932 - X, p. 503/4; FROSALI, *Sistema Penale Italiano*, vol. IV, Utet, 1958, n.º 193, p. 451; e ALVARO VILLELA, *A Revisão no Processo Criminal*, Coimbra, 1807, p. 57 e 174.

4 Códigos de Processo Penal das Alemanhas Ocidental (1-2-1877, atualizado em 1-5-1960, § 362) e Oriental (2-10-1952, § 317); austríaco (20-4-1960, § 355); norueguês (1-7-1887, § 415); sueco (18-7-1942, cap. 58, § 3.º); português (12-2-1929, art. 673, ns. 2 e 3); soviético (27-10-1960, arts. 373 e 380); húngaro (13-5-1962); iugoslavo (pôsto em vigor em 1-1-1954, § 379); tcheco-eslovaco (novembro de 1961); turco (4-4-1929, art. 330); e Lei Federal de Processo Penal Suíça de 15-6-1934, art. 229 (Nidwald, Valais, Vaud e Genève são os únicos cantões cuja legislação não admite a revisão *pro societate*). A Constituição do Brasil de 1967, quebrando uma tradição das anteriores, não proíbe, expressamente, a revisão contra o réu.

5 ALIMENA, *La Revisione, in Studi di Procedura Penale*, Torino, 1906, p. 528; AUGENTI, *Lineamenti del Processo di*

Essa concepção é a determinante, na maioria dos países, da só permissão da revisão com o aparecimento de “novas provas” ou “fatos novos”, após o trânsito em julgado da sentença⁶.

Uma minoria sustenta, finalmente, que a revisão só faz por desprestigiar o Judiciário, órgão do Estado gerador da própria coisa julgada, a que ela ataca, levando-o a contradizer-se.

Nos países em que, por esse motivo, ainda não foi adotada a revisão, como, *in exemplis*, na Inglaterra⁷, nos Estados Unidos (alguns Estados)⁸, México⁹ e Paraguai¹⁰, o instituto da graça é o remédio apropriado para reparar as conseqüências dos erros do Judiciário, justificados mercê da coisa julgada, que permanece, assim, intangível, atendendo à conveniência social de haver uma certeza na solução dos litígios, que necessitam ter um fim, não podendo prolongar-se indefinidamente, senão em prejuízo da paz e da ordem.

O receio do desprestígio do Judiciário, pela revisão, chegou ao extremo de levar o jurista italiano JANNITTI PIROMALLO¹¹ a sustentar que a revisão não visaria a reparar uma injustiça ou a eliminar um erro do juiz, – casos em que o instituto da graça seria o adequado socorro, – mas à demonstração da inexistência de uma decisão com força de coisa julgada nos moldes desejados pela lei, que exigiria, para a configuração da coisa julgada um pressuposto objetivo, consistente numa “verdadeira e exata base de fato”.

Um exemplo esclarecerá melhor a teoria exposta: – Alguém é acusado de ter matado outrem, cujo corpo teria feito desaparecer, sendo, por esse fato, condenado. Alguns anos depois aparece viva a pretensa vítima. O condenado requer a revisão e, através dela, é absolvido.

De acôrdo com PIROMALLO, a anterior decisão condenatória nunca teria passado em julgado, pois assentava numa falsa e inexata base de fato, qual a morte de alguém que se encontrava vivo. A revisão, na hipótese, só teria feito por demonstrar a inexistência de uma decisão com força de coisa julgada, nos moldes desejados pela lei.

Em tese que denominamos “Revisão – Aspectos” (Rio, 1964) e defendemos perante a Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (ex-Faculdade Nacional de Direito), obtendo o título de livre docente, procuramos demonstrar que as teorias acima resumidas não resistem a um seguro e bem meditado estudo histórico e de direito comparado sôbre a revisão, o qual nos conduziu a uma nova concepção sôbre tão magno e controvertido assunto.

Expô-la resumidamente, para a crítica ou o plácito dos doutos, com o só propósito científico de contribuir para o aperfeiçoamento e a divulgação do instituto da revisão, notadamente de suas virtudes, a fim de ser adotada nos países onde ainda não logrou ingresso, – é o fim exclusivo do presente estudo.

Revisione, Padova, 1949, p. 2/3 e 7; e MAUNOIR, *La Revision Pénale en Droit Suisse et Genevois*, Genève, 1950, p. 34.

6 Dos Códigos de Processo Penal citados nas notas anteriores, sômente os do Brasil (art. 621, n.º I), Suécia (cap. 58, § 2.º, n.º 4) e U.R.S.S. (arts. 342 e 379, combinados) permitem a revisão sem “novas provas” ou “fatos novos.”

7 DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de Droit Criminel et de Législation Pénale Comparée*, 3.ª edition, Paris, 1947, p. 871, nota 2.

8 Um grande número de Estados dos U.S.A. ainda desconhece a revisão. Outros adotam um instituto semelhante a ela: – o *Writ of error coram nobis*. Parece, entretanto, que o receio da revisão *pro societate*, não totalmente impedida pela Emenda V da Constituição dos U.S.A., tem influído, também, para a sua não adoção ali.

9 *Códigos de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales* (29-8-1931, arts. 611-618) *y de la Federación* (30-8-1934, arts. 557-568). Os arts. citados se referem ao indulto.

10 O *Código de Procedimientos Penales* (15-11-1890) não menciona a revisão.

11 *La Revisione dei Giudicati Penali*, Roma, 1947, p. 17/20.

Na forma das mais antigas leis chegadas até nós, encerrada uma questão criminal por decisão transitada em julgado, só os reis podiam corrigi-la quando injusta, punindo, por vèzes, os juizes prolatores dela ¹².

Era o direito dos reis de agraciar, a divina prerrogativa dos soberanos, reparando, antes do aparecimento da revisão, os efeitos dos erros judiciários.

Verificando, entretanto, o Príncipe, com o correr do tempo, que a maioria dos ditos erros defluía, não da vontade ou da deficiência dos juizes, mas da precariedade das provas e falsidade destas, resolveu, nesses casos, repartir com elles o seu então exclusivo e elevado mister de poder rever e corrigir as decisões já transitadas em julgado, prestigiando, assim, a magistratura, ao invés de castigá-la.

Surgiu, assim, a revisão como um instituto não em menosprêzo, mas dignificante dos juizes, pela outorga que lhes fêz o Príncipe do poder de emendar os próprios erros, subtraindo estes ao âmbito estranho e instável do corretivo da graça, que ARTURO ROCCO ¹³ denominou, belamente, a mais rutilante pedra preciosa da coroa real, a qual, a nosso ver, a revisão só fêz por empalidecer.

Em Roma, as determinações dos imperadores aos juizes para que revissem e corrigissem elles próprios as sentenças inapeláveis ou já proferidas em grau de apelação, quando baseadas em confissões, testemunhas e acusações falsas (27 D. 48, 18; 33 D. 42, 1; e 17 D. 4, 4), são a prova do asseverado, bem como a invariável repetição dessa casuística nas ordenações antigas¹⁴ e leis modernas que se seguiram, adotando a revisão.

Quando, por ocasião da Revolução Francesa, a crença na infalibilidade da justiça popular (tribunais do júri) suprimiu, na França, a revisão, pelo Decreto de 19 de agosto de 1792 da Assembléa Constituinte, só foi ela restabelecida pelo Decreto de 15 de maio posterior, a fim de prestigiar os juizes, então Jurados.

É que dois júris diferentes, através de decisões contraditórias, haviam condenado dois acusados, como autores de um mesmo crime, e, como êsse fato compromettesse o acêrto dos *verdicta* dos jurados, foi novamente admitida, na França, a revisão ¹⁵, mas sòmente, segundo o art. 1.º do Decreto de 15-5-1793: “Quando um acusado tenha sido condenado por um delito e outro acusado também tenha sido condenado como autor do mesmo delito, de sorte que as duas condenações não se possam conciliar e sejam a prova da inocência de uma ou outra parte.” ¹⁶.

Eis já aí, históricamente, tanto o aparecimento, como a supressão e o restabelecimento da revisão, em épocas diversas, visando à valorização da magistratura e não a outro fim.

Como bem observou VICENZO MANZINI, insigne professor da Universidade de Roma, ao focalizar, no direito positivo italiano, o caso de revisão por “inconciliabilidade de julgados” (art. 554, n.º I, do Cód. de Proc. Penal): – “O fim da lei não é tanto o de corrigir o que se costuma denominar um êrro judiciário, quanto o de impedir uma escandalosa contradição de julgados, aplicando o critério da solução mais favorável

12 Vejam-se, nesse sentido, *exempli gratia*, os §§ 233 e 234 do livro IX do Manava-Dharma-Sastra (*Lois de Manou - Traduites du sanscrit par A. Loiseleur-Deslongchamps*, Paris, s.d., p. 286).

13 *Amnistia, Indulto e Grazia nel Diritto Penale Romano* (Extrato della Rivista Penale, vol. XLIX, fasc. I), Torino, 1899, p. 23.

14 Vejam-se, *in exemplis*, na Espanha, *Las Siete, Partidas* (*Tercera Partida*, tit. XXVI, ley 1); e, em Portugal, as *Ordenações Afonsinas* (livro III, tit. CVIII, §§ 3.º e 6.º) e *Manuelinas* (livro III, tit. LXXVIII, § 1.º).

15 PINATEL, *Le Fait Nouveau en Matière de Revision* (thèse pour le doctorat), Paris, 1935, n.º 21, p. 24.

16 “Lorsque un accusé a été condamné pour un delit et qu’un autre accusé a aussi été condamné comme auteur du même delit, en sorte que les deux condamnations ne peuvent se concilier et sont la preuve de l’innocence de l’une ou de l’autre partie”.

ao condenado. E, na verdade, não se indaga, nesta hipótese, qual das sentenças seja a errada, apaga-se, sómente, a inconciliabilidade existente entre elas¹⁷.

Suprimida ainda uma vez, na França, a revisão, pelo Code des Délits et Peines du 3 brumaire an IV (1795), que silenciou sobre ela, foi admitida, como existente, por decisão, de 9 vendémiaire an IX, da Cour de Cassation, no célebre affaire Tischer, em virtude, também, da alegação de inconciliabilidade de julgados: – O Tribunal Criminal de Haut-Rhin pronunciara, em épocas diversas, duas condenações diferentes por um só e mesmo roubo¹⁸.

Em 1808, o celeberrimo Code d’Instruction Criminelle francês ampliou a esfera da revisão aos casos de ficar provada a vida da pessoa dada como morta pelo condenado e de condenações por falso testemunho.

Irradiado êsse código para o resto do mundo, através das tórres de televisão da época, que eram as pontas das baionetas, dos soldados de Bonaparte, sofreu, não obstante, restrições quanto à revisão, quando aplicado em outros países.

Isso ocorreu, *verbi gratia*, nos cantões suíços de Genève e Valais, onde, após estar vigorando o dito código, foi, em 1815, abolida a revisão. Entendeu-se, ali, que “a graça era um corretivo suficiente para reparar os erros judiciários”, cujo reconhecimento, pela revisão, fazia periclitir o prestígio da justiça, e a consideração devida aos juízes¹⁹.

A demasiada limitação da casuística da revisão nos códigos que, em todo o mundo, daí por diante se sucederam²⁰, restringindo suas hipóteses às de sentenças contraditórias, falsidades e aparecimento de “novas provas” ou “fatos novos”²¹; a preocupação dos legisladores de evitar, nas leis, referência expressa a erros judiciários causados por corrupção de juízes²² a sempre crescente tendência de ampliar o âmbito da revisão aos casos de sentenças absolutórias (revisão *pro societate*), a fim de impedir que o réu absolvido possa, impunemente, confessar o crime ou o modo com que burlou a justiça, expondo-a ao menosprêzo público²³; tudo, enfim, que diz respeito ao aparecimento, desaparecimento e restabelecimento da revisão nas mais variadas épocas e diversos países, como um refrão ou estribilho, vem obedecendo a uma única constante, qual seja a da valorização do Judiciário.

17 “Lo scopo della legge non è tanto quello di correggere il cosiddetto errore giudiziario, quanto di toglier di mezzo una scandalosa contraddittorietà di giudicati, applicando il criterio della soluzione più favorevole al condannato. Ed inverno, non si ricerca quale delle sentenze sia erronea, ma ci si appaga della loro inconciliabilità” (Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano, vol. IV, 3.^a ed., Torino, 1949, n.º 530, p. 680).

18 FAZY, op. cit., p. 28; e PINATEL, op. cit., p. 25.

19 CLERC, *Le Procès Pénal en Suisse Romande*, Paris, 1955, p. 150.

20 No C.P.P. italiano de 1930, a revisão só tem cabimento para a prova de que o fato criminoso não subsiste ou de que o condenado não é o seu autor (art. 555); nas Alemanhas Ocidental (StPO, § 363) e Oriental (StPO, § 318) não há revisão para a correção de erros relativos a dosagem de penas; nem na Turquia (C.P.P., art. 331), para corrigir a errada classificação legal de crimes.

21 Vejam-se, além dos códigos em vigor, citados nas notas anteriores, os já revogados dos seguintes países: Itália, de 26-11-1865 (art. 688) e de 27-2-1915 (art. 538); Áustria de 23-5-1873 (§§ 353 e 355); Hungria de 4-12-1896 (§§ 448 e 449) e de 1951 (§§ 213 e 214); U.R.S.S. de dezembro de 1958 (art. 50); e Tcheco-Eslováquia de 19-12-1956 (art. 300).

22 No Brasil, o vigente C.P.P. de 1941 suprimiu a referência expressa de lei anterior (Decreto 3.084, de 5-11-1898, parte II, art. 343, c) sobre o cabimento de revisão nos casos de suspeição, peita ou subórno do juiz. O Anteprojeto do C.P.P. de 1963, elaborado pelo Professor HÉLIO TORNAGHI, também silencia quanto a isso.

No mesmo sentido, vejam-se os já citados códigos, em notas anteriores, da França, Espanha, Argentina, Uruguai, Colômbia, Chile, Venezuela, Peru e Equador.

23 MAJNO, *Revisione di Processi Penali*, in *Archivio di Psichiatria*, 1884, p. 261; FERRI, *La Sociologie Criminelle – Traduction de l’Auteur sur la troisième édition italienne*, Paris, 1893, p. 437; e MAUNOIR, op. cit., p. 169/170.

Não há falar, portanto, diante da chamada revisão *pro societate*, que remonta, aliás, à velha Roma²⁴, em um direito de todo o condenado de proclamar a sua inocência, como a *ratio essendi* da revisão, segundo o entendimento de um grupo de juristas.

A doutrina sustentada por JANNITTI PIROMALLO que resumimos no início deste estudo, exigindo para pressuposto da autoridade da coisa julgada, “verdadeira e exata base de fato”, equivalente à verdade real ou absoluta, peca por nefelibatismo.

A verdade judicial ou certeza legal não corresponde necessariamente à verdade real ou absoluta e, por esse motivo, é que existe a coisa julgada, justamente para suprir as dificuldades de obtenção da verdade verdadeira.

Despicienda se tornariam mesmo a autoridade da coisa julgada e toda a secular cogitação existente a seu respeito, se a realidade dos fatos, “verdadeira e exata”, estivesse ao alcance dos juízes.

Demais essa doutrina não explicaria os casos de revisão não baseados em “novos fatos”, como, *in exemplis*, os por conflito de julgados, resolvidos sempre pela prevalência do julgado mais favorável ao condenado, o que, ao invés de traduzir a verdade real ou absoluta, impede, apenas, que as decisões do Judiciário se mostrem contraditórias aos olhos do povo, em abono da tese que sustentamos.

Eis porque também rejeitamos a opinião daqueles que vêem, no triunfo da verdade real ou efetiva, o fim principal da revisão, considerando, ainda, as outras limitações de sua casuística, e, conseqüentemente, dos erros a serem por ela reparados.

Aos que comparam a quebra do princípio da coisa julgada, pela revisão, a um *virus* vacínico ou a um contraveneno, mirando ao crédito ou à subsistência mesmo do dito princípio, opomos a experiência histórica.

Como já dissemos antes, há países onde ainda hoje a revisão não logrou ingresso²⁵ e, nem por isso, foi desprestigiada ou abolida nêles a coisa julgada, que vem encontrando, não na revisão, mas no instituto da graça, o pretendido contraveneno.

A limitação da casuística da revisão, nos códigos que a consagram, tem levado até alguns juristas à afirmação de que só o instituto da graça pode, na verdade, reparar os erros cometidos por sentenças transitadas em julgado²⁶.

A revisão não é, assim, indispensável à subsistência da coisa julgada, que, antes dela e depois dela, vem resistindo a seus opositores, com a válvula de segurança da graça.

Não surgiu a revisão para salvar a coisa julgada, mas para prestigiar o judiciário, permitindo que, na esfera deste, fôssem corrigidos não todos, mas alguns de seus erros, como bem comprovam a História e o Direito Comparado.

24 *Oeuvres de Suétone* – Traduction de De La Harpe, Paris, s. d., Domitien, VIII, p. 447; ARTURO ROCCO, *Trattato della Cosa Giudicata*, vol. I, Modena, 1900, p. 88; e GEYER, op. cit., p. 873.

25 Nos derradeiros anos do século passado, inexistia a revisão na Dinamarca, no Montenegro, na Índia e no Canadá (ALIMENA, ap. cit., p. 447 e 450).

26 KERN, op. cit., p. 218: – Sômente com a graça podem ser remediadas sentenças transitadas em julgado que contenham erros jurídicos evidentes e não através de recursos, (assim como o recurso de cassação, desvirtuado por abusos no direito austríaco, p. ex., e desde 1945, na zona soviética e, de 1940 a 1945, também, na Alemanha), o que constitui uma sensível lacuna no nosso moderno direito alemão (Dass gegenüber rechtskräftigen Urteilen, die auf einem deutlich erkennbaren Rechtsirrtum beruhen, nur mit d.r Gnade geholfen werden kann, nicht mit einem Rechtsbehelf (nämlich der Nichtigkeitsbeschwerde, wie z. B. in österreichischen Recht und seit 1945 in der sowjetischen Zone und der Zeit von 1940 bis 1945, wo mit diesem Rechtsbehelf allerdings auch Missbrauch getrieben worden ist, auch in Deutschland), ist eine empfindliche Lucke ineres heutigen deutschen Rechts.

Eis os motivos por que, na tese que defendemos na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, conceituamos a revisão como “o reexame jurisdicional de um processo penal já encerrado por decisão transitada em julgada, mirando à sua reforma, quando contenha erro, cuja reparação pelo próprio Judiciário possa valorizá-lo como órgão do Estado gerador da coisa julgada”.

Com este conceito, parece-nos nada mais impedir a adoção da revisão pelos países que ainda não o fizeram, demonstrado aqui, embora resumidamente, diante da História e do Direito Comparado, ser infundado o temor de que a correção dos erros do Judiciário, feita por ele próprio, possa abalar o respeito devido às suas decisões, já prestigiadas pela autoridade da coisa julgada.

Outra relevância prática tem, ainda, o conceito por cuja difusão ora propugnamos.

É a de fazer desaparecer a razão de ser da exigência de “novas provas” ou “fatos novos” para a revisão, visando à tutela da dignidade do magistrado que proferiu a sentença errada transitada em julgada, a qual vem sendo expressa, na Itália, através do seguinte tópico de ALIMENA: – “Enquanto o juiz da apelação diz ao de primeira instância: *tu erraste e eu te corrijo*; o da revisão justifica-se, ao invés: *julgo como terias tu julgado, se conhecesses aquilo de que ora tenho ciência*”²⁷.

Em face do conceito que emprestamos à revisão, pode e deve, ela ser levada a efeito, também, com as mesmas provas que presidiram à lavratura da sentença transitada em julgada, quando o erro desta seja evidente ou atente contra a “evidência dos autos”, segundo fórmula tradicional no direito positivo brasileiro²⁸.

Admitida a revisão, quando a sentença transitada em julgada fôr contrária à evidência dos autos, tornam-se desnecessários os artifícios e ficções criados pela jurisprudência de alguns países, como, *verbi gratia*, da Itália, assemelhando a “novas provas” ou a “fatos novos”, os já existentes no processo à época da decisão, quando não avaliados ou levados em consideração pelo juiz no instante de proferir a sentença²⁹.

Consagrar universalmente a revisão e ampliar o campo de sua casuística é subtrair ao âmbito da graça a correção dos erros do Judiciário, valorizando-o.

Uma justiça que reconhece os próprios erros e se corrige, que não os procura manter e defender com fórmulas vãs, é uma justiça edificante, que só confiança poderá inspirar.

**Publicado originalmente na Revista nº 5 mai./ago. 1968, p. 71.*

27 Op. cit., p. 433: – “Mentre il giudice d’appello dice al giudice di prima istanza: *tu hai sbagliato ed io ti correggo*; il giudice di revisione a lui dice, invece: *giudico come avresti giudicato tu, se avessi conosciuto quello che io conosco*”.

28 Decreto 848, de 11-10-1890 (capítulo. II, art. 9, § 2.º); Lei 221, de 20-11-1894 (art. 74, § 1.º, n.º 6); Decreto. 3.084, de 5-11-1898 (artigo 343, F); Decreto-lei 925, de 2-12-1938 (art. 324, C); e Cód. De Processo Penal de 3-10-1941 (art. 621, I).

29 MANZINI, op. cit., p. 665; SOTGIU, op. cit., p. 113; e LEONE, *Trattato di Diritto Processuale Penale*, vol. III, Napoli, 1961, p; 268, nota 24.

O PROCESSO PENAL NORTE-AMERICANO E SUA INFLUÊNCIA**

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA*

I - Parte Geral

1. Tal como hoje o conhecemos, o processo penal norte-americano é produto menos da lei que da jurisprudência da Suprema Corte. Exercendo amplamente o papel de intérprete da Constituição (e de suas emendas), elaborou esse tribunal vistoso tecido normativo, com os escassos e tênues fios que extraiu de um punhado de cláusulas constitucionais. O trabalho construtivo, realizado sobretudo a partir dos anos 50, quando se formou a chamada *Warren Court*, engendrou imponente corpo jurisprudencial, tão inovador, em certos pontos, que a seu respeito se chegou a falar de uma “revolução do processo penal”¹.

São grandes, com efeito, a extensão e a variedade dos tópicos atacados, não raro com notável desenvoltura – para não dizer ousadia – hermenêutica, a justificar a afirmação de que a Suprema Corte ultrapassou mais de uma vez os limites da interpretação e do controle de constitucionalidade das leis e se engajou em obra indisfarçavelmente legislativa. Para tanto muito contribuíram fatores como a feição sintética e a linguagem vaga do texto constitucional, com largo uso de conceitos jurídicos indeterminados; a inexistência de disposições capazes de regular diretamente questões características de tempos mais recentes; e o recurso à noção do *substantive due process*, que abriu à Corte o exame da própria razoabilidade das leis, franqueando-lhe o acesso a terreno bem menos delimitado do ponto de vista técnico, e correlatamente mais exposto ao influxo de opções políticas e ideológicas.

2. No resultado dessa elaboração, a característica predominante pode resumir-se na palavra *garantismo* – alguns diriam *hipergarantismo*, com a conotação crítica, às vezes ácida, que não tem faltado aqui e ali. Note-se, a tal propósito, o empenho com que a literatura processual penal norte-americana dos últimos tempos, ao lado de exposições sistemáticas do ordenamento, oferece manuais cujo objetivo essencial parece consistir em aconselhar os advogados criminais sobre o modo mais conveniente de invocar a jurisprudência a fim de evitar ou dificultar a condenação dos clientes ...

Mas convém desde logo registrar um paradoxo. Na prática, em mais de um caso, afigura-se menos importante, até certo ponto, a aplicação das normas garantísticas à atividade desenvolvida *em juízo*. O momento em que várias delas assumem especial relevo é o da investigação policial, mormente no que concerne a medidas de coerção sobre pessoas ou coisas. Sirva de exemplo o dever do agente policial, ao efetuar a prisão de um suspeito, de adverti-lo formalmente dos direitos que lhe assegura a doutrina consagrada

* JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJRJ.

** Texto (acrescido das notas) de conferência pronunciada em 23.8.2000, nas III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal (Brasília).

1 Ao propósito, ISRAEL- LAFAYE, *Criminal Procedure – Constitutional Limitations*, St. Paul, 1993, págs. 1 e segs. Cf. o título da obra, eminentemente crítica, de BRADLEY, *The Failure of the Criminal Procedure Revolution*, Filadélfia, 1993.

pela Suprema Corte no célebre caso *Miranda v. Arizona*: o direito de permanecer calado, o de fazer-se defender por advogado, o de ter defensor pago pelo Estado na hipótese de carência de meios para contratar os serviços de profissional liberal².

Estranho como pareça, não é difícil entender por que, no curso do processo propriamente dito, costuma sobrar menor espaço para a incidência de regras de garantia. O motivo está em que a trajetória do feito penal raramente percorre todas as etapas em tese previstas, até o julgamento (*trial*): estima-se em menos de 10% do total o número dos casos em que isso acontece³. A imensa maioria dos pleitos, como se explicará pouco adiante, extingue-se no nascedouro, graças ao mecanismo do *plea*, na primeira oportunidade em que o indiciado comparece ante o juiz. A bem dizer, só nos filmes policiais é que o processo penal norte-americano encontra seu ponto culminante na sessão de julgamento, com a carga de dramaticidade que tanto emociona as platéias⁴: a realidade quotidiana parece bem menos espetacular.

II – Parte especial

1. É intuitiva a impossibilidade de discorrer aqui extensamente sobre os múltiplos e complexos tópicos em que se desdobra o nosso tema. Decidido a concentrar minha atenção nos mais interessantes pelo ângulo comparativo, escolhi alguns a meu ver sobremodo característicos e praticamente relevantes. Um deles consiste na função do *plea*, outro na peculiaridade de certas regras probatórias, o terceiro no direito do acusado de abster-se de produzir prova contra si mesmo – o denominado *privilege against self-incrimination*. Acrescentarei duas ou três palavras sobre os papéis representados pelo juiz e pelas partes no julgamento, notadamente com relação às provas.

No exame desses itens deixarei de lado possíveis diferenças entre os vários sistemas processuais coexistentes num país onde o funcionamento da Justiça federal e o das Justiças estaduais não seguem regras idênticas. Aqui não há mal maior em fazer abstração de semelhante aspecto: a problemática de maior importância coloca-se em plano eminentemente constitucional, e neste, superadas antigas controvérsias pela jurisprudência da Suprema Corte, é hoje pacífico que quase todas as garantias outorgadas pela Constituição aos litigantes vinculam os Estados não menos que a União⁵.

Denomina-se *plea* a declaração que faz o indiciado, no seu comparecimento inicial em juízo, acerca da acusação que se lhe move. Diversas são aí as possibilidades: ou ele se declara inocente (“*not guilty plea*”), ou culpado (“*guilty plea*”), ou ainda, se isso lhe é permitido, afirma não querer impugnar a acusação, embora sem reconhecer-se culpado (“*nolo contendere plea*”)⁶. Nas duas últimas hipóteses, que para tal fim se equiparam, o processo extingue-se de imediato, com a imposição de pena; e, como os

2 Vide a especificação dos “*Miranda warnings*” em ISRAEL-LAFAVE, ob.cit., págs. 200 e segs.

3 De acordo com CARP-SIDDHAM, *Judicial Process in America*, 2ª ed., Washington, 1993, pág. 165, no mínimo 90% de todos os processos penais nunca chegam ao *trial*. Dado mais recente, colhido em SAMAHA, *Criminal Procedure*, 4ª ed., Belmont, 1998, pág. 37: somente cerca de 2% a ele chegam.

4 Nos termos irônicos de VAN KESSEL, “*Adversary Excesses in the American Criminal Trial*”, in *Notre Dame Law Review*, vol. 67 (1992), pág. 405, os julgamentos por júri “*often provide more entertainment than justice*”. Cf. o trecho da pág. 548: “*Yet the American trial does serve one purpose – it is terrific entertainment. Its dynamic, combative style is perfect for the visual media of television and the movies*”...

5 Sobre o processo evolutivo da “incorporação” do *Bill of Rights* ao direito estadual, vide ISRAEL-LAFAVE, ob. cit., págs. 10 e segs. Uma notícia resumida do *status quaestionis* em DEL CARMEN, *Criminal Procedure*, 3ª ed., Belmont, 1995, pág. 19.

6 Para uma exposição sintética, de clareza didática, vide DEL CARMEN, ob. cit., págs. 38 e segs. Ressalte-se que o *nolo contendere plea* é admissível perante a Justiça federal e as de vários Estados (não de todos).

réus, em sua maioria, optam por declarar-se culpados, esse truncamento precoce do *iter* processual, repita-se, constitui o desenlace mais comum.

O predomínio do *guilty plea* deve-se, em máxima parte, ao êxito muito freqüente de uma negociação entre acusação e defesa, na qual o *prosecutor*, em troca da concordância do réu em reconhecer-se culpado, lhe oferece vantagens como a promessa de não denunciá-lo por outra infração, ou de pleitear a aplicação de pena mais branda⁷. Semelhante procedimento, conhecido como *plea bargaining*, tem sido alvo de duras críticas no mundo acadêmico e no político, por abrir ensejo a manobras escusas e a pressões odiosas sobre o acusado. Já houve quem lhe chamasse “um sórdido processo”⁸. Contra ele se argumenta, além do mais, que sacrifica o direito do réu de ser julgado por um júri e de não ser condenado senão quando se prove sua culpa, na expressão consagrada, “*beyond any reasonable doubt*”. Não há sinais, porém, de que o *plea bargaining* venha a ser abandonado.

Vários fatores concorrem para explicar-lhe a vitalidade. Entra pelos olhos que ele atende a interesses poderosos. De um lado, o *prosecutor*, em geral provido no cargo mediante eleição popular, não raro faz do respectivo exercício trampolim para novas conquistas políticas, e precisa convencer o eleitorado de que desempenhou eficazmente sua função; excelente credencial nesse sentido será o alto número de condenações obtidas, o que a via consensual lhe proporciona com maior facilidade e segurança, sem os riscos e as delongas do julgamento por júri⁹. Por outro lado, os juízes criminais não podem deixar de ver com bons olhos um expediente que lhes reduz a carga de trabalho. O mesmo se dirá de advogados que se sentem mal preparados para enfrentar os áspers embates do *trial* e preferem induzir os clientes a aceitar solução em seu entender menos perigosa. Há quem pense que, se todos os processos penais tivessem de chegar até o *trial*, a máquina judiciária norte-americana sofreria verdadeiro colapso. À vista de tudo isso, por mais chocante que possa soar, chega a ser compreensível a afirmação, contida em acórdão da Suprema Corte¹⁰, de que o *plea bargaining* é instrumento essencial ao funcionamento da Justiça penal nos Estados Unidos.

3. Passemos ao exame sumário de alguns problemas relevantes em matéria probatória. Característica perceptível desde logo por quem quer que observe, ainda que superficialmente, o ordenamento norte-americano é o papel nele desempenhado pelas regras que excluem a admissibilidade de certas provas (*exclusionary rules*). Elas assumem nos Estados Unidos importância bem maior do que em qualquer outro país do próprio mundo anglo-saxônico, para não falar de famílias jurídicas diferentes.

7 Sobre as diferentes modalidades de acordo, CARP-STIDHAM, ob. cit., págs. 166 e segs.

8 FRANKEL, *Partisan Justice*, Nova Iorque, 1980, pág. 90. No dizer de ROSCOE POUND, a prática do *plea bargaining* constituiria “a license to violate the law” (cit. por BODENHAMER, *Fair Trial - Rights of the Accused in American History*, Nova Iorque - Oxford, 1992, pág. 87). É tema recorrente na doutrina a discussão das supostas virtudes e defeitos do instituto, bem como a dos fatores que lhe estimulam a utilização: vide, entre tantos outros, BODENHAMER, ob. cit., págs. 85 e segs.; CARP-STIDHAM, ob. cit., págs. 165 e segs.; HALL, *Criminal Procedure and the Constitution*, Albany, 1997, págs. 200/1; INCIARDI, *Criminal Justice*, 6ª ed., Fort Worth, 1999, págs. 296 e segs.; VAN KESSEL, art. cit., págs. 477/8. Para a evolução histórica do instituto, ALSCHULER, “*Plea Bargaining And Its History*”, in *Columbia Law Review*, vol. 79 (1979), págs. 1 e segs.

9 “*Elected prosecutors often face bitter contests in which their win-loss record becomes a campaign issue*” (VAN KESSEL, art. cit., pág. 442, nota 164). Cf. o que diz a esse respeito um atento observador italiano, FANCHIOTTI, *Spunti per un dibattito sul plea bargaining*, no vol. col. *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, ed. Amodio e Bassiouni, Milão, 1998, pág. 284: “...l'interesse del prosecutor ad ottenere la condanna dell'imputato, anche se ad una pena minore di quella adeguata al reato commesso, è molto elevato: poiché molto spesso l'esercizio della funzione d'accusa è considerato un gradino per la scalata a più prestigiose cariche politiche, il poter esibire dati statistici relativi ad alte percentuali di condanna costituisce un buon biglietto da visita agli occhi dell'elettorato”.

10 *Santobello v. New York*, 1971 (404 U.S. 257, 261).

A matriz fundamental das *exclusionary rules* é a 4ª Emenda à Constituição norte-americana, que confere proteção contra buscas e apreensões arbitrárias (“*unreasonable searches and seizures*”)¹¹. Reflete-se nessa norma o propósito de coibir eventuais abusos de agentes policiais (“*deterrence*”). Por isso mesmo, salvo casos especiais¹², as regras de exclusão só valem no terreno penal, não em outras espécies de processos, e não se aplicam a atos realizados por particulares.

Prova colhida com violação de tais regras (*illegally obtained evidence*) em princípio não pode ser levada em conta no julgamento do réu¹³. Normalmente, o próprio juiz encarrega-se de afastá-la antes do *trial*, mediante requerimento da defesa (*motion to suppress*). Não se trata, no entanto, de proibição absoluta: a jurisprudência da Suprema Corte registra hipóteses em que se admitiu prova ilegalmente obtida, com base na relação custo/benefício, isto é, por entender-se que o dano causado pela violação era sensivelmente menor que o ganho trazido pela prova¹⁴.

Desdobramento interessante da questão é o atinente a elementos probatórios cuja obtenção, em si mesma, nenhuma regra infringiu, mas que apenas puderam ser descobertos em virtude de ato anterior (por exemplo, interceptação telefônica) ilegalmente praticado. Aqui, o fim dissuasório transparece com toda a nitidez. O que se quer, essencialmente, é evitar que a atividade de investigação ultrapasse os limites constitucionais; em outras palavras, que a polícia cometa excessos. Daí a preocupação de não premiá-los: os agentes incumbidos das diligências sabem que será inútil violar a lei, ainda que de maneira oblíqua, porque os resultados não terão valor em juízo. Para melhor justificar o expediente, talhou-se-lhe uma roupagem teórica, a doutrina dos chamados “frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree*)”: se as raízes estão viciadas, contaminado fica tudo que delas provém.

Todavia, a consideração atenta dos inconvenientes práticos de uma aplicação inflexível da tese vem levando a jurisprudência a atenuar-lhe o rigor. Assim é que se têm admitido diversas exceções à regra¹⁵, permitindo que a prova seja tomada em conta: quando o agente policial procedeu de boa fé, ignorando a circunstância que lhe tornava ilegítima a atuação; quando o tribunal se convence de que o elemento probatório seria inevitavelmente descoberto por meios legais (*v.g.* ., com o prosseguimento das buscas a polícia fatalmente localizaria o corpo da vítima, já indicado pelo réu em confissão inválida porque coacta); quando o vício de origem é “purgado” por subseqüente ato voluntário do réu, que, por exemplo, reitera *sponte sua* declaração constante de confissão ilicitamente obtida (*purged taint*); quando se tem acesso à prova por meio legal, independente do viciado (*independent source*). Em semelhantes hipóteses, não prevalece a *exclusionary rule*.

4. A 5ª Emenda à Constituição norte-americana confere ao réu o chamado *privilege against self-incrimination*, exonerando-o do fornecimento de material probatório que lhe seja desfavorável. Não se entende a franquia, contudo, em termos irrestritos. Muito ao contrário: cinge-se ela, em essência, ao interrogatório do suspeito pela polícia e ao do acusado em Juízo, nos casos em que vem a prestar depoimento oral.

11 Sobre a origem e a evolução histórica da jurisprudência da Suprema Corte na matéria, *vide* SALTZBURG - CAPRA-HANCOCK, *Basic Criminal Procedure*, St. Paul, 1994, págs. 343 e segs.

12 Algumas indicações em ISRAEL-LAFAVE, *ob. cit.*, págs. 281 e segs.

13 Para uma crítica severa à tese, *vide* AMAR, *The Constitution and Criminal Procedure*, New Haven - Londres, 1997, págs. 150 e segs. espec. 154/6.

14 Assim, *v.g.*, em *Stone v. Powell*, 1971 (*apud* SALTZBURG - CAPRA - HANCOCK, *ob. cit.*, pág. 350). Cf. SAMAHA, *ob. cit.*, pág. 440.

15 Acerca do tema, *vide*, entre outros, ISRAEL - LAFAVE, *ob. cit.*, págs. 274 e segs., 288 e segs.; DEL CARMEN, *ob. cit.*, págs. 65 e segs.; SALTZBURG - CAPRA - HANCOCK, *ob. cit.*, págs. 363 e segs.; SAMAHA, *ob. cit.*, págs. 440 e segs.

É oportuno lembrar que, no direito norte-americano, o réu depoente assume a condição de testemunha e fica obrigado, como qualquer outra, ao juramento de veracidade (“to tell the truth, the whole truth and nothing but the truth”). Considera-se que seria desumano impor ao réu porventura culpado a escolha entre confessar sua culpa, violentando o instinto de autopreservação, cometer perjúrio ou incorrer em *contempt of court*, por negar-se a responder. Tal a explicação que se dá, aí, para o *privilege against self-incrimination*¹⁶.

Nessa ordem de idéias, tem-se reputado inaplicável a garantia às provas materiais ou “físicas”. Consoante os dizeres do texto constitucional, não é possível compelir o acusado a ser testemunha contra si mesmo (“a witness against himself”). Ora, raciocina-se, por “testemunha” só há que entender a pessoa do réu, enquanto deponha; logo, o que não faz parte do depoimento fica fora do âmbito da garantia. Assim é que, em linha de princípio, se admitem como provas, entre outras: armas em poder do acusado, produtos do furto, padrões de caligrafia, fragmentos de cabelos, amostras de voz, impressões digitais, fotografias, balas removidas do corpo, livros, papéis e documentos, reconhecimento por testemunhas convocadas a identificar o réu numa fila, testes destinados a medir o nível de álcool no sangue...¹⁷. Em vários casos, intuitivamente, torna-se necessária a colaboração do acusado: e, se ele a nega, sujeita-se a ver essa atitude interpretada em seu desfavor. Tem-se até decidido que a recusa justifica punição por desacato ao tribunal (*contempt of court*)¹⁸.

5. O julgamento por júri é direito consagrado desde época remota no mundo anglo-saxônico. Na Inglaterra, em nossos dias, tal sistema está praticamente abandonado no campo civil¹⁹; já nos Estados Unidos, ele subsiste tanto nesse terreno quanto no penal²⁰, embora num e noutro seja pouco expressivo, na prática, o número de pleitos que chegou até a derradeira etapa do itinerário.

De qualquer modo, o *trial by jury* conserva importância por assim dizer simbólica, como emblema de um modelo de litigação bem característico, marcado pelo nítido predomínio da atividade das partes sobre a do juiz, especialmente no que diz respeito à instrução probatória²¹. Convém frisar que todas as pessoas chamadas a concorrer com algum subsídio para a formação do convencimento do órgão julgador são tratadas como testemunhas. Isso se aplica, já foi dito, ao acusado, quando presta depoimento; e também, sendo o caso, a peritos, que não são designados pelo juiz, mas pela acusação e pela defesa, e aos quais se dá a denominação de *expert witnesses*. Nenhuma dessas pessoas, normalmente, é inquirida pelo juiz. Disso se incumbem

16 SALTZBURG – CAPRA – HANCOCK, ob. cit., pág. 420, onde se alude a críticas segundo as quais, assim, só no julgamento é que se justificaria o *privilege*.

17 Vide em SAMAHA, ob. cit., pág. 344, a lista de provas incriminadoras não protegidas pela 5ª Emenda; e ainda DEL CARMEN, ob. cit., pág. 376: “The *privilege against self-incrimination* extends only to testimonial (or communicative) self-incrimination ; it does not prohibit physical self-incrimination” (destaques do original). Em acórdão de 1988, no caso *Doe v. U.S.*, assentou a Suprema Corte que o *privilege* unicamente impede que se force o acusado a expressar “the contents of his mind” (apud ISRAEL – LAFAVE, ob. cit., pág. 236).

18 ISRAEL-LAFAVE, ob. cit., pág. 239; SALTZBURG-CAPRA- HANCOCK, ob. cit., pág. 432.

19 Ocioso documentar o asserto, notório como é o fato; em todo caso, para mencionar obra recentíssima, vide JOLOWICZ, *On Civil Procedure*, Cambridge, 2000, pág. 29: “Today (...) the number of civil cases tried by jury is an extremely small proportion of the whole”.

20 Conquanto a 6ª Emenda se refira a “all criminal persecutions”, tem-se entendido que o direito ao julgamento por júri não compreende as “petty offenses” – conceito a ser determinado em função da pena máxima cominada na espécie: vide ISRAEL-LAFAVE, ob. cit., pág. 433.

21 Nota típica do chamado *adversary system*, a cujo respeito é vasta a literatura. Entre os escritos mais recentes, mencionem-se por exemplo SAMAHA, ob. cit., págs. 8/9, e INCIARDI, ob. cit., pág. 99.

o *prosecutor* e o advogado do réu; e o momento culminante consiste em regra na chamada *cross-examination*, em que o acusador ou o defensor reinquire a testemunha apresentada pelo adversário²².

Semelhante procedimento, louvado por alguns como método eficaz para a revelação da verdade, tem sido alvo de críticas candentes por parte de muitos, no próprio universo anglo-saxônico²³. Alega-se que a maneira de conduzir a inquirição, de ambos os lados, é menos apta a lançar luz sobre os fatos do que a submeter a constrangimentos e humilhações os depoentes *hostis*, no afã de desacreditá-los aos olhos do júri. O que mais importa aqui, entretanto, é ressaltar a atitude em que geralmente se mantém o juiz. Desinformado até esse instante – sublinhe-se – de quaisquer elementos relativos à matéria litigiosa, ele quase sempre se limita a fiscalizar o andamento do ato e intervém na medida estritamente necessária para assegurar-lhe a regularidade: por exemplo, acolhendo ou rejeitando objeções que alguma das partes porventura formule a perguntas do adversário. Só não seria exato qualificar de inteiramente passivo o comportamento do juiz por causa do poder, que se lhe atribui, de impor as sanções cabíveis para o *contempt of court* a quem lhe desobedeça às determinações. Na busca da verdade, porém, ínfima é sua contribuição.

III - Influência do processo penal norte-americano

1. Conforme bem se compreende, a incontrastada hegemonia político-econômica dos Estados Unidos no mundo contemporâneo tem exercido *urbi et orbe* considerável força de atração. Raro é o povo – se algum existe – que permanece imune à influência dos padrões norte-americanos. Atua esse movimento em todos os setores da vida social, e o direito não faz exceção. Até ordenamentos secularmente filiados a tradições diversas sucumbem, de modo espontâneo ou sob a pressão de realidades concretas, à correnteza assimiladora.

Não é esta a ocasião mais propícia à valoração do fenômeno – a qual, para resistir à tentação do simplismo, exigiria reflexão mais demorada e cuidadosa. Vou cingir-me aqui ao registro de alguns dados relevantes no campo específico do processo penal, nomeadamente com referência aos tópicos até agora ventilados.

2. A Itália reformou em 1988 seu ordenamento processual penal; e um dos traços que distinguem do anterior o novo código decerto consiste no espaço aberto à consensualidade na solução de litígios penais. Discute-se no plano doutrinário a medida em que a reforma buscou inspiração nos Estados Unidos, e houve quem protestasse, no curso dos trabalhos, contra a suposição de que se estava a moldar um “*processo all’americana*”²⁴; mas é inegável que alguma influência dessa fonte se descobre na disciplina da “*applicazione della pena su richiesta*”, prevista nos arts. 444 e segs. do estatuto em vigor e conhecida pela denominação de *patteggiamento*²⁵.

22 Vide em SAMAHA, ob. cit., pág. 596, a suma do roteiro geralmente observado no *trial*.

23 Para FRANK, *Courts on Trial*, Princeton, 1973, pág. 85, o método norte-americano do *trial* equivale a “jogar pimenta nos olhos de um cirurgião enquanto está operando”.

24 AMODIO, *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, no vol. col. cit. em a nota 9, *supra*, pág. VII. Esse mesmo autor, porém, admite em mais de um passo a influência norte-americana na elaboração do novo código: *vide*, por exemplo, págs. IX, XLIV, XLV/VI, XLVIII, LIII.

25 PISAPIA, *Lineamenti del nuovo processo penale*, 2ª ed., Pádua, 1989, pág. 61, reconhece que o *patteggiamento* italiano “*si ricollega*” ao *plea bargaining*, apesar das diferenças que os separam.

Sob formas variadas, a tendência à adoção de soluções consensuais também se manifesta hoje em outros países do continente europeu²⁶ e na América Latina²⁷. Acolheu-a o Brasil na Constituição de 1988, cujo art. 98, n° I, bem se sabe, consagrou a possibilidade, nos termos a serem definidos em lei, da transação nos pleitos concernentes a “infrações penais de menor potencial ofensivo”. Deixando de lado a suspensão condicional do processo, para cingir-me à figura a meu ver mais interessante neste contexto, reporto-me ao art. 76 da Lei n° 9.099, de 26.9.1995, que regulou a imposição da pena, desde que concorram certos pressupostos, mediante o consenso das partes – alvitre cujo âmbito se viu expandido por diplomas subseqüentes, como o Código de Trânsito Brasileiro baixado pela Lei n° 9.503, de 23.9.1997, e a chamada Lei dos Crimes Ambientais (n° 9.605, de 12.2.1998). De acordo com estudo criterioso, a que se procedeu em São Paulo, o sistema está produzindo bons resultados na esfera dos Juizados Especiais Criminais²⁸.

Vale a pena salientar que nem na Itália, nem no Brasil, se chegou ao ponto de imitar o sistema norte-americano do *plea bargaining*. No que concerne à legislação brasileira, se quisermos buscar um símile mais adequado no ordenamento dos Estados Unidos, devemos identificá-lo no *nolo contendere*: com efeito, o acusado, ao concordar com a pena proposta pelo Ministério Público, nem por isso se reconhece culpado²⁹, e sua apenação não produz qualquer dos efeitos que teriam a culpa como pressuposto lógico: não serve de título, por exemplo, à execução civil da sentença penal, destinada a ressarcir a vítima do dano causado pelo delito (Lei n° 9.099, art. 76, § 6°).

De elogiável prudência usou o legislador pátrio ao fixar o alcance da solução consensual. Menos comedido, ao que parece, mostrou-se o espanhol, que em reforma ainda recente alargou os lindes do instituto além da medida razoável. Permitam-me contar aqui, até para amenizar a aridez desta exposição, episódio curioso, ocorrido em Barcelona e relacionado justamente com a dilatação exagerada da área suscetível de ser coberta pelo consenso³⁰. Em determinado processo, denunciado o réu por homicídio e pedida de início a imposição de pena de 30 anos, na sessão de julgamento, surpreendentemente, o órgão da acusação retratou-se e passou a pleitear a condenação do réu, com a óbvia

26 Alguns dados no vol. (ed. por Mireille Delmas-Marty) *Procédures pénales d'Europe*, Paris, 1995, págs. 565 e segs.

27 Vide a esse respeito o relatório de DANIEL GONZALEZ ÁLVAREZ, *La conciliación penal en Iberoamérica (La justicia penal consensual)*, para as XVI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual (Brasília, 1998), publicado no vol. *Temas atuais de Direito Processual Ibero-Americano*, Rio de Janeiro, 1998, págs. 405 e segs., espec. 419 e segs.

28 ANTONIO SCARANCE FERNANDES – JACQUES DE CAMARGO PENTEADO – MARCO ANTONIO DE BARROS, “Reflexos da lei dos juizados especiais na justiça criminal paulista”, in *Rev. For.*, vol. 347, págs. 11 e segs.

29 Nesse sentido, v.g., ADA PELLEGRINI GRINOVER – ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO – ANTONIO SCARANCE FERNANDES – LUIZ FLÁVIO GOMES, *Juizados Especiais Criminais*, S. Paulo, 1995, págs. 16, 190 e segs. (com referência direta à suspensão condicional do processo, mas em termos aplicáveis à transação do art. 76); ANTONIO SCARANCE FERNANDES, *O consenso na justiça penal brasileira*, relatório para as XVI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, no vol. col. cit., em a nota 27, *supra*, pág. 461; *id.*, *Processo penal constitucional*, S. Paulo, 1999, pág. 206; BARBOSA MOREIRA, *La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano*, comunicação às X Jornadas Uruguaias de Direito Processual (Colônia, 1999), no respectivo volume de memórias, Montevidéo, 1999, pág. 148, e in *Ciencias penales* (revista da Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica), n° 17, pág. 53. Note-se que o quarto co-autor do primeiro livro citado adota posição diferente em *Suspensão condicional do processo penal*, S. Paulo, 2ª ed., 1997, pág. 199.

30 Devo ao querido amigo JOSÉ LUÍS VÁSQUEZ SOTELO, ilustre professor da Universidade de Barcelona, a informação sobre o caso, com documentação ilustrativa de sua repercussão na imprensa. Vide, sobre a evolução do ordenamento espanhol na matéria, RODRÍGUEZ GARCIA, *El consenso en el proceso penal español*, Barcelona, 1997, págs. 77 e segs. A propósito do crescente prestígio da “solución negociada del conflicto”, fala HINOJOSA SEGOVIA, “Un siglo de Derecho Procesal”, in *Icade – Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n° 46, janeiro/abril de 1999, pág. 161, em “privatização do processo penal”, a seu ver uma das linhas-mestras da influência do sistema jurídico norte-americano na Espanha e noutros países.

concordância deste, a nada mais de 6 anos. O tribunal negou-se a placitar o que se lhe afigurou fruto de conchavo imoral. Mas o que marcou o episódio com mais força foi a reação dos parentes da vítima, presentes na assistência: indignados, levantaram-se de seus assentos e partiram na direção do acusador suspeito de ter-se vendido, o qual só a custo logrou escapar do desforço físico, fugindo do prédio pela porta dos fundos...

Alerta-nos o caso para o perigo da importação de práticas incompatíveis com o espírito do ordenamento receptor e com o sentimento geral da comunidade em cujo seio se destinam a vigorar. Cumpre ter em mente a lição, porque já há entre nós quem preconize a adoção do *plea bargaining*, como expediente a merecer introdução na prática de tribunal que se aconselha seja criado para conhecer de infrações relativas a drogas³¹.

3. O tema das provas ilicitamente obtidas ganhou entre nós candente atualidade com o advento da Constituição de 1988, cujo art. 5º, nº LVI, resolveu o problema em termos ao menos aparentemente categóricos, *verbis* “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A reputar-se absoluta a proibição, segundo entendimento rigoroso do dispositivo³², teríamos lançado a barra mais longe que o paradigma norte-americano, já que nos Estados Unidos, como oportunamente se registrou, a jurisprudência submete a certas atenuações a *exclusionary rule* (supra, II, 3). Não haveria sequer lugar para a aplicação do chamado princípio da proporcionalidade, que sugere um balanceamento dos valores em jogo na espécie a ser decidida³³.

Na verdade, a posição mais radical não chega a dominar sem contraste. Alguma flexibilidade acaba por ser admitida, quando nada para afastar a exclusão da prova ilícita onde porventura se pretenda utilizá-la em benefício do réu: aí deverá prevalecer a garantia constitucional da “ampla defesa” (art. 5º, nº LV)³⁴.

O texto da Constituição não estende a *exclusionary rule* às chamadas provas ilícitas “por derivação”. Na doutrina e na jurisprudência, contudo, tem repercutido a tese norte-americana dos “*fruits of the poisonous tree*”. Avalizou-a o Supremo Tribunal Federal em algumas decisões, invariavelmente por votação não unânime³⁵; mas nem sempre se ateu a ela: repeliu-a, por exemplo, também por maioria de votos, no julgamento da Ação Penal nº 307, proposta contra o ex-Presidente Fernando Collor de Mello e outros³⁶.

Seja como for, é inegável a penetração, no ambiente jurídico nacional, de idéias norte-americanas acerca do tema. Dá testemunho disso o anteprojeto concernente a provas, elaborado pela Comissão de Reforma do Código de Processo Penal: na modificação proposta para o art. 157, o § 1º declara também inadmissíveis “as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras”.

31 É o que noticia o *Jornal do Brasil*, seção *Informe JB*, de 18.6.2000, com relação ao juiz **Walter Maierovich**, antigo titular da Secretaria Nacional Anti-Drogas.

32 Para o qual parece inclinar-se, por exemplo, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *Direito à prova no processo penal*, S. Paulo, 1997, págs. 105/6.

33 Vide ao propósito BARBOSA MOREIRA, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, S. Paulo, 1997, págs. 107 e segs., espec. 112 e segs. Adere em termos explícitos ao critério da proporcionalidade ANTONIO SCARANCE FERNANDES, *Proc. pen. const.*, cit., pág. 82.

34 Consoante reconhece o próprio ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit., págs. 106/7. Cf., no mesmo sentido, LUIZ FLAVIO GOMES, in LUIZ FLAVIO GOMES – RAUL CERVINI, *Interceptação telefônica*, S. Paulo, 1997, págs. 147/8 (com outras indicações bibliográficas).

35 Por exemplo: 16.11.1993, *Habeas Corpus* nº 69.912, in *Rev. For.*, vol. 332, pág. 381. Indica outros precedentes LUIZ FLAVIO GOMES, ob. cit., págs. 145/6.

36 O acórdão está publicado, na íntegra, na *Rev. For.*, vol. 335, págs. 183 e segs. Vide, sobre o ponto, as págs. 185 e 367 (voto do Ministro **Celso de Mello**, que expressamente aplicava a tese).

Pretende-se consagrar assim, no plano da legislação ordinária, a tese dos “frutos da árvore venenosa”, com restrições cuja origem não é difícil rastrear.

4. Ao *privilege against self-incrimination* corresponde, em nosso ordenamento constitucional, a garantia inculpada no art. 5º, nº LXIII, *verbis*: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. A disposição está a pique de repercutir no art. 186 do Código de Processo Penal, tal como soará se vingar o anteprojeto da Comissão de Reforma: passará o *caput*, com efeito, a determinar que o réu seja informado pelo juiz, antes de iniciar-se o interrogatório, do direito de permanecer calado e de não responder a perguntas que lhe sejam formuladas; e o parágrafo único acrescenta: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa e tampouco poderá influir no convencimento do juiz”. Inverter-se-á desse modo a disciplina da matéria, em ponto capital, já que, segundo o texto de 1941, deveria o juiz, ao contrário, advertir o acusado de que, “embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

Importa notar que entre nós se vem dando à garantia extensão maior que no seu próprio berço. É o que sucede quando se extrai do direito ao silêncio, constitucionalmente consagrado, a inadmissibilidade de provas que não se relacionam com aquilo que o indiciado ou o acusado *diz*. Sirvam de exemplo as impugnações que se têm levantado à utilização de aparelhos destinados a medir o teor da intoxicação por álcool, à exigência do fornecimento de padrões gráficos, e assim por diante³⁷. Como antes se mostrou (*supra*, II, 4), tal entendimento não acha apoio no direito norte-americano, nem pode portanto ser atribuído, *sic et simpliciter*, à sua influência.

5. Resta dizer algumas palavras sobre a posição do juiz e das partes na atividade processual e particularmente na instrutória. Ao propósito é comum discorrer em termos de uma contraposição entre “processo inquisitório” e “processo acusatório”. Mas o uso dessas expressões não raro se envolve em densa névoa conceptual, que se estende a muitas das menções habitualmente feitas à relação entre “processo acusatório” e *adversary system*. Assim, *v.g.*, há quem, nos Estados Unidos, enxergue no *accusatory system*, entendido como aquele que põe o ônus da prova no órgão governamental, uma “*parte básica*” do *adversary system*, o qual, por sua vez, se inspira na idéia de que a competição entre as partes, ambas empenhadas em vencer, conduz ao triunfo da verdade (“*sporting theory of justice*”)³⁸. Da exaltação do papel das partes à depreciação do reservado ao juiz o passo é curto. Em semelhante perspectiva, não surpreende que às vezes se invoque entre nós o princípio acusatório para negar que entre os poderes do magistrado haja de figurar o consistente em tomar iniciativas probatórias³⁹. Já outra opinião, de superlativa autoridade, estabelece distinção nítida entre “processo acusatório” e *adversary system*, à luz da qual se torna perfeitamente possível compatibilizar com o sistema acusatório a atribuição de poderes instrutórios ao órgão judicial, no curso do processo⁴⁰.

É preferível que nos abstenhamos de confiar em terminologia tão vacilante,

37 Um exemplo: o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 8.9.1998, *Habeas Corpus* nº 77.135, assentou que não se pode constringer o acusado, sob cominação de pena de desobediência, a fornecer padrões gráficos do próprio punho.

38 Assim SAMAHA, *ob. cit.*, págs. 7/8.

39 É o que, *v.g.*, sustenta GERALDO PRADO, *Sistema acusatório*, Rio de Janeiro, 1999, pág. 129.

40 Nesse sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER, “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”, comunicação ao XVI Congresso Mexicano de Direito Processual, agora *in A marcha do processo*, Rio de Janeiro, 2000, págs. 77 e segs.

cujo emprego, não poucas vezes, antes confunde que esclarece. Registre-se, de passagem, a observação de autor italiano, para quem a palavra “acusatório”, nesse contexto, já se acha “estragada”⁴¹ pela equivocidade. Mais vale, pois, deixar de lado os rótulos e cuidar dos conteúdos.

Que se tem propagado a outros ordenamentos a tendência, de marca norte-americana, a depreciar o papel do juiz, em confronto com o das partes, pelo ângulo aqui focalizado, é fato que se impõe à atenção de qualquer observador. No Código de Processo Penal italiano de 1988, ilustram o asserto dois pontos característicos: a compressão em *numerus clausus* das iniciativas instrutórias do órgão judicial, que só está habilitado a tomá-las nas hipóteses indicadas na lei (art. 190.2), e a adoção do interrogatório cruzado das testemunhas, no *dibattimento*, por uma e por outra parte (art. 498). De resto, são bem claras as palavras com que eminente jurista peninsular apontou a diretriz fundamental da reforma de 1988, qual a de instaurar um modelo processual que reservasse papel menos ativo ao juiz e, correlatamente, maior espaço às partes⁴².

Estará a influência norte-americana por alcançar, aí também, o nosso país? Sem embargo de uma ou outra manifestação doutrinária, não se vêem sinais concretos de que nos preparemos para coarctar os poderes do juiz na instrução probatória, aliás em regra insuficientemente exercitados na prática. Talvez se depare no anteprojeto da Comissão sobre prova testemunhal ligeiro eco da disciplina da inquirição qual vigora nos Estados Unidos e atualmente, por imitação, na Itália. Refiro-me ao art. 212 do Código de Processo Penal: enquanto hoje em dia as perguntas das partes são formuladas por intermédio do órgão judicial, estabelece o texto proposto que elas o sejam “diretamente à testemunha”. Afigura-se oportuno, a meu ver, um acréscimo, tendente a deixar explícito que se faculta ao juiz, em seguida, formular ele próprio as perguntas que ainda entenda necessárias para o cabal esclarecimento dos fatos. Reconheço que semelhante ressalva não consta *expressis verbis* do vigente art. 212, mas trata-se de possibilidade tradicionalmente admitida, e é de todo aconselhável que continue a admitir-se – à semelhança, aliás, do que na Itália dispõe o art. 506, 2ª alínea, do vigente *codice di procedura penale*. O acréscimo aqui sugerido eliminaria qualquer suspeita de que se tenha a intenção de reduzir o juiz, nesse momento importante da atividade instrutória, a um “convidado de pedra”.

*Publicado originalmente na Revista nº 12 jul./dez. 2000, p. 89.

41 No original, *logora*: FERRUA, *Studi sul processo penale*, vol. II, Turim, 1992, pág. 187. Note-se que a crítica à denominação não impede o autor de ser entusiasta do modelo.

42 Assim, AMODIO, no vol. col. cit. em a nota 9, *supra*, pág. XXV.

A REPRESENTAÇÃO E A LEI N° 9.099/95

JULIO FABBRINI MIRABETE*

1. Introdução

A Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e, em seu art. 88, prescreve que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões corporais culposas. Várias questões devem ser estudadas e resolvidas quanto à aplicação dessa norma aos fatos ocorridos anteriormente à vigência da lei, bem como sua repercussão frente a outros dispositivos penais e processuais. Com o sentido de provocar o debate sobre essas questões, que nos parece essencial e urgente por já estar em vigor o referido diploma, que altera o panorama penal e processual penal nas hipóteses tão freqüentes desses delitos, pretendemos discorrer sucintamente a respeito do assunto.

2. Retroatividade da lei

Há um consenso no sentido de que a representação, embora basicamente matéria de direito processual, é também um instituto de direito material. Decorre essa conclusão do fato de que o não oferecimento da representação no prazo previsto em lei acarreta a decadência do direito de queixa e de representação, causa extintiva da punibilidade. Como a extinção da punibilidade é matéria penal, por excluir a possibilidade do exercício do *jus puniendi* do Estado, deve a sua aplicação no tempo ser regida pelas normas constitucionais e penais relativas ao assunto. Assim, uma nova lei que exija a representação como condição de procedibilidade para a aplicação da lei penal a infrações penais, quando na lei anterior eram objeto de ação penal pública incondicionada, por ser mais benéfica é aplicável aos fatos ocorridos antes de sua vigência. É o que deflui do art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal, e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, ao preverem, por exceção ao princípio geral da irretroatividade da lei penal, a retroatividade da norma mais benéfica.

É correta, portanto, a conclusão de que o art. 88 da Lei n° 9.099, por ser norma mais benéfica que a anterior, é dotado de retroatividade, devendo ser aplicado aos fatos criminosos ocorridos antes de sua vigência.

3. Aplicação às ações em andamento

Com fundamento nessa conclusão, se tem defendido a tese de que o art. 88 da citada lei é aplicável inclusive aos processos em andamento, se no dia de sua vigência não tiver transitado em julgado a sentença. Tratar-se-ia de norma mais benigna, portanto retroativa em qualquer hipótese (Cf. GOMES, Luiz Flávio, *Suspensão Condicional do Processo Penal*, p. 207; DEMERCIAN, Pedro e MALULY, Jorge Assaf, *Juizados Especiais Criminais*, p. 121; ARAÚJO, Carla Rodrigues de, *Juizados Especiais Criminais*, p. 39; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro, *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, p. 80; BITENCOURT, Cezar Roberto, *Juizados Especiais*

* Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo.

Criminais e alternativas à pena de prisão, p. 129). Por isso, a partir do início da vigência da lei, em todos os processos em curso, ou seja, em que não houve trânsito em julgado da sentença, teria se tornado obrigatória a representação, sob pena de se julgar extinta a punibilidade.

Parece-nos, entretanto, que há obstáculos jurídicos à aceitação dessa tese. Em primeiro lugar, se acatada a orientação, não se pode justificar que a representação seja exigida apenas aos processos em que não ocorreu o trânsito em julgado. A regra constitucional e o dispositivo penal que dão fundamento a essa conclusão não limitam a aplicação da norma mais benigna aos fatos anteriores, impondo-se a retroatividade inclusive aos fatos definitivamente julgados e atingindo todos os efeitos penais de uma sentença condenatória, como prevê o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal. É de se ressaltar que, conforme a doutrina, a relação processual instaurada com o recebimento da denúncia persiste após a sentença condenatória transitada em julgado, durante a execução da pena, sendo esta nada mais nada menos que a última etapa da ação penal condenatória. Não se esgota o processo com o trânsito em julgado, mas somente com o cumprimento da pena ou sua extinção e depois de produzidos os efeitos penais da condenação. De acordo com o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, em consonância com a Constituição Federal, que não prevê nenhuma limitação à retroatividade da lei mais benigna, a lei posterior, que **de qualquer modo favorecer o agente**, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. Não havendo na Constituição e, portanto, na lei, nenhuma limitação à aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, que estende seus benefícios inclusive a todos os efeitos penais da sentença condenatória, não é possível distinguir entre os casos em que há trânsito em julgado e aqueles em que ainda não há decisão definitiva. Sendo assim, a adoção da tese implicaria a necessidade de representação inclusive nos processos na fase executória, seja quando o condenado esteja cumprindo a pena, está submetido ao *sursis* ou ao livramento condicional, e, porque não, às hipóteses em que a condenação esteja provocando efeitos penais (reincidência, inscrição no rol dos culpados, etc.). Ora, é intuitivo que tal conclusão levaria ao absurdo, não podendo ser aceita.

Deve-se, portanto, conciliar a afirmativa inicial de que a norma do art. 8º. da Lei 9.099 exige aplicação retroativa com a conclusão de que não se pode julgar extinta a punibilidade pela decadência nas hipóteses mencionadas acima.

A solução decorre do alcance da premissa inicial de que a necessidade de representação, sendo de natureza também penal, é exigência da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. Como já se afirmou, essa **carga penal** da representação deve-se ao fato de que, quando não oferecida no prazo legal, acarreta a decadência. Devemos lembrar, porém, que, segundo a doutrina penal e processual penal pacífica, conforme à nossa legislação, a decadência é **a perda do direito de ação ou de representação**. Também segundo a lei e a doutrina, como consequência, a decadência do direito de representação somente pode ocorrer antes de iniciada a ação pública a ela condicionada. Significa isto que a **carga penal** dessa **condição de procedibilidade** deixou de existir quando já foi instaurada a ação penal. Iniciado o processo antes de entrar em vigor a lei que passou a exigir essa condição de processabilidade, não há que se falar em decadência do direito de representação, e, portanto, na sua falta como causa extintiva da punibilidade. Não se pode falar na perda do direito de representação quando este foi exercido regularmente.

Por essa razão, é possível concluir que a regra prevista no art. 88 da Lei 9.099 é retroativa, aplicando-se aos fatos ocorridos antes do início da vigência da lei, mas não pode alcançar os processos em andamento por ter se extinguido o

aspecto penal da representação com a instauração da ação penal na época em que ela não era exigida. Exercido o direito da ação penal pública pelo Ministério Público quando ainda não era exigida a representação, não há que se falar em **decadência intercorrente**, ou seja, durante o processo penal condenatório. Não é possível sujeitar agora o **prosseguimento da ação penal** a essa condição de procedibilidade que, por sua natureza, deve **anteceder** à instauração da ação penal.

4. O prazo do art. 91 da Lei 9.099

Prevê o art. 91 da lei que, nos casos em que esta lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência. Essa disposição tem servido aos defensores da tese da aplicação do art. 88 aos processos em andamento para afirmar que a regra se destina a essas hipóteses. Entretanto, ousamos discordar, *data venia* dos doutos doutrinadores que assim se têm manifestado. Refere-se aquele dispositivo evidentemente aos crimes ocorridos antes da vigência da lei. Mas a sua finalidade é propiciar às vítimas desses delitos oferecer a representação que não era exigida por ocasião do ilícito e da instauração do inquérito. Exige, portanto, a lei que seja o ofendido intimado para ser alertado de que, por não ter sido iniciada ação penal, somente com a formulação da representação pode isto ser feito. Precaução da lei para que não seja a vítima prejudicada pela decadência sem que tivesse conhecimento da necessidade de prover a condição de procedibilidade, exigida pela lei após a instauração do inquérito policial. Assim, em todos os inquéritos policiais em andamento e nos autos em poder do Ministério Público para oferecimento da denúncia deve proceder-se à mencionada intimação, para evitar-se, como registra expressamente o artigo, a **decadência**. E esta só pode ocorrer antes de iniciada a ação penal, não depois de instaurada.

Não concordamos, *data venia*, aliás, com a opinião de que a lei, no art. 91, está se referindo a uma **condição de prosseguibilidade** e não à decadência. A interpretação não pode ser *contra legem*, para se entender que o termo “decadência” deva ser entendido ora como “condição de procedibilidade” (art. 88), ora como “condição de prosseguibilidade” (art. 91). A decadência é sempre a perda do direito de ação ou de representação e a ela se refere o art. 91. Já exercido o direito de ação por parte do Ministério Público quando a ação penal não exigia a representação, não há que se falar em decadência. Caso a vontade da lei fosse obrigar a iniciativa da vítima para o prosseguimento do processo penal já instaurado, referir-se-ia expressamente a um pedido de **prosseguimento** da ação penal. Na inexistência de disposição expressa em contrário, **decadência** continua a ser a perda do direito de ação ou de representação, já que, nos termos do art. 92 da Lei 9.099, aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com o referido diploma legal.

Supondo-se, porém, que não se faça ou não se consiga fazer a referida intimação antes de iniciada a ação penal. Nessa hipótese, o prazo de decadência será de seis meses, como determinam os arts. 103 do Código Penal e 38 do Código de Processo Penal. Como esse prazo não corria antes da lei, por inexistente a regra, o termo inicial é o do início da sua vigência. A partir de 26 de novembro de 1995, portanto, iniciou-se o prazo de decadência de 6 meses para todos os casos dos crimes mencionados ocorridos anteriormente. Excetua-se, entretanto, a hipótese de intimação da vítima, em que o prazo é de trinta dias a contar da intimação.

5. Revogação da Súmula 608 do STF

Com fundamento no art. 101 do Código Penal, que prevê ação pública incondicionada nos ilícitos que tenham como elemento ou circunstância do tipo legal fatos que por si mesmos constituem crimes em que caiba essa espécie de ação, o STF editou a Súmula 608: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, ação penal é pública incondicionada”. Assim, havendo vias de fato ou lesão corporal na hipótese desse crime (ou atentado violento ao pudor), dispensada era a queixa ou a representação da vítima. Com a nova lei, porém, está revogado o referido enunciado. Passando, na hipótese da lesão corporal a exigir-se a representação, é inaplicável no caso o artigo do Código citado. Assim, os processos penais em caso de estupro ou atentado violento ao pudor, seja caso de violência ou ameaça, exigem a queixa, ou a representação nos casos em que esta é permitida em substituição àquela.

É de se anotar que, em decorrência do que foi exposto e no item anterior, a conclusão a respeito da revogação da Súmula 608 do STF só tem relevância para os casos em que ainda não foi instaurada a ação penal. Exercido o direito de ação pelo Ministério Público antes da vigência da lei, não há mais que se falar em decadência.

6. Extensão do art. 88

Outra questão a ser resolvida é a que concerne à extensão do disposto no art. 88 da lei à contravenção de vias de fato (art. 21 da LCP). Sob o argumento de que essa infração, consubstanciada também em violência, é um *minus* com relação ao crime de lesões corporais, por não causar ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima, já se defende a tese de que a representação deve ser também exigida para a apuração desse ilícito menor. Embora formulada com um fundo lógico e por medida de equidade, essa orientação é, no mínimo, perigosa, pois, além de contrariar o sistema legal brasileiro, que só exige a representação em casos expressos, vedando a analogia, levaria a uma total insegurança na aplicação do dispositivo. Pelo raciocínio adotado para estender a obrigatoriedade da representação à contravenção das vias de fato, o mesmo deveria ocorrer, p. ex., para o crime de rixa simples (art. 137, *caput*, do CP), ilícito de menor gravidade do que as lesões e que nada mais é do que a prática de violência dos agentes em que não se pode identificar os sujeitos ativos e passivos de crime de lesão corporal ou da contravenção de vias de fato. Também não estaria fora da hipótese a necessidade de se estender a interpretação ao crime menos grave de maus tratos simples (art. 136, *caput*, do CP), que no mais das vezes se configura pela violência abusiva praticada pelo agente contra o ofendido, com fim de correção e disciplina. E por que não estender a interpretação ao crime de perigo para a vida e a saúde de outrem (art. 132 do CP), da mesma gravidade que a lesão corporal, sem que resultado lesivo ocorra? E se é necessária também a representação para o crime de lesões corporais culposas, por que não ampliar o alcance da norma em discussão para abranger a contravenção de direção perigosa de veículo na via pública, de menor gravidade que uma lesão culposa do delito de trânsito que poderia ter sido provocado pelo motorista? Parece-nos evidente, assim, que a conclusão inicial, quanto à contravenção de vias de fato não deve prevalecer, sob pena de gerar incertezas e perplexidades aos aplicadores do direito, e, em maior escala, aos envolvidos nos ilícitos mencionados na amostragem, tudo pela aplicação extensiva da norma a casos não previstos expressamente em lei, contrariando o sistema normativo.

7. Conclusão

São essas algumas das questões que devem ser examinadas pela nossa jurisprudência, cabendo aos magistrados brasileiros as soluções exigidas pelo ordenamento jurídico nacional na aplicação dos novos dispositivos legais de modo a que se preserve o quanto possível o direito positivo e se evitem o tumulto processual e a diversidade nos julgamentos que só podem conduzir à insegurança aos destinatários da lei.

**Publicado originalmente na Revista nº 3 jan./jun. 1996, p. 127.*

PROBLEMAS RELATIVOS À INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

MARCELLUS POLASTRI LIMA*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Natureza da Interceptação telefônica. 3. Formas de captação eletrônica de prova. Encontro fortuito. 4. Utilização como prova emprestada. 5. Interceptação de dados de informática. 6. A duração da Interceptação. 7. Conclusão.

1. Introdução

Muito já se falou acerca da interceptação telefônica, mas ainda persiste alguma divergência sobre sua natureza e, ainda, alguns problemas correlatos que merecem indagação.

É o que pretende examinar este pequeno estudo, ou seja, identificar a natureza de tal medida e, ainda, se deter sobre três problemas: as formas de captação eletrônica de prova, o encontro fortuito de outro crime não objeto da interceptação, o uso da interceptação telefônica como prova emprestada, a questão da interceptação de dados de informática e, por fim, o problema de sua duração.

2. Natureza da interceptação telefônica

Não há dúvida de que a medida de interceptação telefônica se constitui valioso em instrumento de investigação e de obtenção de prova contra o chamado crime organizado e, dada sua utilização em grande escala, tal tem gerado grande discussão doutrinária e divergências jurisprudenciais sobre sua utilização.

Antes do advento da Constituição de 1988, tínhamos o Código Brasileiro de Telecomunicações, que, no artigo 56, § 2º, autorizava que os **“serviços fiscais das estações e postos oficiais poderiam interceptar telecomunicação, não se constituindo em violação (art. 57, II, e,) o conhecimento dado ao juiz, competente, mediante requisição ou intimação deste”**.

Após a promulgação da Carta Constitucional, surgiu a indagação se o dispositivo do Código de Telecomunicações teria sido recebido pela Constituição, pois, neste caso, bastaria o juiz fazer a requisição na forma daquele diploma legal. Porém, acabou o Supremo Tribunal Federal, em apertada votação,¹ concluindo que não, pois seria necessário o advento de uma nova lei que viesse a regulamentar o texto constitucional, fixando as hipóteses e formas da interceptação a serem deferidas por ordem judicial.

A questão foi resolvida com o advento da Lei nº 9.296, de 24/7/1996, que passou a tratar da matéria como exigia o texto constitucional, admitindo a interceptação telefônica, desde que haja:

* Doutor e Mestre em Direito pela UFMG, com ênfase em Direito Processual Penal. Professor-Doutor (Adjunto) da UFES-Graduação e no Mestrado *stricto sensu*. Procurador de Justiça-RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal.

¹ *Habeas Corpus* nº 69.912-0-RS.

1. autorização judicial, por solicitação do Ministério Público ou outra Autoridade;
2. demonstração de existência de indícios razoáveis de autoria na participação do fato investigado ou a ser investigado;
3. investigação, em tese, de crime apenado com reclusão.

O certo é que, em havendo interceptação telefônica sem o cumprimento destes requisitos legais, esta se constituirá em prova ilícita e não poderá ser utilizada no processo.²

Trata a interceptação telefônica de “coação processual in re”,³ sendo que a doutrina a considera meio ou forma de **apreensão imprópria**, no sentido de que através desta ser possível a apreensão dos elementos fonéticos que formam a conversa telefônica. O resultado da interceptação – que é uma operação técnica – seria, assim uma **fonte de prova**. Meio de prova seria o documento (a gravação e sua transcrição) a ser introduzido no processo.⁴

O procedimento, em regra, erigido por lei para se obter a interceptação (fonte de prova), sem dúvida é uma **medida cautelar referente à prova**, consoante se vê do ensinamento de ADA PELLEGRINI GRINOVER:

O provimento que autoriza a interceptação tem natureza **cautelar**, visando assegurar as provas pela fixação dos fatos, assim como se apresentam no momento da conversa. Por isso mesmo, a operação só pode ser autorizada quando presentes os requisitos que justificam as medidas cautelares (*fumus boni iuris e periculum in mora*), devendo, ainda, a ordem ser motivada.⁵⁻⁶

2 Note-se que o STF tem mitigado a rigidez absoluta do dispositivo constitucional e da Lei nº 9.296/96, sendo que, em caso de interceptação ilícita onde foi descoberta prova **contra outra pessoa que não aquela que a interceptação visava**, considerou a prova lícita. Neste caso, o STF considerou válida escuta em telefone de concubina de traficante, mesmo não havendo individualização na autorização judicial do meliante (HC nº 78.098-DF, Rel. Min. Moreira Alves, in *Informativo STF*, 134).

3 MARIA THERESA ROCHA DE ASSIS MOURA, de forma perspicaz, defende não ser possível a interceptação de conversa telefônica entre o acusado e seu advogado, *in verbis*: “A interceptação da comunicação telefônica entre o indiciado, ou acusado e seu defensor, relativamente aos fatos objetos de investigação criminal ou de instrução criminal, está, a nosso ver, vedada. E assim o afirmamos tendo em vista o disposto nos arts. 5º, inc. LXIII, e 133, da Constituição Federal; art. 8º inc. II, letra “d”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e arts. 7º, inc. II, e 34, inc. VII, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia). O dever de segredo entre advogado e cliente é inerente ao exercício do direito de defesa, garantido constitucionalmente, assim como o é a inviolabilidade do exercício da advocacia. Há, ainda, a acrescentar que se o advogado, na condição de “confidente necessário”, está obrigado a guardar segredo profissional, tanto que a violação deste, sem justa causa, constitui crime (art. 154 do Código Penal), além de consubstanciar infração disciplinar, não pode e não deve o Estado intrometer-se na conversa, mormente em prejuízo do cliente. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Interceptação telefônica: breves reflexões. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, nº 21, p. 411, 1998.

4 GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 147.

5 GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, obra citada, p. 147-148.

6 Conforme a autora, também é assim em outras legislações, como dos Estados Unidos da América, Alemanha, Itália, Suíça, Dinamarca, Canadá, Países Baixos, Suécia, Portugal, Uruguai, Japão, Israel e Grécia.

Segundo TORQUATO AVÓLIO, a utilização da cautelar

enseja, pois, evitar que a situação existente ao tempo do crime venha a se modificar durante a tramitação do processo principal, e, nesse sentido, visando conservar, para fins exclusivamente processuais, o conteúdo de uma comunicação telefônica, pode ser agrupado entre as cautelas conservativas [...] exige-se, para tanto, os requisitos que justificam as medidas cautelares. Quanto ao *fumus boni iuris*, a questão é delicada, pois da mesma forma que ocorre a busca domiciliar, a autoridade concessora da medida deve dispor de elementos seguros da existência de um crime, de extrema gravidade, que ensejaria o sacrifício da *privacy*. No tocante ao *periculum in mora*, deve ser considerado o risco ou prejuízo que da não realização da medida possa resultar para investigação ou instrução processual.⁷

Ratificando a natureza cautelar do procedimento que viabiliza a interceptação, assim se manifesta RACHEL MENDONÇA, citando, também, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CARNELUTTI:

a apreensão *in re* teria a característica de um provimento cautelar com o fim de assegurar, no processo, meio probatório tendente a permitir o real convencimento do órgão julgador e a efetiva prestação jurisdicional. Se as provas são os instrumentos através dos quais se confere ao jurisdicionado um provimento final, reflexo da verdade material alegada, estas seriam imprescindíveis para a finalidade do processo. Nesse sentido, a referida autora, cita, ainda, Carneluti, que esclarece que o **juiz deve ver as coisas**, assim como se **apresentam no momento da infração penal**, justificando para tanto a finalidade cautelar.⁸

Portanto, estando presente a exigência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, trata-se o provimento erigido em lei para obtenção do meio de prova, inequivocadamente, de **medida cautelar**.

Porém, tal afirmativa não pode de maneira alguma ser generalizada, pois de acordo com o Professor GERALDO PRADO:

É necessário fixar desde logo que a interceptação das comunicações telefônicas terá em regra natureza jurídica cautelar, voltada à aquisição e preservação de provas. Isso, porém, será a regra, como sublinhado, quando a interceptação for determinada no curso de uma investigação criminal. De outro modo, decretada no desenvolvimento do processo penal, a natureza jurídica da interceptação será de meio de prova, submetendo-se de imediato ao contraditório.⁹

7 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 102.

8 MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 110.

9 PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*.

Assim, deve ser diferenciado, se a decretação da interceptação se dá no curso da investigação ou da ação penal, mas, não havendo dúvida que, em se tratando de utilização para fins de investigação, sua natureza é cautelar, conforme acentua o próprio GERALDO PRADO:

[...] tomando como parâmetro a interceptação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal, preparatória, portanto, para o exercício da ação penal, o caráter provisório da providência caracteriza sua natureza cautelar. Diz-se que nesta hipótese a interceptação tem natureza cautelar, dirigida à apreensão e preservação de informações que serão úteis durante o processo principal (de conhecimento condenatório), porque durante período limitado a inviolabilidade das comunicações telefônicas de alguém estará afetada.¹⁰

O fumus boni iuris está presente no inciso I, do art. 2º da Lei, ao exigir os **indícios razoáveis da autoria (ou de participação) em infração penal**. Quanto ao *periculum in mora* se encontra na exigência do art. 4º da Lei 9.296/96, que exige que o pedido deve conter **a demonstração de que sua realização é necessária à apuração da infração, e, ainda, no próprio inciso II, do art. 2º, que não admite a interceptação se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis**.

Critica LENIO STRECK, a utilização do termo “necessidade” na lei, apesar da importância na fixação de tal requisito,

até porque a Lei trata da invasão na esfera dos direitos fundamentais, que melhor seria o Poder Legislativo – justamente para um melhor resguardo dos direitos fundamentais da intimidade e privacidade – tivesse usado a palavra **indispensável**, o que tornaria a dicção da lei mais condizente com o conhecido *periculum in mora*, de uso comum em nosso Direito.¹¹

Porém, pensamos que a palavra necessidade, *in casu*, foi utilizada com o sentido de **excepcionalidade** e mesmo **indispensabilidade**, elementos demonstradores do *periculum in mora*.

3. Formas de captação eletrônica de prova. Encontro fortuito

Autores sustentam que a lei em questão, ao se utilizar da expressão **interceptação de comunicações de qualquer natureza**, abrangeria as interceptações feitas por terceiro, com ou sem consentimento de um dos interlocutores.¹²

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 51-52.

¹⁰ PRADO, Geraldo. obra citada, p. 32.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2001, p. 53.

¹² Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Idem*, p. 42, citando Antonio Scarance Fernandes.

Assim não pensamos. Para nós, quando a lei se refere à **interceptação de comunicações de qualquer natureza**, quer-se referir que a forma de comunicação telefônica pode ser de mais de um tipo, ou seja, não só aquela via aparelho telefônico usual, não dizendo respeito às diversas formas de se operar a interceptação.

É necessário diferenciar as várias formas da captação eletrônica da prova. Se há interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o consentimento dos interlocutores, temos o **grampeamento** ou interceptação telefônica propriamente dita ou *stricto sensu*. Por outro lado, pode haver a interceptação da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um ou dois interlocutores, o que se pode denominar **escuta telefônica**, e que não é, *stricto sensu*, interceptação telefônica, na forma da lei. Portanto, a nosso ver, a Lei nº 9.296/96 disciplina somente a interceptação telefônica propriamente dita, ou seja, a realizada por terceiro sem o conhecimento ou consentimento de ambos os interlocutores, e não outras espécies de gravações ou captações de conversas telefônicas.

Duas questões merecem reflexão. A primeira diz respeito à seguinte indagação: se, autorizada uma interceptação telefônica e efetuada na forma que preceitua a lei, é descoberto outro crime diverso daquele que justificou a medida, como, *v.g.*, autorizada para investigação de tráfico, descobre-se um sequestro. Seria válida tal prova?

Se interpretada a lei de forma rigorosa, não seria possível a utilização desta prova, mas, para alguns, seria admitida, pois a origem da interceptação foi lícita.

Melhor o meio termo. Conforme SCARANCE FERNANDES:

Busca a doutrina situar a questão num ponto médio. Admite possível ilicitude por desvio do objeto da interceptação ou busca autorizada, mas nem toda a prova obtida em relação a crime diverso daquele da autorização será ilícita. O critério aventado é o da existência de nexo entre os dois crimes¹³

Neste sentido, LUIZ FLÁVIO GOMES e RAÚL CERVINI, denominando tal situação de **encontro fortuito** e defendendo que, mesmo não havendo conexão, a descoberta vale como *notitia criminis* para se iniciar a investigação.¹⁴

Obviamente que, em um encontro fortuito de outra prova, simplesmente desconhecer a gravidade de, *v.g.*, crimes como de sequestro ou homicídio, que também atacam bens constitucionalmente protegidos, seria uma irracionalidade, sendo que a consideração da prova aqui também passa pela necessária adoção de um princípio que desfaça a rigidez absoluta da vedação da prova ilícita, qual seja o princípio da proporcionalidade.

4. Utilização como prova emprestada

A segunda questão refere-se à utilização ou transposição da prova obtida mediante interceptação regular ou lícita, autorizada por juiz de determinado processo criminal, **para outro processo** (prova emprestada). Seria possível?

¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 94.

¹⁴ Cf. GOMES, Luis Flávio e outro. *Interceptação telefônica - Lei 9.296 de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 193-194.

Nenhuma dificuldade haverá em se tratando do mesmo acusado nos dois processos, tendo sido aquela prova obtida mediante o crivo do contraditório, podendo, assim, ser utilizada a interceptação como prova emprestada, limitando-se o juiz, em sua livre apreciação, a dar o devido valor a este tipo de elemento probatório.

Quanto à utilização em processo cível, autores como VICENTE GRECO FILHO entendem não ser possível, por ser uma forma de, por via oblíqua, desobedecer à norma constitucional.¹⁵

Neste sentido, também, LENIO LUIS STRECK, ao comentar a Lei de Interceptação Telefônica, afirmando que “sendo a Lei dirigida especificamente ao processo penal, é evidente que não será possível o uso da prova colhida mediante interceptação em outro processo, é dizer, a dicção da Lei 9.296 não dá azo ao uso da assim denominada prova emprestada”.¹⁶

Argumenta-se que no art. 5º, XII, *in fine*, só se admite a interceptação para o processo penal, e daí não ser admitida no cível aquela prova ali produzida, mesmo se nos moldes da lei.

Assim não pensamos, dado o princípio da **unidade** do processo, já que todos os ramos advêm de um mesmo tronco. A norma constitucional em apreço só autoriza a interceptação para a apuração de crimes, mas não veda a utilização da prova **emprestada**, mormente porque o sigilo foi quebrado licitamente.

Tratando-se a parte contra a qual for utilizada a prova no cível do mesmo réu do processo criminal, nenhuma objeção há de se fazer. Ora, a interceptação foi lícita, e, assim, não vemos motivo para a não admissão da prova. Imagine-se o exemplo de ser necessária a utilização da sentença penal, que serve de título executório no cível, para execução neste Juízo. A própria lei processual estabelece a possibilidade de se utilizar tal sentença condenatória no cível, para fins de ressarcimento de dano (art. 63 do Código de Processo Penal).¹⁷

Obviamente que não poderá haver impugnação daquela sentença criminal sob o argumento de que baseada em interceptação telefônica, até porque, como sabiamente argumenta JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, existe a **coisa julgada**, “**pois tudo que interessa, para a execução civil, é verificar se se trata de sentença passada em julgado. Nenhuma objeção extraída do que sucedeu na instrução do processo-crime pode ter aqui a virtude de impedir semelhante execução**”.¹⁸

O STF, acolhendo esta posição, entendeu que é perfeitamente possível se utilizar de interceptação realizada em um processo criminal em outro processo, como “prova emprestada”, pelo menos no caso do mesmo imputado, pelo que se vê do informativo 512 *verbis*:

“Sigilo de comunicação telefônica. Interceptação licitamente autorizada. Transposição para processo disciplinar. “Prova emprestada”. Possibilidade. Inq. 2725-SP, rel. Min. Carlos Brito, julgado em 25.06.2008”.

15 GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica* – considerações sobre a Lei nº 9.276, de 24 de julho de 1996. Saraiva: São Paulo, 1996, p. 23-24.

16 STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2001, p. 41.

17 Defendem a possibilidade de utilização GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 194.

18 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro. nº 04, p. 112, jul-dez. de 1996.

Neste julgado, consoante informa RAFAEL BARRETO:

“...considerou-se não afrontar à Constituição Federal ou à lei o entendimento de que a prova decorrente de interceptação lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, possa ser-lhe oposta, na esfera própria, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submetido, como prova do mesmo ato visto sob a qualificação jurídica administrativo ou disciplinar. Aduziu-se que outra interpretação do art. 5º, XII, da CF, e do art. 1º da Lei 9.296/96 equivaleria a impedir que o mesmo Estado, que já conhece o fato na sua expressão histórica correspondente à figura criminosa e, como tal, já lícitamente apurado na esfera penal, invocasse sua prova oriunda da interceptação para, sob as garantias do devido processo legal, no procedimento próprio, aplicar ao agente a sanção cabível relativa à gravidade do ilícito administrativo, em tutela de relevante interesse público e restauração da integridade do ordenamento jurídico”.¹⁹

5. Interceptação de dados de informática

Questão tormentosa é de se saber se seria possível a interceptação de dados de informática, sendo que, parte da doutrina sustenta que o texto constitucional somente excepcionou a interceptação telefônica e não a de dados.

Ocorre que o artigo 1º da Lei nº 9.296/96 dispõe que **o disposto nesta lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.**

Consoante ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “[...] a Constituição, no art. 5º, XII, traz como regra a inviolabilidade da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, só excepcionando, no último caso, ou seja, em relação às comunicações telefônicas propriamente ditas [...]”.²⁰

LENIO LUIZ STRECK, corretamente, a nosso ver, entende que não há inconstitucionalidade *in casu* e argumenta:

O parágrafo único, ao estender a possibilidade de interceptação também ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, apenas especificou que a lei também atingirá toda e qualquer variante de informações que utilizem a modalidade “comunicações telefônicas”. Ou seja, objetivou a Lei estender a aplicação das hipóteses de interceptação de comunicações telefônicas a **qualquer espécie de comunicação**, ainda que realizada mediante sistemas de informática, **existentes ou que venham a ser criados, desde que tal comunicação utilize a modalidade comunicações telefônicas.** Isto porque o constituinte, ao utilizar a expressão **comunicações telefônicas**, deixou patente que abarcava a possibilidade de o Estado

¹⁹ BARRETO, Rafael. Retrospectiva de Informativos do STF-2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 17/20.

²⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 122.

interceptar **informes em tráfego** [...] quisesse o constituinte limitar a interceptação simplesmente aos telefonemas entre pessoas, não teria usado **comunicações** lato sensu. Sabe-se que, com o avanço da informática, permite-se a prática de comunicações via computador, por exemplo a Internet, cujo veículo é o telefone.²¹

Portanto, em se tratando de comunicação via Internet, a regra é que o sistema funcione através de **linha telefônica**, admitindo-se, a nosso ver, a interceptação de tal comunicação, desde que previamente autorizada judicialmente, na forma da lei.

Também as comunicações via telemática (uso combinado de computador e meio de comunicação diverso), como o *faxmodem*, podem ser passíveis de interceptação autorizada judicialmente, já que “este é um dispositivo que permite a transmissão e a recepção de informações digitais de um computador para outro, **através de linha telefônica**”.²²

De outra parte, há de se distinguir entre sigilo de **banco de dados e interceptação das comunicações de dados**, pois, conforme bem esclarece TORQUATO AVOLIO, “enquanto estas são invioláveis, a teor do art. 5º, inciso XII, parte final da Constituição [...] a quebra do sigilo dos dados constantes de arquivos estanques pode ser autorizada judicialmente, nos casos previstos em lei”.²³

Assim, pode ser autorizada judicialmente a violação do sigilo bancário, de contas telefônicas, com registros de ligações, podendo inclusive o legítimo detentor, inexistindo obrigação de sigilo, trazer tais dados ao processo.

No que se refere à correspondência eletrônica (*e-mail*), abstraindo-se o fato de ser ou não ser a mesma enviada através de linha telefônica, a solução será a mesma, pois, se já arquivada em disco rígido do computador, poderia se dar a apreensão e utilização como prova, pois tratam-se de dados estanques.

A hipótese é a mesma da correspondência comum, pois, conforme TORQUATO AVOLIO,

interceptar correspondência significa desvendar o seu conteúdo antes que ela alcance o destinatário, o que constitui, ademais, crime de violação de correspondência. Até então, o sigilo da correspondência, que poderia ser chamado inviolabilidade das comunicações postais, é mesmo uma vedação de caráter absoluto. Já uma vez recebida a carta, não se trata mais de comunicação, mas de documento particular, cuja apreensão pode se dar mediante autorização judicial nos casos previstos em lei.²⁴

No que se refere à comunicação via Internet, é de se observar que esta se opera via transmissão telefônica, e, assim, é perfeitamente coerente a interpretação de que seria cabível a prévia autorização judicial, na forma da Lei nº 9.296/96, e, desta forma interceptada, seria a prova lícita.

21 STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2001, p. 47.

22 STRECK, Lenio Luiz.. ob. cit., p. 47.

23 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 227.

24 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Ob. cit., p. 230-231.

6. A duração da Interceptação

Vexata quaestio é a possibilidade da prorrogação contínua da interceptação telefônica, acentuando-se que o STJ, através de sua 5ª Turma (RO 13.274-RS), sendo Relator o E. Ministro Gilson Dipp, entendeu que “a interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos”.

Ocorre que o art. 5º da Lei nº 9.296/96, dispõe que o prazo da interceptação não pode exceder a quinze dias, “**renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova**”.

E aqui mais uma vez, de forma correta, argumenta GERALDO PRADO que:

A interceptação das comunicações telefônicas por tempo indeterminado, independentemente de ser prospectiva, tal seja orientada a descoberta de crimes que ainda serão praticados, ou de ter índole cautelar (apenas no discurso), voltada à aquisição de informações sobre delitos já realizados e investigados, resulta na quase irresistível sedução que os modernos mecanismos de captação das conversas telefônicas proporcionam. [...] Essa intimidade e, mais, a inviolabilidade das comunicações telefônicas são direitos fundamentais! A restrição do exercício desses direitos por óbvio está autorizada pela própria Constituição da República. A supressão temporária só o estará nas formas e casos definidos por essa mesma Constituição [...] A referida lei não pode - e seus intérpretes não devem - admitir compreensão ao sigilo das comunicações telefônicas em grau de restrição superior ao do estado de defesa (art. 136, § 1º, I, c e § 2º da Constituição da República) [...] **Supor que o mais grave estado de instabilidade social deva ser tratado com medidas mais brandas que as dirigidas ao controle da criminalidade comum, ainda que envolvida em crimes violentos, praticados por organizações criminosas ou contra a ordem econômica não é razoável [...].**²⁵

Com efeito, a interceptação contínua por tempo indeterminado desnatura a natureza cautelar do instituto, suprimindo o requisito da temporariedade, e traz um conflito com a restrição à comunicação telefônica em hipótese mais grave, ou seja, em caso de estado de sítio, previsto constitucionalmente, com prazo peremptório de 30 dias prorrogáveis por mais 30 dias.

Destarte, a prorrogação deve ser feita uma única vez por mais 15 dias, na forma da lei respectiva, **mas entendemos que poderá ser admitido novo pedido de interceptação**, quando serão aduzidos novos motivos ou demonstrando-se persistir os anteriores. O que se impede é que a mesma autorização seja por prazo indeterminado, mas novas decretações judiciais no mesmo feito, mesmo que de forma sucessiva, não resta impedido.

25 PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 37, 38 e 40.

7. Conclusão

Como visto não é tão tranquila a identificação da natureza da medida de interceptação telefônica, sendo que tudo depende do momento de sua captação e utilização, sendo certo, ainda, que se admite a utilização dos dados obtidos em relação a crime diverso daquele objeto da interceptação, ao menos para fins de se instaurar investigação a respeito.

Outrossim, é perfeitamente possível a utilização da interceptação obtida em processo criminal em outro feito, mesmo que não seja criminal, conforme, inclusive vem reconhecendo a jurisprudência.

Apesar das divergências a respeito, é possível a interceptação de dados de informática, mormente quando sua comunicação se dá via telefone.

E, por fim, se bem que a interceptação telefônica não pode ser decretada por prazo indeterminado, é necessário salientar que o que não pode é termos uma interceptação por prazo indeterminado com relação a uma decretação judicial em razão de pedido original. Uma vez já prorrogada se extingue a interceptação. Porém, sendo necessária, ainda, a investigação, nada obsta seja feito e deferido judicialmente novo ou novos pedidos de interceptação.

**Publicado originalmente na Revista nº 40 abr./jun. 2011, p. 141.*

ANOTAÇÕES SOBRE A ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL FINANCEIRA: O RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA DO CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS

MATEUS PICANÇO DE LEMOS PINAUD*

“Toda literatura é autobiográfica, em última instância. Tudo é poético na medida em que confessa um destino, na medida em que nos dá um vislumbre dele” (Jorge Luiz Borges)

1- Intróito

Cerca de uma década após a extinção do Serviço Nacional de Inteligência (SNI) o Estado Brasileiro redemocratizado, em reafirmação institucional, finalmente tornou a voltar atenções para a produção, manejo e difusão de conhecimento. Esse o contexto no qual a Lei nº 9.883/99 instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN), cometendo-lhe a missão precípua de assessorar o Presidente da República em assuntos de interesse nacional e, para tanto, prevendo que inteligência deve ser entendida como a atividade de

obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.²

Mesmo antes da instituição do SISBIN, contudo, a Lei nº 9.613/98 criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão dotado de função disciplinar, com atribuição para aplicar penas administrativas bem como apto a receber, examinar, identificar e comunicar ocorrências suspeitas de atividades ilícitas referentes à ocultação de bens, direitos e valores,³ esta referente à repressão da prática criminosa conhecida por lavagem de dinheiro.

Afora a peculiaridade de o COAF ter sido instituído antes mesmo do próprio SISBIN, a confluência em seus objetivos foi legalmente reconhecida quando o Decreto nº 4.376/02, ao regular a organização e funcionamento do Sistema, previu o Conselho de Controle como um de seus órgãos componentes, representando o Ministério da Fazenda ao lado do Banco Central e da Secretaria da Receita Federal.⁴

A atribuição de comunicar operações atípicas que encerrem tipologia de lavagem de dinheiro é corolário das opções estruturantes de uma República que não se pretenda solo fértil à lavagem de capitais, salutar em uma terra *onde plantando tudo dá* e diante de uma prática delituosa que desconhece fronteiras com o mesmo desprendimento que reconhece facilidades em quaisquer entaves jurídicos que lhe permita discricção e, *a fortiori*, impunidade.

* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

² Art. 1º, parágrafo 2º da Lei nº 9.883/99.

³ Art. 14 e art. 15 da Lei 9.613/98.

⁴ Art. 4º, VII do decreto 4.376/02.

O estudo do fenômeno criminoso em si, incluindo suas razões e motivações, é antecedente lógico à discussão acerca do próprio delito e nos crimes contra a ordem financeira ostenta didática aproximação.

Com efeito, dos desígnios da maldade aos desejos do ego, muito já se perquiriu acerca do que determina a delinquência penal em determinados momento e lugar. Perpassando tais circunstâncias, a partir das quais se vislumbram sentimentos subjacentes e emoções primitivas, se destaca o lucro monetário.

Nessa senda, não basta traficar drogas ou armas de fogo, não basta ser corrompido ou corromper. É determinante da satisfação humana que as vantagens econômicas, ou no dizer da Lei nº 9.613/98 *os bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime*⁵ sejam utilizáveis pelos agentes criminosos, tanto para mero deleite quanto para o financiamento e perpetuação da atividade ilícita.

E tudo se faz através de dinheiro desvinculado de sua origem criminosa e com aparência de lisura: “lavado”.

Daí a opção pela criminalização⁶ da conduta que no Brasil se denomina lavagem de dinheiro⁷ bem como a desconcertante constatação de que não é da busca pelo lucro, mas sim da sua exitosa localização, não é do apuro da persecução penal, mas sim dos absurdos volumes de capital “lavado”, que resultaram operações mais sofisticadas para escamotear montas cada vez maiores.⁸

E considerando o poderio da criminalidade organizada, sua penetração no ambiente público e poder de corrupção, uma forma eficiente de acompanhamento do fluxo financeiro se encontra na instituição do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), que comunica aos órgãos de persecução a realização de operações atípicas, tipologias de lavagem de dinheiro, por meio de relatórios de inteligência financeira.

Tal ocupação não é exclusividade brasileira e, muito ao revés, constitui demanda do G-7 a partir de seu Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro (GAFI), órgão do qual o COAF é o representante brasileiro.⁹

5 Art. 1º, *caput* da Lei n. 9.613/98 que disciplina a criminalização da lavagem de dinheiro, estatuindo os delitos que são antecedentes necessários.

6 “...o fenômeno da lavagem de dinheiro não é novo, havendo referências de que já na Idade Média, época em que a usura, além de crime, era um pecado, já se dissimulava a origem de tais valores.” BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo in Aspectos Gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. Lavagem de Dinheiro – Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado (2007), pág. 17.

7 “optou-se, no Brasil, pela expressão *lavagem de dinheiro*, referida na própria ementa da lei, em lugar de branqueamento utilizada em Portugal, considerada politicamente incorreta, pois assentado na oposição entre branco e negro, respectivamente como bom e mau. A expressão utilizada pode parecer coloquial à primeira vista, mas era consagrada pelo uso e está de acordo com expressões utilizadas em outros países, tais como *Money laundering*, em inglês, expressão que seria decorrente da utilização de cadeias de lavanderias automáticas como meio para a lavagem de dinheiro por parte de organizações criminosas de tipo mafioso nos Estados Unidos, tendo sido utilizado pela primeira vez naquele país, em processo judicial de perda de dinheiro supostamente oriundo de tráfico de cocaína na Colômbia. Na Alemanha e na Suíça utilizam-se as expressões *Geldwaschen* ou *Geldwäscheri*. Em Francês, utiliza-se *blanchiment d’argent*. Em espanhol, utilizam-se as expressões *blanqueo de capitales* e *lavado de dinero*. (...) Em italiano, o termo utilizado é *riciclaggio di denaro sporco*. De notar que a ementa da lei não fala exatamente em lavagem de dinheiro, mas de bens, direitos ou valores, de modo a abranger também tais ativos como objeto do crime...”

8 MONTÓYA, Mario Daniel in Máfia e Crime Organizado – Aspectos Legais. Autoria Mediata. Responsabilidade Penal das Estruturas organizadas de Poder. Atividades Criminosas. Rio de Janeiro (2007) Editora Lumen Iuris, pág. 390.

9 “O COAF integra também o Grupo de Egmont, composto por algumas unidades financeiras de inteligência reunidas pela primeira vez no Palácio de Egmont-Aremberg, em Bruxelas, Bélgica, com o objetivo de promover um fórum visando incrementar o apoio aos programas nacionais de combate à lavagem de dinheiro dos países que o integram.” BALTAZAR JÚNIOR, Ob. Cit., pág. 16.

Compreendida a relevância de sua existência, e o êxito de sua atuação, é esperado aumento na utilização dos relatórios de inteligência financeira do COAF em investigações criminais e, pela natureza da apuração, aguardado o debate respectivo nos Tribunais Superiores.

O momento, portanto, é de refletir sobre o principal produto do COAF em subsídio ao enfrentamento da criminalidade.

2 - Desenvolvimento

“Conhecimento sem ação é burocracia, ação sem conhecimento é burrice.” Cel. Romeu Antônio Ferreira¹⁰.

2.1 - Limite histórico

A origem dos serviços de inteligência, como os conhecemos hoje no Brasil, traz consigo uma herança ressentida bem sintetizada por PRISCILA BRANDÃO:

Existe uma grande dificuldade em se reconhecer a atividade de inteligência enquanto legítima e necessária por grande parte das sociedades, principalmente naquelas que emergiram recentemente de estados autoritários.

Essa resistência está relacionada ao fato de nessas sociedades, os organismos de inteligência civis e militares terem funcionado como aparato repressivo do Estado e, consequentemente, como principal eixo de sustentação do poder antidemocrático.¹¹

Assim no gênero, que dizer na espécie, notadamente diante da opção brasileira de, sob o pálio da anistia, não depurar os excessos do seu período autoritário em processos judiciais.

Com efeito, esse caminho não favorece o reconhecimento da importância da atividade de inteligência e o ressentimento sufocado pela anistia repercute numa rejeição, por vezes irrefletida, de tudo que advenha do tema.

Ocorre que os desafios estratégicos do país não se suspendem, assim como as questões não deixam de existir simplesmente por não nos ocuparmos delas. Não há Estado que se pretenda desenvolvido sem gestão de conhecimento, noutras palavras, sem atividade de inteligência.

Na precisa descrição de MARCOS CEPIK

o regime político brasileiro é uma democracia consolidada, com importantes déficits estruturais e atitudinais que são refletidos em medidas mais desagregadas de liberdade e igualdade. (...) ... o Estado Brasileiro está fragilizado pela vulnerabilidade da economia a choques externos, pelo alto grau de endividamento público e pela baixa capacidade de investimento e custeio na área de defesa.¹²

10 Conferência realizada na Escola Superior de Guerra em 03 de maio de 2011.

11 BRANDÃO, Priscila Carlos. *Serviços Secretos e Democracia no Cone Sul. Premissas Para Uma Convivência Legítima, Eficiente e Profissional*. Niterói: Editora Ímpetus, 2009, pág. 14.

12 CEPIK, Marco A. C. *Regime Político e Sistema de Inteligência no Brasil: Legitimidade e Efetividade como*

É no presente contexto os relatórios de inteligência financeira do COAF se consolidam como um instrumento dissuasório eficaz de enfrentamento da criminalidade financeira, sendo fundamental sua compreensão e fomento em contraposição a uma modalidade do fenômeno criminoso que desconhece escassez.

2.2 - Concepção do RIF no COAF

Mais do que identificar movimentações financeiras atípicas, o COAF contribui para situar a economia brasileira num quadro de oficialidade em que as riquezas do País não sejam fruto do trânsito livre da atividade criminosa, organizada ou não, num fenômeno que em última escala torna a economia refém dos recursos criminosos nela internalizados para ocultação.

A facilidade em lavar dinheiro atrai operações ilegais para determinado país, alimenta-lhe a corrupção, e se fortalece da integração entre Estados e Corporações num dos aspectos duais mais pronunciados da chamada globalização. A lavagem de dinheiro desacredita a própria livre iniciativa e, em casos extremos, cria o que se convencionou designar de economia subterrânea, condicionando o comportamento da economia formal, perpetuando-se num círculo vicioso cruelmente eficaz.

Nesse sentido é ilustrativa a afirmação de MONTROYA (2007):

aproximadamente um bilhão de dólares é injetado a cada dia no mundo dos negócios através da lavagem de dinheiro.¹³

Portanto, mais do que identificar movimentações **atípicas** ou potencialmente criminosas, é necessário que o sistema de acompanhamento permita, como de fato permite, comunicação entre o órgão de monitoramento, o COAF, e os órgãos de persecução, Ministério Público e Polícias, a fim de que efetivamente se reprimam os crimes financeiros e assim se fortaleça a própria legitimidade do Estado.

Contudo, não basta prever o contato entre os órgãos. Não basta sequer que tal contato exista. É necessário que os canais de comunicação sejam céleres e seguros, a fim de que seus dados não se percam no labirinto de espelhos do Estado-Administração ou se vejam sindicados de modo protelatório na vastidão dos palácios do Estado-Juiz.

2.3 - Encaminhamento ao MP (RJ)

Um Relatório de Inteligência Financeira (RIF) do COAF, comunicando a prática de operação financeira atípica, ingressa no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro endereçado ao seu Procurador-Geral da Justiça, não raro com a indicação de que expediente de igual teor foi remetido também ao Ministério Público e Polícia Federal. Do gabinete da chefia Institucional do *Parquet* fluminense é despachado para um dos Centros de Apoio Operacional lá existente, a partir da pertinência temática, até ser repassado à Promotoria de Justiça com atribuição para dele conhecer. Como não há regramento próprio para tramitação do documento, o RIF também costuma ser depurado, vezes antes, vezes depois de remetido à Promotoria de Justiça, por

Desafios Institucionais disponível em <http://secr3tas.info/reading-room/cepikds32011rr/>, acessado às 17h do dia 21 de julho de 2011.

13 MONTROYA, Mario Daniel *in Ob. Cit.* pág. 397.

outros órgãos de apoio ao promotor de Justiça, notadamente suas Coordenadorias de Segurança e Inteligência (CSI) e Coordenadoria de Tecnologia em Investigação e Análise no Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (COTEC - LD). Ao final, após uma tramitação previsível, porém não prevista, o promotor de Justiça com atribuição se debruçará sobre o conhecimento consolidado.

Diante do roteiro sobredito é de se reconhecer que, durante sua tramitação no Ministério Público, o RIF será manuseado por membros e servidores sem atribuição para presidir a atividade final de Ministério Público, vale dizer, investigação propriamente dita, até chegar ao conhecimento do promotor de Justiça junto a uma Promotoria de Justiça de investigação penal ou tutela coletiva em sentido amplo (improbidade administrativa, infância e juventude, idoso, pessoa portadora de necessidades especiais, educação, saúde e consumidor), sem prévia ciência deste quanto à existência do documento. Noutras palavras, se houver alguma investigação em curso, é possível que esta venha a ser encerrada enquanto o RIF a ela relativo ainda tramita, sem conhecimento da autoridade responsável por tomar iniciativas a partir dos dados nele contidos.

Questão que assume contorno ainda mais delineado pela leitura da mensagem contida nos ofícios de encaminhamento de RIF, qual seja:

com o intuito de resguardar a integridade das pessoas que, por obrigação legal, devem fornecer informações ao COAF, e do sistema brasileiro de inteligência financeira, o RIF não deve ser exposto aos relacionados, pelo que não é recomendada sua inclusão em inquéritos ou processos.¹⁴

A referência ao sigilo se espraia para os documentos ditos classificados, regulamentados pelo Decreto Federal nº 4.553/02, alterado pelo Decreto nº 5.301/04, e os documentos de inteligência, estes disciplinados no Decreto nº 37.272/05 do Estado do Rio de Janeiro, de conformidade com o Sistema de Inteligência de Segurança Pública instituído pelo Decreto nº 31.159/02 do mesmo Ente Federativo.

Nesse ambiente de tensão entre conhecer e atuar, reconhecendo a relevância em salvaguardar a efetividade dos informes de inteligência, o Decreto 4.553/2002 prevê, no parágrafo único do seu artigo 17, a elaboração de extratos de documentos sigilosos para fins de divulgação ou execução, por consentimento expresso da autoridade classificadora, destinatária ou autoridade hierarquicamente superior competente para dispor sobre o assunto.

Tal regulamentação, *de lege ferenda*, não se apresenta como solução definitiva pois, com a devida vênia, encerra mero jogo de palavras entre documentos e extratos de documentos, sem indicação do conteúdo e, sobretudo, sem enfrentamento conceitual do ambiente não devam tramitar informes classificados.

De lege lata, crê-se ter sido essa a solução adotada pelo MP/RJ através de sua CSI no que se batizou Transmissão Interna de Conhecimento.

14 E no próprio Relatório de Inteligência se alerta que o documento é "CONFIDENCIAL, nos termos do parágrafo 1º, art. 23 da Lei 8.159/91; O destinatário deste relatório é responsável pela preservação do sigilo das informações nele constantes; A confiabilidade de um sistema de inteligência depende da preservação das fontes de informação; O presente relatório destina-se a subsidiar as autoridades competentes nas investigações porventura existentes ou que venham a ser realizadas; Este relatório de inteligência é realizado com base em informações realizadas pelas entidades obrigadas conforme a Lei 9.613/98 e disponíveis no banco de dados."

3 - Tangenciamentos:

Seria então o caso dos órgãos de inteligência do Ministério Público simplesmente promoverem o registro do conhecimento consolidado no RIF, para posteriores consultas e formação de banco de dados?

Creemos que não.

Num ambiente republicano os canais de inteligência se legitimam para o assessoramento dos mandatários da República, ou seja, extraem a razão de sua existência da reafirmação dos valores da sociedade.

Exemplo didático dessa índole instrumental é o próprio COAF, cujos dados de inteligência se prestam ao combate da lavagem de dinheiro, atribuição que será exercida pelo Ministério Público e pela Polícia.

Não é por outra razão que o RIF, nada mais do que o relatório de inteligência (RELINT) produzido pelo COAF, deve ser considerado um documento de inteligência *sui generis*, pois concebido não apenas para assessoramento do decisor mas, e sobretudo, com o objetivo concreto de subsidiar o combate à criminalidade.

Apresenta-se, portanto, quando se estiver diante de uma operação financeira atípica ou que encerre tipologia de lavagem de dinheiro, uma informação classificada e de interesse criminal, confrontando informação qualificada com o sistema processual de nulidades.

Contudo, documento classificado e secretismo não se confundem. O COAF é uma realidade reconhecida por todos os escritórios de advocacia criminal financeira, sua forma de atuação é conhecida, e quando cotejada com a objetividade dos dados que encerra, será contestada em desabono de eventual investigação criminal.

Tome-se como exemplo argumentação recentíssima aduzida perante Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

A defesa impetrou prévio writ, visando à declaração de nulidade da prova utilizada nos autos da Ação Penal nº 2008.72.00.006023-3, ao argumento de que seria ilegal a investigação iniciada por comunicação realizada pelo COAF à Polícia Federal, violando o sigilo do paciente, sem qualquer indício de prática de ilícito. Daí o presente mandamus, no qual os impetrantes alegam que o pedido de quebra de sigilo fiscal e bancário e de interceptação telefônica foi lastreado substancialmente em um Relatório de Inteligência lavrado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) encaminhado à autoridade policial, “sem, contudo, haver indícios da prática de qualquer delito, mas somente apenas operações “atípicas”. Afirmam que o COAF, ao encaminhar à Polícia Federal ofício contendo informações protegidas por sigilo em razão da suposta prática de atividades “atípicas”, violou o sigilo bancário e fiscal do paciente, sendo, pois, ilícita tal prova, assim como todas dela derivadas. Destacam que “o COAF somente está autorizado a compartilhar informações com os órgãos de persecução penal quando, e somente quando, concluir pela existência da prática de crimes previstos na Lei 9.613/98, ou quando haja fundados indícios de sua prática ou de qualquer outro ilícito – nos termos da Lei em questão” Ressaltam que o COAF não concluiu que as informações referentes ao paciente e demais acusados denotassem a

prática de qualquer crime, fazendo menção a movimentações atípicas, ou seja, anormais. Concluem que, “sendo somente ‘atípicas’, as informações sobre movimentações/operações financeiras não poderiam ser compartilhadas – sob pena de violação ao sigilo constitucionalmente assegurado”. (...)” (grifamos)

A despeito da argumentação defensiva, é esperado que o COAF não conclua pela existência da prática de crimes simplesmente por que não tem atribuição para tal. A persecução criminal a cargo das Polícias e do Ministério Público, culminando na formação da *opinio delicti* por um promotor de Justiça, reserva ao COAF um papel de assessoramento, não de conclusão.

Ao analisar o conhecimento consolidado no RIF as Polícias e o Ministério Público instauram seus procedimentos, e no curso dos quais formulam eventuais requerimentos, a partir de conclusões que lhe são próprias, não do COAF.

Portanto, e vez outra, o jogo de palavras tão usual no Direito tenta retirar credibilidade do COAF ao eventualmente substituir “indícios da prática de crime” por “ocorrência de movimentação atípica” quando a Câmara de Controle das Atividades Financeiras apenas buscou apuro técnico na utilização do vernáculo, em prestígio da atribuição de outros integrantes do SISBIN, aos quais se reserva constitucionalmente a persecução criminal.

Anuncia-se, portanto, o que nunca constituiu novidade, mas que ainda contribui para certo embaraço conceitual quanto à atuação do COAF: o que se compreende por movimentação atípica não é a mera operação financeira incomum. Mesmo por que a prática criminosa que a enseja não o é.

Muito ao revés.

Movimentação atípica reproduz expediente internacionalmente descrito como sendo aquele utilizado para lavagem de dinheiro, com a conseqüente dissimulação da origem dos recursos advindos dos crimes que lhe sejam antecedentes.

É exatamente nesse sentido que decidiu o Tribunal Regional Federal da 4^o Região, *verbis*:

*Recebidas informações acerca de movimentações financeiras pelo COAF, incumbe à este proceder à respectiva análise. Ao final, sendo identificadas condutas **que possam caracterizar atividade ilícita**, fará comunicado ao(s) órgão(s) competente(s) para as medidas cabíveis. - **Não compete ao COAF efetuar investigação exaustiva para firmar convicção acerca de eventual prática delituosa, uma vez que o juízo que lhe compete é o de aparência.** - Agindo o COAF dentro do limite previsto pela legislação de regência, a comunicação efetuada à autoridade competente, acerca de eventual prática ilícita, não vicia a prova decorrente produzida em investigação posterior. (Grifamos)*

O rol de operações atípicas não é um arroubo brasileiro, muito menos do COAF, como de resto a própria criminalização da lavagem de dinheiro, cuja origem remonta à Convenção de Viena em 1988, subscrita por 169 países e ratificada pelo Brasil em 1991, também não é.

Cuida-se de esforço internacional que concebeu um sistema baseado na comunicação de operações suspeitas (COS), pois segundo regras de experiência utilizadas na dissimulação da origem criminosa de recursos financeiros, monitoradas por um órgão central. O COAF, no Brasil.

A necessidade de proteção das economias frente à ocultação e reinserção de ativos provenientes de práticas criminosas também resultou, em 1989, na criação do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI). O GAFI é um mecanismo inter-governamental gestado no âmbito do G7, sediado em Paris e atualmente é composto por 34 países membros, 2 organizações internacionais e mais de 15 observadores. Utiliza-se do princípio da “pressão dos pares” para verificar o nível de implementação das suas recomendações (mecanismo de avaliação mútua) e congrega membros entre Países desenvolvidos ou com influência regional. Possui presidência por mandato anual, tendo sido presidido pelo Brasil entre julho/2008 e junho/2009. O Brasil também atua no Grupo de Ação financeira para a América do Sul (GAFISUD), constituído em 2000 e com sede em Buenos Aires.

Dentre as recomendações do GAFI, a de número 26 estatuiu que os países devem criar uma Unidade de Inteligência Financeira (UIF) que sirva como centro nacional para receber, analisar e transmitir declarações de operações suspeitas de constituírem lavagem de dinheiro ou financiamento do terrorismo. A UIF deve ter acesso, direto ou indireto, em tempo útil, às informações financeiras e administrativas e provenientes das autoridades de aplicação da lei (*law enforcement authorities*), para desempenhar cabalmente as suas funções, incluindo a análise das declarações de operações suspeitas.¹⁵

Por fim, o concerto internacional de combate à lavagem de dinheiro inclui a Rede de Egmont, criada pelas UIF norte-americana e belga em 1995 e que atualmente congrega 119 UIF que se utilizam da sua chamada Rede de Segurança Egmont (ESW) para a troca de informações de inteligência financeira, em eficaz prática coordenada das suas funções operacionais.

O compromisso internacional ao qual o Brasil se alinhou, portanto, é fruto de refletido estudo diplomático entre regimes constitucionais sólidos, dos quais o Brasil extrai sua matriz de declarações de direitos e garantias individuais, constituindo mais um passo evolutivo no balanço de responsabilidades que legitima o próprio Estado de Direito.

A partir da comunicação oficial de ocorrência de operações atípicas, materializada no RIF, a conclusão acerca de ocorrência de uma prática criminosa concretamente será concluída por uma investigação regularmente instaurada perante os órgãos com atribuição para executar a persecução criminal.

Ora, se quando muito o RIF se equipara a notícia-crime, a questão é compatibilizar a participação do Ministério Público e das Polícias entre os canais de inteligência, como instrumento de sua efetividade e fortalecimento de todos.

Isso por que a própria concepção do COAF, repete-se, vê-se inserida na manutenção da oficialidade da economia e repressão à criminalidade financeira, ganhando contornos institucionais junto ao Ministério Público e Polícias quando da

15 “Cada Estado parte considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro” (Art. 7º, 1, b). Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231/2003 e promulgado pelo Decreto Legislativo nº 5015/2004.

persecução criminal propriamente dita, tudo animando pelo notório princípio da obrigatoriedade.

Assim não sendo, e sob o argumento inicial de que operação atípica não pode sequer ser investigada para apurar-lhe causas e consequências, ou mesmo sob a justificativa de que os documentos sigilosos não devem circular fora da salvaguarda respectiva, talvez a razão estivesse com o dito popular quando sentencia que “a ignorância é uma benção.”

Em tema de combate à criminalidade dificilmente será.

A remessa do RIF ao Ministério Público e Polícias configura procedimento legal e legítimo, previsto em lei, *ex vi* do art. 11, II, “a” da Lei nº 9.613/98.

O RIF, na medida em que destaca operações financeiras atípicas, constitui mera peça informativa sigilosa que, à semelhança da chamada denúncia anônima, não pode servir para fundamentar, solitariamente, a instauração de inquérito policial ou outro procedimento investigatório formal.

De fato, trânsito de quantia vultosa pelo titular de determinada conta-corrente, por si só, não constitui conduta ilícita nem pode levar à presunção de que o correntista tenha praticado algum fato típico. Contudo, do escalonamento de dados pode surgir a necessidade de formalizar-se uma investigação, por exemplo: trata-se de servidor público sem lastro patrimonial para tamanha movimentação; é sócio ou possui parentes próximos de sociedades empresárias *off-shore*; tais sociedades fornecem produtos os serviços ao Estado; tais contratos possuem preços acima dos valores de mercado ou foram outorgados sem o competente certame licitatório; adquiriu recentemente obras de arte, jóias ou títulos podres; comprou, por intermédio de pessoa jurídica, imóveis ou carros de luxo e deles se utiliza em regime de comodato; retirou-se do controle societário de em favor de ex-funcionários ou parentes sem histórico empresarial e etc.

Havendo suspeita em abono da atipicidade da operação, a partir da depuração dos dados (*v.g.*, através de consultas a outros órgãos como Junta Empresarial, DETRAN, Cadastro Nacional do Seguro Social, etc.) o Ministério Público, por meio do seu promotor de Justiça com atribuição, deve realizar diligências preliminares para apurar se há indícios de prática de crime, formalizando um procedimento investigatório criminal e, eventualmente, requerendo ao Poder Judiciário o afastamento dos sigilos bancário, fiscal e bursátil, requerimento esse que não raro encerra a única técnica investigativa hábil à persecução de crimes praticados em ambiente protegido pelo *status quo*, caso da lavagem do dinheiro da corrupção.

O mecanismo é previsto no parágrafo 4º do art. 1º da Lei Complementar 105 sem sobressalto pois:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.¹⁶

16 RT-STF 709/418; STJ - 6ª T. RHC nº 2.777-0/RJ - Rel. Min. Pedro Aciole - Ementário, 08/721, in Direito

Tal escalonamento, ainda que no caso concreto a ser referido a prova tenha sido invalidada por questões que ultrapassam os limites propostos para o presente ensaio, permanece na decisão prolatada pelo STJ nos autos do *habeas corpus* nº 191.378 - DF (2010/0216887-1), *verbis*:

A controvérsia gira, em **primeiro lugar**, em torno do “**não esgotamento de todos os meios de prova disponíveis**” por parte da autoridade policial (...) baseado **apenas no Relatório de Inteligência Financeira** encaminhado pelo COAF, formulou ao Juízo Federal representações (idênticas, frisa-se) pela quebra de sigilo fiscal e telefônico dos investigados (...). Note-se que não se está, aqui, a negar a possibilidade da representação, por medidas cautelares, por parte das autoridades responsáveis, mas sim a discutir os seus “**contornos de averiguação**”, porquanto despropositado ao objetivo de vasculhar a intimidade e a vida privada das pessoas.(...)Assim, quando do conhecimento pela autoridade policial do **Relatório de Inteligência Financeira remetido pelo COAF**, além da instauração do competente inquérito policial – **o que ora não se discute** –, deveriam, e isso não diz respeito apenas ao meu modo de pensar, mas de expressa previsão legal, ter sido determinadas **diligências visando ao esclarecimento dos fatos ali descritos** (não há nenhuma notícia nos autos de que, antes dos requerimentos aqui apreciados, a Polícia Federal tenha executado qualquer diligência no sentido de apurar com mais profundidade as informações encaminhadas pelo COAF), muito mais, ainda, porque o que estava em jogo, até então, eram informações referentes a mera “movimentação financeira atípica”, não necessariamente considerada ilícita, nas próprias palavras do COAF e da autoridade policial.(...) A par desse aspecto, há que se considerar duas vertentes: a primeira, acima já mencionada, que “tais operações” fogem às situações de normalidade, ou seja, não são típicas, expressão despida, no contexto, de qualquer conotação penal. Não se pode afirmar de pronto que são ilícitas, cabendo tal juízo aos órgãos competentes. O fato de serem “atípicas” não induz, necessariamente, a que constituam condutas delituosas, a despeito de possível existência de indícios nesse sentido; a segunda, que este “relatório” serve como elemento de cunho estritamente “**subsidiário**”, isto é, voltado apenas para comunicar às autoridades competentes eventual adoção de providências cabíveis. Não incumbe ao COAF, portanto, proceder investigação para firmar convicção acerca de eventual prática delituosa, uma vez que o juízo que lhe compete é o de “**aparência**”. Consigne, a propósito, o descrito nos **Manuais de Atuação da Escola Superior do Ministério Público (ESMPU)** (fl. 40 – grifo nosso): [...] Trata-se de órgão importante para obtenção de dados para investigações levadas a efeito pelo Ministério Público ou pela Polícia [...]. [...] **O COAF não promove quebras de sigilo fiscal e/ ou bancário, não**

Constitucional, Alexandre de Moraes, 19ª ed., Atlas: São Paulo, 2006, p. 27.

processa os dados eventualmente obtidos por meio de autorização judicial, nem costuma requisitar de instituições financeiras dados complementares aos que elas lhe enviam e considera suspeitos. Como unidade de inteligência financeira, o COAF apenas centraliza as comunicações de operações suspeitas advindas do sistema bancário, promove a análise dos dados e transmite a informação a quem de direito. [...] (...) Há obrigatoriedade de comprovação da “imprescindibilidade” da medida de exceção, quando do momento de sua Decretação. Isso porque temos pleno conhecimento de que, por exemplo, provas testemunhais e periciais também se prestam para elucidar causas complexas, bastando, para isso, a realização de diligências policiais em sintonia com o andamento das ações tidas por supostamente criminosas. (...) Repito: não estou aqui propondo, de maneira alguma, fazer da impossibilidade da quebra um instrumento ancilar à consumação ou ao exaurimento de crimes. Nem de longe é o que se pretende, uma vez que a intervenção da autoridade policial é válida (e muito), como assim o é a instauração do inquérito policial ora em questão, a fim de se esclarecer e, por que não dizer, colher elementos informativos, **de forma adequada**, a respeito dos fatos tidos como potencialmente delituosos. (...) Se a **quebra de sigilo** tem, pois, sua admissão flexibilizada para fins de investigação criminal, **quando demonstrada a inviabilidade de produção da prova por outros meios**, e ainda, **quando imprescindível a medida para os fins almejados**, e tendo em conta que o **RELATÓRIO DO COAF** não se traduz como instrumento hábil, por si só, para provocar tal afastamento, a que outro entendimento poderíamos chegar senão aquele da “**ilegalidade das representações**”?!! Não se pode, insisto, tentar “justificar” o que é nitidamente “injustificável”, nem tampouco querer, sob o falso manto da relativização desse direito, **ultrapassar os estritos limites legais, extrapolar as regras do jogo** e transformar tudo isso em instrumentos abusivos, para fins inidôneos. Esse é o problema que aqui, neste *writ*, vivenciamos. Portanto, acolher o procedimento ora adotado pela autoridade policial – **representação pela quebra de sigilo sem, sequer, adotar qualquer outra medida antes** – seria o mesmo que “**ATACAR**”, e não “**PROTEGER**” **OS DIREITOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS**, porquanto desfigurada sua formação. Em suma: a ausência de **ESGOTAMENTO DE OUTROS MEIOS DE PROVA**, ou melhor, a **UTILIZAÇÃO APENAS DO RELATÓRIO DO COAF** por parte da autoridade policial responsável, leva-nos à conseqüente conclusão da chamada “prova ilegítima/ilícita”, **produzida com inobservância de imperativos ou vedações legais**. Temos que estar **conscientes para que o uso desse instrumento**, embora **digno** quando atendidos integralmente os preceitos legais, não se transforme em ferramenta para fins exclusivos de **verdadeira invasão à intimidade e à privacidade**, destituídas da necessária e específica indicação de **causa provável**, que se qualifica como **pressuposto legitimador da ruptura**.

Um reparo. Não se crê, a teor do acórdão sobredito, que exista risco de *verdadeira invasão à intimidade e à privacidade* na medida em que a publicidade porventura existente é adstrita aos interessados e sob as penas da lei. Ainda assim na hipótese de medida cautelar de afastamento de sigilo, ampla no conteúdo embora limitada no tempo, e por isso capaz de radiografar determinada movimentação bancária, fiscal, bursátil ou telefônica. Não por acaso, ela que necessita de chancela Jurisdicional.

O RIF do COAF se circunscreve ao monitoramento e difusão das operações abstratamente catalogadas como atípicas por indiciarem a prática de crimes de lavagem de dinheiro ou de seus antecedentes. E só, sem risco de invasão à intimidade de quem se utiliza do mercado financeiro.

Em comum, reafirme-se, apenas a circunstância de não raro configurarem o único possível de ser rastreado quando das práticas criminosas em comento.

Com efeito, há mera transferência dos dados sigilosos a fim de que o Poder Judiciário, convencido de sua relevância, autorize o eventual afastamento de sigilos bancários, fiscais e bursátil, nos exatos limites necessários à investigação e sempre em atenção ao caso concreto.

E se tais relatórios servirão para influenciar no convencimento do magistrado, evidente que deverão ser avaliados, quando do contraditório diferido existente em medidas cautelares, pela defesa dos investigados.

Não há sobressalto algum nisso, como de resto não há questionamento que seriamente se apresente sobre a própria constitucionalidade do RIF, ainda que em exercício de ponderação de interesses.

Mesmo a Constituição da República ressalva, nas suas declarações de direitos e garantias fundamentais, o direito de receber informações dos órgãos públicos em virtude de sigilo justificado por razão de segurança da sociedade e do Estado¹⁷.

Sociedade e Estado possuem interesse na apuração de crimes, notadamente aqueles que expõem o País no roteiro internacional do crime organizado (tráfico de pessoas, armas e drogas), corroem a estrutura estatal (corrupção e fraudes de licitação em sentido lato) e escravizam a própria economia de mercado (lavagem de dinheiro).

A vitalidade da atuação do COAF advém tanto da relevância de sua missão quanto da qualidade de seus informes, detendo maior poder de dissuasão perante criminosos do que qualquer majoração de pena, justamente pela precisão de seu monitoramento “seguinte o dinheiro”.

Nem se advogue com eventuais desvios. Esses não tangenciam a imprescindibilidade da atividade, muito menos sua constitucionalidade assim como, *mutatis mutantis*, fraudes eleitorais não negam a democracia enquanto conceito, sendo o caso de se punir os desvios nos termos da legislação de regência.

Reafirmada a constitucionalidade do RIF, reafirma-se, outrossim, o acerto na escolha de seus destinatários no Ministério Público e Polícias. Mormente diante de um ordenamento jurídico no qual, a pretexto de depurar o sistema acusatório, avizinham-se reformas do Processo Penal, inexistente razão para que o RIF fosse endereçado a outro órgão.

Destarte, a hipótese é de simples sistematização do trâmite de tais documentos, assegurando-lhes movimentação uniforme e efetividade aos dados neles contidos.

¹⁷ Art., 5º, XXXIII da CR/88.

4 - Conclusão

Os relatórios de inteligência financeira emitidos pelo COAF aos órgãos de persecução criminal encerram relevante instrumento de dissuasão e combate aos crimes de lavagem de dinheiro e seus antecedentes, decorrendo de reflexão internacional entre Estados Democráticos. Seu objetivo é monitorar a ocorrência de operações financeiras atípicas, noticiando sua realização para os órgãos de persecução penal – Ministério Público e Polícias – os quais são constitucionalmente investidos da atribuição investigatória criminal.

Concluindo-se pela existência de indícios da prática de crime será instaurada uma investigação formal, no curso da qual poderão ser requeridos judicialmente o afastamento amplo dos sigilos bancário, fiscal e bursátil dos investigados.

Trata-se, portanto, de um sistema de dupla filtragem que monitora e resguarda o manejo dos dados referentes a movimentações financeiras atípicas, o qual terá sua segurança incrementada pela regulamentação uniforme da tramitação interna do RIF no âmbito da Polícia e do Ministério Público.

5 - Referências Bibliográficas

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Aspectos Gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. Lavagem de Dinheiro – Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado (2007).

BRANDÃO, Priscila Carlos. Serviços Secretos e Democracia no Cone Sul. Premissas Para Uma Convivência Legítima, Eficiente e Profissional. Niterói: Editora Ímpetus (2009).

CEPIK, Marco A. C. Regime Político e Sistema de Inteligência no Brasil: Legitimidade e Efetividade como Desafios Institucionais disponível em <http://secr3tas.info/reading-room/cepikds32011rr/>, acessado às 13h do dia 21 de julho de 2011.

MONTOYA, Mario Daniel. Máfia e Crime Organizado – Aspectos Legais. Autoria Mediata. Responsabilidade Penal das Estruturas organizadas de Poder. Atividades Criminosas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris (2007).

PACHECO, Denilson Feitosa. Atividades de Inteligência e Processo Penal. IV Jornada Jurídica da Justiça Militar da União – Auditoria da 4º CJM, 30 de setembro de 2005, Juiz de Fora/MG. Em <http://www.advogado.adv.br/direitomilitar/ano2005/denilsonfeitozapacheco/atividadeinteligencia.htm> acessado às 16h do dia 18 de julho de 2011.

**Publicado originalmente na Revista nº 44 abr./jun. 2012, p. 101.*

O TRIBUNAL DO JÚRI NOS ESTADOS UNIDOS

NADIA DE ARAUJO* / RICARDO R. ALMEIDA**

Sumário

1. Introdução e Proposta de Trabalho;
2. O Júri na Grécia Antiga e em Roma;
3. As Origens do Júri na Inglaterra da Idade Média;
4. Evolução e Características do Júri no Direito Americano;
 - 4.1 A recepção da *common law* e do Júri nos Estados Unidos;
 - 4.2 Características do Sistema Americano;
 - 4.2.1 O processo de seleção dos jurados;
 - 4.2.3 O julgamento e o veredicto;
5. Conclusões.

1 . Introdução e proposta de trabalho

A instituição do júri é considerada uma conquista dos cidadãos no exercício de seus poderes soberanos, pois a prerrogativa do julgamento pelos seus pares constitui uma forma de garantir os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. O júri foi tradicionalmente concebido como uma salvaguarda da liberdade, como uma forma de acesso a uma justiça autônoma e independente, instruída pelo senso comum do homem médio de uma dada comunidade.

O Tribunal do Júri dos Estados Unidos está em evidência, após o curso do “Julgamento do Século”, no qual O. J. Simpson, celebridade dos esportes e do cinema, foi absolvido da acusação de duplo homicídio. O julgamento em questão trouxe para a imprensa e para o público leigo uma enorme quantidade de imagens e informações normalmente restritas a um público especializado e profissional. No Brasil, o “Julgamento do Século” também alcançou o noticiário, despertando comentários e comparações com crimes famosos aqui ocorridos. No ensejo desta renovada evidência do júri americano, este artigo pretende esclarecer alguns pontos que a imprensa é incapaz de manejar com destreza técnica.

Já há algum tempo, vínhamos estudando, sob o prisma técnico da ciência do Direito Comparado, a história e o estado atual da instituição, no Brasil e nos Estados Unidos, com o fito de lançar luz sobre seus problemas, nos dois países. O estudo ainda está em andamento, pretendendo analisar as diferenças entre os sistemas, a partir, especialmente, de uma perspectiva centrada nos caminhos que levam os jurados

* **Nadia de Araujo** é Professora dos Cursos de graduação e pós-graduação em Direito da PUC-Rio, Mestre em Direito Comparado pela George Washington University e Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

** **Ricardo R. Almeida** é estudante de Direito na PUC-Rio, bolsista do Programa Especial de Treinamento (PET-JUR-PUC-Rio) da CAPES, Bacharel em Relações Internacionais pela UNESA.

ao veredicto final. A comparação dará ênfase às diferenças existentes no processo de tomada de decisão pelos jurados, no qual, a nosso ver, procedimentos e pontos de vista antagônicos são utilizados para determinar o significado e a forma do ato de julgar, da elaboração do pensamento para chegar-se à decisão final. Desde logo, esclarecemos que não pretendemos fazer uma abordagem comparativa minuciosa e exaustiva centrada nas incontáveis diferenças processuais existentes, por não dizerem com o objetivo de nosso enfoque.

Apresentamos somente parte dos primeiros resultados do trabalho, com a exposição relativa às origens do júri no sistema americano e algumas considerações preliminares sobre o seu funcionamento naquele país, após uma pequena introdução histórica sobre suas origens remotas. A pesquisa prosseguirá com a análise do Tribunal do Júri no Brasil e, finalmente, uma comparação entre os dois modelos, sendo seus resultados destinados à publicação, sob forma monográfica.

2. O Júri na Grécia Antiga e em Roma

O princípio da justiça popular remonta à Antiguidade. A idéia seminal da existência de pares sociais só é possível quando se torna nítida a delimitação das esferas privada e pública, o que possibilita o exercício da liberdade de agir no mundo comum, construído a partir do consenso possível e desejável dos iguais.¹

E é na *polis* grega que esse espírito, republicano em essência, vai florescer. É exatamente o consenso, meta política da comunidade dos homens livres e iguais, o fim último do exercício público das técnicas da retórica, essa nobre *techné* (saber prático) que possibilita a seu artífice a conquista da adesão dos homens que freqüentam a *ágora* (praça pública) e a *Heliéia* (tribunal popular). A retórica, arte máxima do homem público grego,² vai ter portanto na *pólis* clássica (século V. a.C.) um espaço e um momento sem dúvida privilegiados: o tribunal e o julgamento, em que se enuncia e se realiza concretamente o direito.

O advento da *pólis* democrática dá pela primeira vez sentido à palavra autonomia. Os cidadãos são autônomos porque criam as próprias leis (*nomoi*) que pretendem seguir e se dispõem espontaneamente a se lhes submeter: estão sob o império da lei – e é precisamente nisto que são superiores aos *barbaroi* (estrangeiros), submetidos ao capricho de um soberano despótico.

Da mesma forma coletiva e democrática por que criam as leis em abstrato, criam também as sentenças criminais, normas concretas, aplicáveis às situações em que o conflito é mais intenso entre a conduta individual e os interesses da comunidade. Na Atenas clássica, duas instituições judiciárias velam pela restauração da paz social: o *Aerópago*³ e a *Heliéia*.⁴ Ambas apresentam pontos em comum com o júri. O *Aerópago*, encarregado de julgar os crimes de sangue, era guiado pela *prudência* de um senso comum jurídico. Seus integrantes, antigos arcontes, seguiam apenas os ditames de sua consciência.⁵ A *Heliéia*, por sua vez, era um tribunal popular, integrado por

1 V. ARENDT, Hannah. *A condição humana*, Rio, Forense Universitária, 6ª ed., 1993, caps. I e II.

2 Significa dizer: potencialmente qualquer cidadão, por força da *isegoria*, i.e., igual direito à palavra nas assembleias.

3 O mito atribui a Palas Atenéia, deusa protetora de Atenas, a criação do *Aerópago*, belamente dramatizada por Ésquilo em *As Eumênides*, parte derradeira da *Trilogia de Orestes*.

4 V. RUZÉ e AMOURETTI. *Le monde grec antique*, Paris, Hachette, 1992, pp. 150-1.

5 Estes juízes eram, entretanto, vitalícios e escolhidos pela cidade entre os homens reputados mais sábios.

um número significativo de heliastas (de 201 a 2501), todos cidadãos *optimo jure*, que também julgavam, após ouvir a defesa do réu, segundo sua íntima convicção. Parecem elementos bastantes para identificar aqui os contornos mínimos, o princípio ao qual a idéia de justiça popular historicamente se remeteria.

A *Heliéia*, sem embargo, era o centro da vida judiciária ateniense, o concorrido espaço onde os cidadãos reuniam-se em assembleia, do nascer ao pôr do sol, pondo à prova sua criação constitucional, a democracia deliberativa e direta.

A *Heliéia* seria evidentemente objeto de ácida crítica. Devido à instabilidade da democracia e à volubilidade popular povo, sempre inebriado com o discurso da ocasião, virtualmente *todos* os políticos e homens ilustres de Atenas sentaram alguma vez em seu banco dos réus. Pela tribuna dos heliastas passaram os maiores retóricos, os grandes oradores e logógrafos, tendo sido colhidas de processos reais algumas das mais importantes peças oratórias clássicas, como a *Oração da Coroa*, de Demóstenes, *Contra Eratóstenes*, de Lísias, e a *Apologia de Sócrates*, de Platão.

Muito certamente, a condenação de maiores conseqüências em toda a história da instituição foi a de Sócrates: ao mesmo tempo em que faria nascer no espírito de seu jovem discípulo Platão o ódio e a revolta – e evidentemente a descrença na justiça popular – produziria o estímulo necessário à sua empreitada filosófica profundamente crítica e reformadora.

O destaque privilegiado concedido, na crítica platônica à democracia ateniense, às instituições judiciárias em geral e à *Heliéia* em particular, confirma, *a contrario*, a hipótese de que a justiça popular foi uma vigorosa criação originária da democracia grega. Não hesitamos portanto em aqui identificar a origem da instituição do júri; decerto remota, especialmente se considerarmos seus característicos formais, porém, segura, se atentarmos para os de fundo. Neste ponto, divergimos da maior parte dos autores, que, por um lado, quando consideram a Antigüidade, preferem eleger as *questiones perpetuae* romanas como ancestral do júri, e, por outro, quando fazem abstração das remotas criações greco-romanas, apontam para os júris medievais.⁶ As primeiras nada tinham de populares; os últimos são antepassados diretos do júri moderno, do ponto de vista institucional e político, porém não do ideológico.

As *questiones perpetuae* eram um tribunal criminal aristocrático, criado em Roma, em 149 a.C., para substituir-se aos comícios populares e ao Senado no julgamento de certos crimes. Era uma justiça elitista e antipopular, pois somente senadores podiam compor a lista de jurados. Evidentemente, tornou-se de imediato objeto de conflito político entre a classe senatorial e a classe eqüestre.⁷ Em 122 a.C., o popular tribuno Caio Graco obtém a inclusão dos eqüestres nas listas de jurados. Em

Efetivamente popular era a *Heliéia*, ou tribunal dos Heliastas, que, dividida em *dikasteria* (câmaras de julgamento) com 201 a 2501 membros, selecionados por sorteio entre os cidadãos com mais de 30 anos, julgava os demais delitos. Evidentemente, exercita-se na *Heliéia* um direito bastante primitivo. Não se trata de um tribunal do júri como modernamente o entendemos. Formalmente, do júri faltam-lhe o juiz-presidente, a sala secreta, o sigilo na votação e a rejeição de jurados; caracteriza-se entretanto pela oralidade do processo, pela decisão imotivada, pela soberania de seu veredicto, pelo caráter adversarial dos debates e, sobretudo, pelo espírito democrático de participação.

6 Cf. PINTO DA ROCHA. *O júri e a sua evolução*, Rio de Janeiro, Leite Ribeiro e Maurillo, 1919; RUI BARBOSA. "Defesa do Dr. Alcides de Mendonça Lima perante o STF", in *O Direito* v. 73, 1897, pp. 46-140; e FRAGOSO, H.C. *A questão do júri*, in RF 193/20. Sobre as *questiones perpetuae*, v. GIORDANI, M.C. *Direito Penal Romano*, e, do mesmo autor, *História de Roma*, Petrópolis, Vozes, 1965.

7 Ou classe dos cavaleiros - é a "burguesia" romana, classe econômica e socialmente intermediária entre patrícios e plebeus.

70 a.C., Pompeu, então cônsul, reduz a participação senatorial a um terço do total, tornando as *quaestiones* sensivelmente mais populares. Não obstante, não deixou nunca de ser uma justiça de classe, muito longe da democracia judiciária direta exercida pelos cidadãos atenienses.

Apesar do caráter historicamente singular de sua institucionalidade, por ter florescido em meio a uma experiência política e cultural jamais repetida, o júri republicano da *pólis* grega está ideologicamente mais próximo do júri moderno e contemporâneo do que o ancestral júri inglês medieval, geralmente apontado pelos autores como sua origem mais segura.

3 . As origens do Júri na Inglaterra da Idade Média

O júri inglês é instituição de origens medievais, irradiada para todos os países em que o expansionismo britânico introduziu seu sistema jurídico, baseado na *common law*. Surge na Ilha Britânica a partir de 1066 por intermédio do conquistador normando Guilherme, tendo como mais remota reminiscência institucional direta a *inquisitio* praticada pelos reis carolíngios, da qual sabe-se ter sido uma inquirição coletiva sob juramento que o soberano dirigia a seus cavaleiros.

O Conquistador aportou na Inglaterra acompanhado de hordas de guerreiros leais que cedo se instalaram por toda parte, desapossando os senhores anglos e saxões, introduzindo nova cultura e novos costumes. Os historiadores costumam apontar a adoção do estatuto da terra vigente no continente como marco inicial do feudalismo inglês clássico. Assim, seguindo o costume feudal, a propriedade fundiária passou a ser regulada por uma pirâmide hierarquizada, tendo no seu topo o rei, susserano último da terra, e, na sua base, os servos da gleba, provedores de todo o trabalho produtivo.

Os extremos eram intermediados por uma complexa rede de direitos e obrigações sócio-jurídicas envolvendo senhores de variado poder e riqueza, que pode ser simplificada assim: concessão de terra e proteção física por parte do senhor superior, em troca de fidelidade militar, tributos e diversos serviços da parte do senhor inferior.⁸

Para proteger seus súditos normandos da natural hostilidade dos conquistados, Guilherme instituiu o “*presentment of Englishery*”, primeiro júri inglês: “*when a body was found, and its killer was unknow, the king demanded a heavy fine from the community unless a local jury would swear that the dead man was English, not Norman.*”⁹

8 “Os vassalos de Guilherme owed homage and fealty to the king and held their land in return for military service. They were under obligation to supply a certain number of knights for the royal feudal host(...) Castels, which were virtually unknow in pre-conquest England, and could only be built with royal permission, provided bases for administration and military organization” (Os vassalos de Guilherme deviam lealdade e reverência ao rei, possuindo suas terras em troca de serviço militar. Eram obrigados a suprir o exército real com um certo número de cavaleiros(...)) Os castelos, praticamente desconhecidos na Inglaterra pré-conquista, só podiam ser construídos com permissão real, vindo a fornecer as bases para a administração e a organização militar”). HASTINGS, M. e PRESTWICH, M. C. *United Kingdom*, in *Encyclopedia Britannica*, 1990, 15ª ed., p. 31. V. tb. PETIT-DUTAILLIS, C. E. *La monarquia feudal en Francia y en Inglaterra* (siglos X-XIII), México, Ed. Hisp.-Amer., 1961 e MAUROIS, André, *História da Inglaterra*, Rio de Janeiro, Pongetti, 3ª ed., s/d, trad. de Carlos Domingues.

9 ROEBUCK, Derek. *The Background of the Common Law*, Hong-Kong, Oxford, 1990, 2ª ed., p.22. (“... quando um corpo era encontrado, e o assassino era desconhecido, o rei cobrava uma pesada multa da comunidade se um júri local não declarasse sob juramento que o morto era inglês e não normando”).

À época, o irracional dominava o processo;¹⁰ até 1215, o júri, então chamado genericamente *jury of presentment*, apenas apresentava o suspeito ao *sheriff* – palavra que vem de *shire reeve*, i.e., oficial (*reeve*) do rei no condado (*shire*) –, que o admitia a julgamento nas *shire and hundred courts*, por ele presididas. Entretanto, parece ter havido uma razoável presunção de inocência e certa incapacidade de produzir – ou aceitar – as provas de autoria fornecidas pelo *jury of presentment*, pois era corrente o recurso às ordálias, procedimento místico que proporcionava ao acusado a possibilidade de um juízo indubitável e soberano – o de Deus.¹¹ O rigor do juízo, entretanto, era freqüentemente abrandado pela fraude nas ordálias, inspirada pela dúvida – evidentemente velada – sobre a justiça do método e pela compaixão que freqüentemente o supliciado suscitava.

Henrique II (1154-1189), bisneto por linha materna de Guilherme, o Conquistador, introduziu as inovações judiciárias que marcaram o início do triunfo da *common law*, i.e., o direito comum a toda a Inglaterra, sobre os ordenamentos jurídicos particularistas, baseados nos costumes de cada localidade, e submetidos à autoridade de um senhor eclesiástico ou temporal inferior ao rei. Para potencializar a tendência centralizadora deste período da monarquia inglesa, o soberano recorreu sobretudo a duas construções de inspiração jurídica, mas com profundas implicações políticas: o conceito de *King's peace* e o do domínio pessoal do rei sobre a totalidade das terras.

O primeiro conceito corresponde ao movimento de publicização do direito criminal, i.e., o predomínio da idéia de perturbação da paz pública sobre a ênfase no dano privado. Seus instrumentos jurídicos foram o *Assize of Clarendon* (1166) e o *Assize of Northampton* (1176), ordenações que excluíram a competência das cortes costumeiras e senhoriais para o julgamento dos crimes mais graves, atribuindo-a aos *King's Justices*, juízes itinerantes que iam de condado em condado acolhendo indiciamentos pelo júri e determinando os procedimentos do juízo.¹² Esta é a origem histórica da *Court of the King's Bench*.¹³ Já o segundo conceito radicaliza uma concepção feudal dos direitos de

10 O leitor moderno pode ter uma tendência a menosprezar a relevância do juramento como procedimento judiciário; no século XI, entretanto, como de resto até o Iluminismo, a consciência carregada de sincera fé dos cristãos não podia senão presumir verdadeiras as afirmações acompanhadas da chancela de Deus. Assim, os juramentos e fórmulas rituais tinham foro corrente nas práticas judiciárias medievais e credibilidade reconhecida. Cabe ressaltar que, segundo a erudita opinião de Michel Foucault, é possível que, a princípio, o júri fosse apenas o juramento coletivo de doze homens pessoalmente interessados em atestar a culpa ou a inocência de alguém, *sem necessária conexão com a verdade dos fatos*. Foucault, subtraindo relevância ao pecado do perjúrio, considera este júri uma forma de *épreuve* irracional que atestava o prestígio social do acusado. V. *A verdade e as formas jurídicas*, Rio, PUC, 4ª ed., 1991, pp. 45-6.

11 As ordálias consistiam em submeter o réu a provas físicas, muitas vezes supliciantes, em que se acreditava que a intervenção divina imprimiria no corpo do verdadeiro criminoso a sua culpa. Os clérigos aplicavam as provas, que, segundo consta, eram ponto culminante da missa. V. KEMPIN JR., F.G. *Historical Introduction to Anglo-American Law*, St. Paul, West., 1973, 2ª ed., p. 54.

12 Eis o texto da *Assize of Clarendon* de 1166 referente ao *jury of presentment*, apud ROSCOE POUND, traduzido por E. Jacy Monteiro: “Primeiro o dito rei Henrique, pelo conselho de todos os seus barões, a fim de preservar a paz e manter a justiça, determinou que se proceda a investigação em cada condado e em cada centúria, por meio de doze ou mais homens válidos das centúrias e quatro homens válidos de cada **vill** sob juramento de que dirão a verdade: se na centúria ou no **vill** há alguém acusado ou conhecido como ladrão ou assassino ou alguém que tenha sido receptor de ladrões ou assassinos ou salteadores depois que o senhor rei tornou-se rei. E que os juízes inquiram disso diante deles e o xerife diante deles”. ROSCOE POUND. *Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade*, São Paulo, Ibrasa, 1965, p. 87.

13 Foucault ressalta o quanto a disposição física do tribunal – a mesa separando o juiz das partes e as barras separando estas do público – metaforiza uma “ordem judiciária que se apresentou como a expressão do poder público: árbitro ao mesmo tempo neutro e autoritário, encarregado de resolver justamente os litígios e de assegurar autoritariamente a ordem pública”. FOUCAULT, M. “Sobre a justiça popular”, in *Microfísica do poder*, org. Roberto Machado, Rio, Graal, 10ª ed., 1992, p. 43. Na Inglaterra, a metáfora atingiu o próprio vocabulário da *common law*: a expressão “the bench” designa o juízo: a corporação dos advogados é “the bar”, e o advogado, “the barrister.”

propriedade imobiliária e possibilita ao rei a avocação dos conflitos de terra, o que foi possível graças ao *writ of right*, instrumento mandamental que dava ao seu detentor acesso à corte que futuramente receberia o nome de *Court of Common Pleas*.

No ano de 1215, o 4º Concílio de Latrão, comandado pelo Papa Inocêncio III, provocou uma significativa reviravolta na instituição do júri, ao proibir aos clérigos sua participação nas ordálias.¹⁴ Sem o concurso dos religiosos, o método místico de determinação da verdade judicial perdeu totalmente seu prestígio.¹⁵

Como alternativa à decadência do procedimento judiciário da ordália, os ingleses adotaram, criativamente, o *trial jury* (ou *petty jury*). O grupo de membros da comunidade, que até então apenas pronunciava um acusado, passaria, a partir de então, a efetivamente julgá-lo com base no seu conhecimento pessoal dos fatos. O já conhecido e disseminado *jury of presentment* era, no entanto, necessariamente parcial, devido às suas características intrínsecas, pois tratava-se de um concurso de opiniões acusatórias. O *trial jury* deveria portanto ser composto de um número maior de pessoas – segundo Kempin, até quarenta e oito¹⁶ –, para além das que haviam apresentado o suspeito, possibilitando algum equilíbrio em suas deliberações. Uma salutar medida, óbvia para observadores modernos, seria a simples proibição de que uma mesma pessoa participasse dos dois júris. À época, essa proibição não deve ter parecido tão evidente, pois só passou a vigorar, ainda segundo Kempin, em 1351 ou 1352, quando ainda se estabeleceu a possibilidade de as partes rejeitarem jurados (*challenges*).

Em 1450, operou-se a transição do sistema em que os jurados decidiam com base em seu conhecimento pessoal dos fatos para o sistema da decisão com base exclusivamente nas provas aduzidas pelas partes. Em 1670, os jurados são finalmente declarados absolutamente livres na formação de sua convicção.¹⁷

Como se viu brevemente acima, a instituição do júri consolidou-se numa lenta evolução durante quatro séculos, ao final dos quais, no século XVII, tomou a forma geral definitiva pela qual tornou-se conhecida, forma esta que, em seu contorno básico, viria a ser adotada por outros países e sistemas. O século XVII é marcado historicamente pela consolidação das *liberdades inglesas*, instituídas pelo poder revolucionário que opunha o esclarecimento político liberal ao absolutismo dos Tudor e dos Stuart. É a época da vitória do regime parlamentar burguês e do modelo jurídico do constitucionalismo inglês, em que a classe emergente obteve significativas conquistas político-jurídicas tais como o *writ of habeas-corpus*, a limitação da tortura

14 Hélio Tornaghi anota, em suas *Instituições de Processo Penal*, v. 4, Rio de Janeiro, Forense, 1959, a evolução da posição da Igreja quanto aos institutos processuais medievais: “A essa luta consciente e perseverante [da Igreja] deve-se o desaparecimento de inúmeros institutos bárbaros entre os quais a Bluttrache (vingança de sangue), a Faida (entrega do ofensor à gente do ofendido para ser por ela punido), a Erfolgshaftung (responsabilidade pelo resultado, puramente objetiva, sem dolo nem culpa). (...) A Igreja instituiu ainda a inspeção das prisões, a correição dos processos, o contraste das detenções, a fiscalização dos juizes e regulou o regime penitenciário, (...) [e ademais] condenou o duelo” (pp. 211-2).

15 A laicização, racionalização e publicização do juízo criminal estão inseridas em um processo mais amplo de modernização do direito, característica da Baixa Idade Média. Por essa época, já haviam sido fundadas e estavam em plena atividade, principalmente na Itália, na França e na Inglaterra, várias *universitas magistrorum et scholarium*, guildas de mestres e alunos com chancela real, papal ou cardinalícia, que seriam o embrião das modernas universidades. Uma das causas da reviravolta no processo judicial e da superação dos métodos místicos foi o desenvolvimento dos estudos de direito romano, reabilitado pelos glosadores daquelas *universitas*, que faziam a exegese dos textos clássicos, comentando-os à margem.

16 KEMPIN, *op. cit.*, p. 56.

17 *Id.*, *ib.*, pp. 57-58.

nos interrogatórios, o direito de recusar-se ao juramento e à auto-incriminação, e especialmente a garantia constitucional do julgamento pelo júri.¹⁸ Tais conquistas constituem o arcabouço básico do regime de liberdades do constitucionalismo inglês, inovador e avançado para a época, consistindo em seu conjunto numa inspiração a ser seguida pelas revoluções liberais posteriores, especialmente a americana.

4. Evolução e características do Júri no Direito Americano

A prática política americana exigiu uma constituição escrita – um contrato social material e não meramente metafórico. Ousaram, por meio de uma síntese liberal criadora, instituir uma república federal onde antes havia uma pluralidade de estados confederados com intensas contradições. Pela primeira vez organizava-se uma república com governo central forte, sobre uma base territorial e populacional ampla, em contraste com os modelos historicamente conhecidos, e doutrinariamente aceitos – em Montesquieu e Rousseau, por exemplo¹⁹ –, de repúblicas pequenas e internamente coesas. Para conjurar as ameaças a tão inovador projeto político, lançaram mão simultaneamente de uma retórica liberal e idealista (para preservar as liberdades fundamentais), de uma prática política realista (prevenida contra os “excessos democráticos”) e de um sistema constitucional de freios e contrapesos,²⁰ distribuindo convenientemente o poder entre os órgãos do Estado (para assegurar os Estados Federados contra uma eventual opressão do governo central). É Celso Lafer quem ressalta que:

“Este padrão [checks and balances] levou, na prática norte-americana e nos seus desdobramentos, ao federalismo, ao princípio da legalidade e à separação dos poderes, que criaram nos Estados Unidos um regime político onde o governo é o produto de várias instituições que compartilham a máquina do Estado, e onde existe uma fusão de funções e uma divisão de poderes, cuja origem é fruto das preocupações dos fundadores da República Americana com uma adequada distribuição de poder no sistema político.(...) [Este é um dos elementos que explicam] porque, nos Estados Unidos, a sociedade civil não é tão fraca, tão inerte em relação ao Estado como em tantas outras partes do mundo.”²¹

Essa característica marcante da sociedade americana, tal como a vemos tradicionalmente, que é o *engajamento* dos cidadãos na administração cotidiana da coisa pública e a conseqüente sensibilidade e receptividade²² dos órgãos do Estado aos seus anseios e necessidades, é nitidamente visível na justiça criminal americana e particularmente na instituição do júri. O máximo *freio* possível a um eventual despotismo judicial é o significativo *contrapeso* do corpo de jurados, selecionado ao acaso, a partir do conjunto de cidadãos, dentre os minimamente aptos cívica e intelectualmente, cuja decisão é soberana e impõe-se exatamente onde o nervo da

18 Sobre esse ponto, v. TIGAR, M. E. e LEVY, M.R., *O direito e a ascensão do capitalismo*, Rio de Janeiro, Zahar, 1978, cap. 19.

19 V. ROUSSEAU, J.-J. *Do Contrato Social*, São Paulo, Nova Cultura, 1991, 5ª ed., Livro I, Cap. IX, pp. 62-3 e Livro III, Cap. XIII, p. 105 e Cap. XV, p. 110. V. tb. MONTESQUIEU, do *Espírito das Leis*. Livro I, IX, Cap. I e Livro II, Cap. II.

20 “Checks and balances.”

21 Lafer, C. *Ensaio sobre a liberdade*, São Paulo, Perspectiva, 1980, pp. 89-90.

22 “Responsiveness” é a palavra apropriada em inglês, passando uma idéia menos abstrata que seus correspondentes portugueses.

justiça é mais sensível – a esfera das sanções penais. Dentro da lógica da democracia constitucional americana, nenhum outro órgão senão o tribunal do júri teria suficiente legitimidade para ministrar sanções tão severas. O júri coloca face a face as partes que idealmente consentiram em aderir à limitação contratual de sua liberdade, tomaram parte, por meio dos instrumentos da democracia representativa, na deliberação sobre a extensão dessa limitação, e fiscalizaram de perto sua execução. É portanto opor, de maneira quase concreta, o credor ao devedor, a indenização ao dano, o castigo ao crime – mais um esforço americano para materializar uma metáfora.

4.1. A recepção da *common law* e do Júri nos Estados Unidos

A transposição dos princípios da *common law* para os Estados Unidos não foi automática, já que estes princípios foram criados em um ambiente social de tipo feudal, em muito distanciado da realidade das colônias americanas, com seus problemas sem resposta naquele sistema.²³ Foi necessário à consolidação da *common law* americana o desenvolvimento de um número razoável de precedentes que contemplassem os problemas próprios daquela realidade social, solucionados com o intenso concurso da criatividade dos profissionais jurídicos das colônias, à luz dos princípios básicos da *English Law*. Com os necessários ajustes, os Estados Unidos, consagraram um ordenamento de direito consuetudinário judicialmente aplicado, já que conservaram, de forma geral, os conceitos, o modo de raciocínio, e a teoria das fontes do direito inglês, ocupando, não obstante, um lugar destacado devido a certas características dotadas de grande originalidade.²⁴

A instituição do júri, entretanto, enquanto *locus* processual privilegiado do direito inglês, foi extremamente bem-sucedida em terra americana. Desde a época colonial, o julgamento pelo júri foi amplamente incorporado às práticas judiciárias da nação emergente. A “*privação, em muitos casos, dos benefícios do julgamento pelo júri*” foi um dos *consideranda* invocados por Jefferson, na Declaração de Independência, para justificar o rompimento da submissão política ao soberano britânico.

Com a Revolução, o espírito cívico-republicano vitorioso encontraria expressão constitucional escrita no âmbito de cada um dos treze Estados independentes. O tribunal do júri era em todos eles empregado na esfera cível e criminal, estando fora de sua jurisdição as questões de *equity*, tradicionalmente de competência dos *justices of the peace*, e as controvérsias de direito marítimo, afeitas a tribunal próprio. Promulgadas as constituições estaduais, a maior parte delas contemplou a instituição do júri.

O *Bill of Rights*, redigido por James Madison, expressa o próprio ânimo profundo daquela Revolução, que era o desejo de ver positivado o direito natural básico de resistência à opressão governamental – eloqüentemente defendido e afirmado pelas armas vitoriosas, tomando ali a forma de salvaguardas constitucionais escritas, em contraste com o modelo inglês de constituição não-escrita.

O julgamento pelo júri foi considerado uma das mais importantes daquelas salvaguardas, pelo que ele foi consagrado na Sexta e Sétima Emendas de 1791, na esfera criminal e cível, respectivamente.²⁵ Entendeu-se fundamental ao vigor e efetividade

23 DAVID, R. e JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, 9ª ed., Paris, Dalloz, 1988, p. 449.

24 *Id.*, *ib.*, p. 453. Para maiores detalhes sobre as diferenças entre o direito inglês e o americano, ver pp. 454-457.

25 *Sixth Amendment*: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses*

do regime das liberdades a extensa e detalhada regulamentação constitucional limitativa do direito estatal de restringir a liberdade dos cidadãos e punir os ilícitos. Sintomaticamente, nada menos do que 12 dos 23 direitos autônomos constantes das oito primeiras emendas à constituição americana dizem respeito à justiça criminal,²⁶ setor da Justiça estatal em que os bens jurídicos reconhecidamente mais valiosos, a liberdade e a vida, podem ser postos em risco.

Alex de Tocqueville, autor do clássico *A democracia na América*, escreveu que:

“[A instituição do júri] situa a direção real da sociedade nas mãos dos governados. (...) O homem que julga o criminoso é, pois, realmente, o senhor da sociedade” (grifo do autor).²⁷

4.2. Características do Sistema Americano

Como já foi dito acima, a instituição desenvolveu-se historicamente de forma coerente com o espírito e os princípios da *common law*, que é uma tradição jurídica que possibilitou as condições e o contexto adequados para o sucesso do júri. Nos Estados Unidos, o realismo sociológico definiu o estatuto teórico que tornou filosoficamente aceitável o sistema da *common law*, com o seu governo pelos juízes e através do povo, em que direito e sociedade estão cotidianamente renovando sua seiva e alimentando-se mutuamente. Já as características da tradição política do povo americano possibilitaram o surgimento de um espírito cívico e de uma consciência jurídica comum que tornam materialmente exeqüível o júri como regra e não a exceção.

Nos Estados Unidos, a participação do cidadão nas atividades dos tribunais é qualitativa e quantitativamente bastante elevada. O júri assume todos os caracteres que seus apologistas tradicionalmente lhe atribuem. O júri exerce plenamente sua função educativa, formadora de cidadãos respeitadores da lei. Cada um sabe que, mais dia, menos dia, será convocado para o serviço do júri, o que certamente não constituirá embaraço, pois o tribunal e sua mística são profundamente acolhidos pela cultura popular. O estereótipo do advogado do júri é um sempre presente ícone de massa, um herói da América.²⁸

O caráter meramente diretivo da atuação do juiz no processo pelo júri nos E.U.A. é um traço característico daquele sistema. O júri é profundamente adversarial e cabe ao juiz garantir que as partes tenham um acesso igualitário à consideração dos

against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favour, and to have the Assistance of Counsel for his defense”. (“Em todos os processos criminais, o acusado deverá ter o direito a um julgamento rápido, por um júri imparcial do Estado e do Distrito em que o crime tenha eventualmente sido cometido, sendo o referido distrito fixado previamente por lei; e a ser informado da natureza e causa da acusação; a ser confrontado com as testemunhas que contra ele existirem; a dispor de meios coercitivos para obter testemunhos em seu favor; e a ter a assistência de um advogado para sua defesa”).

Seventh Amendment: “In Suits at common law [i.e., fora do âmbito dos julgamentos por equity, de competência dos Justices of the Peace, juízes de paz leigos], where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right to a trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law”. (“Nas Causas da *common law*, em que o valor controvertido exceder vinte dólares, o direito a um julgamento pelo júri será preservado, e nenhum fato conhecido pelo júri poderá de alguma forma ser reexaminado por qualquer corte dos Estados Unidos, senão de acordo com as normas da *common law*”).

26 ISRAEL, J. H. & LA FAVE, W. R. *Criminal Procedure: Constitutional Limitations*, St. Paul, West, 4^o ed., 1988, p. 3.

27 *A Democracia na América*, São Paulo, Ed. USP/Itatiaia, 1977, p. 209.

28 O que é evidenciado pela enorme quantidade de filmes, seriados e livros de ficção que têm o tribunal com temática, sem falar nos ensaios de análise do júri destinados a leigos.

jurados. As partes são livres para produzirem a prova, cabendo-lhes a convocação e preparação das testemunhas, a contratação de peritos e o recolhimento de provas que eventualmente lhes possam ser favoráveis. Incumbe, portanto, ao juiz, a tarefa de, no espaço de tempo em que transcorre o duelo no recinto do tribunal, zelar pela *fairness* dos procedimentos, aplicando a *law of evidence*, extenso e detalhado conjunto de normas costumeiras e legais que rege a admissibilidade e relevância das provas oferecidas à apreciação do tribunal. Os procedimentos devem, preferencialmente, ser fluentes, em vista da agenda do tribunal, da disponibilidade dos jurados e sobretudo do princípio da apreciação compacta das provas; por isso, as controvérsias de direito, que geralmente dizem respeito à aplicação da *law of evidence*, são resolvidas de plano pelo juiz, o que não impede que, eventualmente, uma questão de direito seja extensamente discutida, pois uma má aplicação da *law of evidence* pode ensejar a posterior nulidade. Resumindo as funções do juiz, Lakoff nos dá a clara noção de sua atuação no tribunal:

“The trial judge determines what evidence will be introduced, what questions can prospective jurors be asked (...), what testimony can be introduced, what instructions will be given jurors, how long jurors may deliberate before a mistrial is declared (...) or whether a mistrial can be declared for other reasons, and what sentence will be pronounced”.²⁹

Nos Estados Unidos, a principal garantia é a da igualdade de condições (*fairness*) no esforço pela descoberta da verdade. O confronto, ainda que violento, faz com que a verdade apareça das provas e debates apresentados durante o julgamento. Trata-se de demonstração prática daquilo que os jusfilósofos americanos de teoria do direito já haviam delineado em seus trabalhos, como Oliver Holmes e Roscoe Pound.³⁰ Este último nos dá uma visão bastante clara dessas idéias quando descreve o que considera as três características dos padrões legais:

“(1) They all involve a certain moral judgment upon conduct. It is to be “fair”, or “conscientious”, or “reasonable”, or “prudent”, or “diligent”. (2) They do not call for exact legal knowledge exactly applied, but for common sense about common things or trained intuition about things outside of everyone’s experience. (3) They are not formulated absolutely and given an exact content, either by legislation or by judicial decision, but are relative to time and places and circumstances and are to be applied with reference to the facts of the case in hand. They recognize that, within the bounds fixed by the law, each case is to a certain extent unique”.³¹

29 LAKOFF, Robin. *Talking Power*, p. 89. (“O juiz-presidente determina quais as provas que serão admitidas, que perguntas podem ser feitas aos candidatos a jurado (...), quais testemunhos serão aduzidos, que instruções serão dadas aos jurados, quanto tempo os jurados poderão deliberar antes que ele declare fracassado o júri (...) ou se este fracasso pode ser declarado por outro motivo, e qual a sentença a ser proferida”).

30 HOLMES, O. W., *The common Law*, New York, Dover, 1991, e ROSCOE POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1982.

31 Pound, R., *An Introduction...*, p. 58. (“Todos eles envolvem um certo julgamento moral sobre a conduta. Ela deve ser ‘justa’, ou ‘conscienzosa’, ou ‘razoável’, ou ‘prudente’, ou ‘diligente’. (2) Eles não apelam a um conhecimento jurídico preciso e precisamente aplicado, mas a um senso comum sobre coisas comuns ou uma intuição educada sobre coisas da experiência de cada um. (3) Eles não são formulados em termos absolutos, ou delimitados com exatidão, nem pela legislação, nem pela jurisprudência, mas são relativos a épocas e lugares e circunstâncias, devendo ser aplicados em referência aos fatos do caso em questão. Eles reconhecem que, dentro de limites fixados pelo direito, cada caso é, em uma certa medida, único”).

Na análise de Celso Lafer³² é o antiformalismo que caracteriza esta abordagem da Filosofia do Direito, resultante do contraste entre Direito posto e Direito aplicado, da distância entre o direito formalmente válido e a realidade social. A consequência desta visão é o realismo jurídico, com a análise deslocada para o momento de aplicação da norma que é o momento em que ela produz impacto e atua na realidade social.³³ E é a partir da posição do realismo jurídico norte-americano que esta compreensão da lei e do julgamento se estruturam.

Outra característica marcante do sistema americano é a discricionariedade dos atos do Promotor de Justiça.³⁴ O promotor controla e supervisiona todo o inquérito, sendo o responsável pela correção e efetividade da colheita de elementos probatórios. O Chefe da Promotoria é, na maioria das vezes, eleito, dispondo de verbas significativas e pessoal próprio e efetuando diligências com razoável autonomia, sendo requerida autorização judicial nos casos em que estão envolvidos direitos básicos dos investigados. Pode arquivar inquéritos por conta própria; quando dá curso à ação, submete a denúncia, em alguns estados, ao *Grand Jury*. Geralmente, ele oferece a denúncia diretamente ao Juiz-Presidente do *Petty* (ou *Petit*) *Jury*. É aí que tem lugar a *plea bargaining*, oportunidade em que a acusação pode pleitear uma *plea of guilty* de iniciativa do acusado em troca de uma capitulação do crime mais branda.

O réu tem seus direitos constitucionais e civis zelosamente observados, pois sua violação pela polícia ou pelo promotor pode viciar as etapas posteriores do processo. Por exemplo, desde *Miranda vs. Arizona*, em 1966, o júri é obrigado a desconsiderar as declarações feitas pelo acusado antes de explicitamente advertido de seu direito de recusar-se a falar à polícia.³⁵

O júri americano, apesar de também ter sido, ao longo de sua história, objeto de acerbas críticas,³⁶ sobreviveu às provas da experiência. A crer no testemunho de Zeisel & Kalven, é somente nos Estados Unidos que a instituição tem, contemporaneamente, tanta pujança:

*"[The] effort to introduce it outside the Anglo-american legal orbit has failed; in England itself, its use was limited by statute to small category of cases; and thus, the United States has emerged today as the home of the jury system for both criminal and civil cases. Some 120,000 jury trials are conducted there annually, more than 90% of all jury trials in the world."*³⁷

32 LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo, Cia das Letras, 1988, p. 56-57.

33 *Idem*, p. 56. Ainda HOLMES, *apud*, LAFER, *A Reconstrução...*, "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the Law". "(As profecias sobre o que os tribunais concretamente farão, e nada mais pretensioso, é o que eu chamo de Direito)".

34 D.A. - *District Attorney* ou *State Attorney* ou *County Prosecutor* ou *Prosecuting Attorney*.

35 "Como matéria de direito constitucional, a Corte Suprema decidiu que as provas obtidas através de busca e apreensão injustificável ou através de confissão forçada são inadmissíveis nos planos federal e estadual." FARNSWORTH, E.A., *ob. cit.*, nota à p. 139.

36 Por exemplo, Kernan imprecava, em 1906: "Pode dizer-se que a imprudência dos júris consagrou na América uma jurisprudência que reconhece o direito de violar impunemente certas leis e que denega direitos concedidos pela própria lei". *Apud* SILVEIRA, *Introdução ao direito e à justiça americana*, São Paulo, Imprensa Oficial, 1962. A maior parte das críticas levava em consideração a incapacidade do júri nos Estados do Sul em contribuir para a antiga luta contra a discriminação do negro, questão que hoje deve ser colocada em outros termos.

37 ZEISEL, H. & KALVEN JR., H. *Judicial and arbitral systems*, in *Encyclopedia Britannica*, 1990, p. 486. ("O esforço para introduzi-lo fora da órbita jurídica anglo-americana falhou; na Inglaterra mesma, seu uso foi limitado por lei a uma limitada categoria de casos; portanto, os Estados Unidos emergiram hoje como a terra do sistema do júri, tanto para causas criminais quanto para causas cíveis. Cerca de 120.000 julgamentos pelo júri são realizados anualmente, o que representa mais de 90% dos julgamentos realizados no mundo todo").

Ao observador brasileiro pode parecer que o sistema judicial americano seja inadmissível pela imensa quantidade de recursos humanos e materiais exigidos para o pleno funcionamento de um *jury system* tão complexo e com competências tão amplas. Todavia, o direito do acusado de renunciar ao julgamento pelo júri, optando pelo julgamento pelo juiz, e a prerrogativa da acusação de negociar com os indiciados uma denúncia mais branda, em troca de uma admissão de culpa – que é quase sempre aceita pelo juiz – fazem com que o número de ofensas criminais que efetivamente vão a julgamento pelo júri seja extremamente menor do que o número de casos que chegam ao conhecimento da Justiça.

4.2.1. O processo de seleção dos jurados

A seleção dos homens e mulheres que comporão, em uma Comarca, a lista geral de jurados e, em cada caso concreto, o Conselho de Sentença, merece consideração mais detida. Não é questão que se subestime; afinal, a aptidão de um sistema de administração de justiça em produzir veredictos materialmente justos e social e politicamente aceitáveis, aptos a granjear legitimação social – um conformismo ideológico que absorve o seu conteúdo pacificador, no sentido de Luhmann – depende, obviamente, não só da solenidade de seus rituais ou do *peso* simbólico de seus procedimentos, mas também, e crucialmente, da respeitabilidade de seu elemento humano, os magistrados, esses “sacerdotes” modernos, revestidos da função social de prover aos litígios.

Considerando o espírito do tribunal do júri, a respeitabilidade de seus juízes leigos seria medida pela capacidade de apreciar com isenção e imparcialidade a prova perante eles produzida, afastando conscientemente o que houver de ilegítimo em seus preconceitos e afirmando um sentimento comum, socialmente vivido, de justiça material, manifestando-o em seu juízo, no âmbito de sua competência, delimitada peremptoriamente pela divisão entre o fato e o direito. Na tradição da *common law*, esta capacidade foi sinteticamente formulada como “uma atitude mental de adequada imparcialidade” (*mental attitude of appropriate indifference*).³⁸

Essa capacidade judicante, não-técnica e eminentemente moral, sempre foi avaliada, entretanto, a partir de critérios extramoriais, determinados *in abstracto*, com o recurso a requisitos legais de qualificação para o serviço do júri, ou *in concreto*, pela censura do corpo de jurados selecionados para atuar em cada caso. Esta censura é aplicada, nos Estados Unidos, em dois momentos, o primeiro reservado às recusas motivadas, o segundo às peremptórias.

Inicialmente, o magistrado, com o concurso das partes, procede à inquirição dos jurados potenciais, visando à determinação positiva dos moralmente idôneos para a função; é o momento da identificação dos candidatos tendenciosos, incapazes de abstrair-se de seus preconceitos ou comprometidos com princípios incompatíveis com a função de jurado (por exemplo, a objeção de consciência à pena de morte nos Estados em que existe tal pena). Vencida esta primeira etapa, as partes exercem individualmente o histórico direito às recusas peremptórias.³⁹

38 U.S. v. Wood (1936), *apud* ABRAMSON, Jeffrey. *We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy*, Nova Iorque, Harper Collins, 1994, p. 100.

39 Esta forma de objeção à composição do Conselho de Sentença está, todavia, em decadência, por incompatível com o novo ideal de composição do júri, que deslocou a ênfase da imparcialidade para a representatividade.

Além dos requisitos genéricos concernentes ao gozo dos direitos de cidadania, à alfabetização e à inserção em uma certa faixa de idade,⁴⁰ houve historicamente outros critérios mais específicos. Antes de mais nada, há o requisito básico de que o júri seja formado por cidadãos *optimo jure*, infensos a toda *capitis deminutio*, o que afastava do júri os submetidos a qualquer forma de servidão, vilania ou clientela. O critério censitário indicava aqueles que, pela condição de proprietários, estariam mais profundamente comprometidos com a comunidade e interessados em sua pacificação; já o critério educacional indicava aqueles presumidamente considerados aptos, sob o ponto de vista intelectual, à imparcialidade e à perspicácia que se espera de um jurado. Quanto aos negros e às mulheres, sua primeira presença em júris data da segunda metade do século XIX: estas, em 1870, no Wyoming;⁴¹ aqueles em 1867, no primeiro caso de *mixed jury* (i.e., meio a meio) entre negros e brancos.⁴²

Só neste processo de seleção, nos casos em que a pena de morte está em questão, pode-se levar em torno de dois meses para se chegar ao conselho de sentença. O julgamento em si, pode prosseguir por várias semanas ou até vários meses, como no recente caso O. J. Simpson. Lakoff afirma que o juiz procura descobrir se os “painelistas” são preconceituosos ou de alguma forma impedidos de decidir de modo justo. Daí a importância, nos Estados Unidos, de procurar estabelecer o perfil do jurado para obter um julgamento a favor ou contra a defesa. No julgamento, por sua vez, concluída a apresentação das provas e os debates, o júri só decidirá após extensas deliberações a portas fechadas, que podem consumir de algumas horas a vários dias, devendo a decisão ser unânime.

A história da instituição do júri na tradição anglo-americana registra uma evolução lenta, porém nítida, no sentido da democratização dos requisitos de acesso à condição de jurado. A partir de um modelo absorvido da metrópole inglesa e, portanto, adequado a uma sociedade aristocrática e estamental, a democracia americana desenvolveu gradativamente um sistema mais consentâneo com sua feição republicana. A viragem, ao fim do processo, foi radical: de um sistema que privilegiava deliberadamente a formação de júris de *elite*, passou-se ao ideal da não-discriminação e daí para o sistema contemporâneo, de democracia radical, acolhendo integralmente o ideal da representação de todo o espectro social.

4.2.3 O julgamento e o veredicto

O veredicto deve estar ligado por nexos lógicos aos elementos probatórios apresentados e admitidos à consideração dos jurados. Já vimos acima que os jurados estão proibidos de considerar provas que não tenham passado pelo crivo do juiz, aplicador da *law of evidence*, e que não tenham sido apresentadas oralmente no recinto do tribunal, em que as partes duelam em igualdade de condições.

40 Na *common law*, tradicionalmente entre vinte e um e sessenta anos (v. EARL OF HALSBURY *et alli*. *The Laws of England, Being a Complete Statement of the Whole Law of England*, Londres, Butterworth, 1911, v. XVIII, pp. 227 e ss.). O legislador brasileiro adotou os mesmos limites de idade (CPP, art. 434).

41 Em seguida: Utah, em 1898; Washington, em 1911; Kansas, em 1912; Nevada, em 1914; Califórnia, em 1917; Michigan, em 1920. Esta evolução, todavia, não foi rápida nem definitiva: só na década dos quarenta a participação de mulheres atingiu a maioria dos Estados; em 1957, o *Civil Rights Act* tornou obrigatória a presença de mulheres no júri federal. Até 1975, em vários Estados, as mulheres só eram alistadas quando voluntárias, enquanto os homens eram convocados compulsoriamente. V. ABRAMSON, *op. cit.*, pp. 112 e ss.
42 *Idem*, p. 106.

O momento em que o juiz faz a sua alocação explicativa aos jurados é crucial no sistema americano. Neste, o *directed verdict*, i.e., condicionado pelo comentário do juiz sobre peso e a relevância das provas, é geralmente proibido hoje em dia, embora ainda subsista em alguns Estados.

O tribunal do júri americano exige por definição um processo acusatório ou adversarial, onde a prova é produzida totalmente pelas partes e o juiz não toma iniciativas investigatórias sequer nas audiências preliminares (*hearings*).⁴³

Para melhor compreendermos o sistema americano valemo-nos da lição de Hannah Arendt,⁴⁴ em suas palestras sobre Kant, que teria afirmado que o pensamento, muito embora seja uma ocupação solitária, depende dos outros para ser possível. Assim, o pensamento crítico consiste nesse tipo de análise, que, por sua vez, pressupõe que todos estejam dispostos e sejam capazes de prestar contas do que pensam ou dizem.⁴⁵ Ainda segundo Arendt, Platão ter-se-ia destacado dos seus antecessores ao “prestar contas” - não provar, mas estar apto a dizer como se chegou a uma opinião e por que razões se a formou. Explicando como o pensamento crítico se forma, prossegue tecendo considerações sobre a imparcialidade, que seria obtida por meio da consideração dos pontos de vista dos outros; a imparcialidade não seria o resultado de um ponto de vista mais elevado, que pudesse resolver a disputa por estar totalmente acima dela.⁴⁶ Conclui ser o pensamento crítico possível apenas na medida em que os pontos de vista dos outros estão abertos à inspeção. Ora, o processo de decisão levado a cabo pelos jurados no sistema americano, quando se reúnem para decidir o destino de um acusado após ouvirem a prova e os debates, segue fielmente o procedimento descrito por Arendt. Por isso as deliberações podem ser demoradas e dependem do tipo de pessoa previamente selecionada.

Na sala de deliberações ninguém mais senão os jurados tem permissão para entrar, chegando sozinhos ao veredicto. E a partir dessa socialização do grupo de jurados em um corpo próprio que surgem alianças e estruturas de poder, já que os jurados, como qualquer outro grupo, também criam suas lideranças. De especial importância é a escolha ou identificação da *foreperson*, que, no sistema do júri americano adquire - pela sua liderança pessoal e missão de conduzir os trabalhos na sala secreta -, grande destaque em relação ao grupo.

A missão do júri é a construção, pela colaboração recíproca, da narrativa dos fatos de modo a chegar ao termo de sua tarefa deliberativa.

Quando isto não acontece, isto é, quando a unanimidade não é atingida, ocorre um dos fenômenos mais interessantes do sistema americano: o *hung jury*, que obriga o juiz, muito a contragosto, a declarar um *mistrial* e convocar novo julgamento.⁴⁷ A “*Allen charge*”, do caso *Allen vs. U.S.*, de 1896, é geralmente considerada o máximo de pressão que o juiz pode imprimir ao júri, no sentido de chegar ao veredicto, sem ferir a consciência dos jurados e o princípio que os americanos consideram o mais

⁴³ Na *common law*, especialmente nos Estados Unidos, um caso é “ouvido” pelos tribunais, que posteriormente, discutirão os argumentos de ambas as partes e então darão o veredicto - como, por exemplo, na Suprema Corte onde a audiência/*hearing* é um verdadeiro questionamento dos advogados que fazem a sustentação oral do caso pelos Juizes, e só meses depois têm-se a decisão. O juiz americano, reiteramos, personifica a *fairness*, entendida como imparcialidade.

⁴⁴ ARENDT, Hannah. *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*, trad. André Duarte de Macedo, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1993, pp. 54-55.

⁴⁵ *Idem*, p. 55.

⁴⁶ *Idem*, p. 56.

⁴⁷ Em alguns Estados, é permitido ao juiz, com o acordo do Promotor, absolver o réu no caso de *hung jury*. Normalmente, entretanto, há novo julgamento.

importante de seu direito processual penal, o de firme estabelecimento da culpa, *beyond a reasonable doubt*. Disse o juiz de *Allen vs. U.S.*:

*"[That] in a large proportion of cases absolute certainty could not be expected; (...) that it was their duty to decide the case if they could conscientiously do so: that a dissenting juror should consider whether his doubt was a reasonable one which made no impression upon the minds of so many men, equally honest, equally intelligent with himself."*⁴⁸

A *Allen charge* entretanto vem sendo rejeitada como abusiva desde os anos quarenta e principalmente a partir dos sessenta. Em 1962, em *Green vs. U.S.*, a U.S. Court of Appeals for the 5th. Circuit negou aplicação à *Allen charge* com as seguintes palavras:

*"I think a mistrial is a safeguard to liberty. (...) There is a duty to consider the views of others but (...) a conscientious person has finally the right and duty to stand by conscience. If it [the Allen charge] says more to declare that there is a duty to decide, it is legally incorrect as an interference with that rightful independence. (...) The cost in fundamental fairness is to great."*⁴⁹

Como se vê, a exigência de unanimidade nos veredictos, que existe em praticamente todos os Estados, para os crimes mais graves, pode funcionar muitas vezes como uma reserva de equidade no interesse do réu e da justa administração da sanção criminal.

5. Conclusões

A análise do processo deliberativo no tribunal do júri americano traz à consideração interessantes especulações sobre o posicionamento do tema do juízo. Procura-se somar opiniões para formar um todo coerente e consensual. Nesse sentido, as relações de poder entre os jurados e os outros atores do julgamento são direcionadas ao grupo, ou alguém em particular que poderá ter um papel preponderante nas deliberações do conselho de sentença, inclusive contribuindo para que na falta de consenso a decisão fique pendente.

A linguagem é um instrumento poderoso, que oscila entre a tentativa de impressionar os jurados com um discurso elaborado, ao mesmo tempo em que se quer promover uma popularização desse discurso para seu melhor entendimento. Crucial é a compreensão de conceitos como *"beyond a reasonable doubt"* no júri americano, que servirá aos jurados no momento de responder à indagação da culpa ou inocência do acusado. Em segundo lugar, a solenidade ritual imprime sua marca nas linguagens verbais e não-verbais empregadas, bem como nos procedimentos legais, procurando dar legitimidade a um processo cognitivo que depende fundamentalmente de não profissionais para sua plena realização.

⁴⁸ *Apud* KALVEN & ZEISEL. *The American Jury*, 1966, p.454. ("[Que] em uma grande parcela dos casos não se pode esperar certeza absoluta; (...) que era dever dos jurados decidir o caso, se pudessem fazê-lo conscienciosamente; que um jurado dissidente deveria considerar se sua dúvida era razoável, na medida em que não impressionou o entendimento de outros tantos homens, igualmente honestos e inteligentes").

⁴⁹ *Id., ib.* (Parece-me que a declaração do fracasso do júri é uma salvaguarda da liberdade. (...) Existe o dever de considerar as opiniões dos outros mas (...) uma pessoa conscienciosa tem finalmente o direito e o dever de, pela sua consciência, não transigir. Se a *Allen charge* faz mais do que declarar que existe o dever de decidir, é legalmente incorreta, pois é uma interferência naquela legítima independência. (...) O preço a pagar, quanto à equanimidade fundamental, é muito grande").

Segundo Hannah Arendt⁵⁰ em suas lições sobre Kant, há duas operações do espírito no juízo. A primeira é a operação da imaginação, em que são julgados objetos não mais presentes, que foram removidos de nossa percepção sensível imediata e, portanto, não mais nos afetam diretamente. A segunda operação, reflexiva, é a verdadeira atividade de julgar. Parece-nos que a capacidade para julgar no Tribunal do Júri está ligada à capacidade de escolher entre as alternativas apresentadas aos Jurados, efetuando-se as duas operações acima descritas. Primeiro, durante o julgamento, apresentam-se as versões dos fatos, para, em segundo lugar, passar-se à reflexão – coletiva e mediatizada pelo discurso nas deliberações da sala secreta – sobre estas versões, decidindo-se, a final, sobre a participação do acusado no crime, e o grau de sua culpabilidade.

Esse poder assume uma especial relevância na administração da Justiça, porque investido em pessoas que não fazem parte da estrutura regular do Poder Judiciário, mas que o compõem de forma a aproximar o cidadão comum do processo decisório que julga os crimes, especialmente naqueles contra a vida humana, representando, muitas vezes, sua única experiência participativa no processo democrático.

Nesse sentido, afigura-se-nos apropriada a visão de Perelman, ao dizer:

*“ Dire de quelqu’un qu’il est capable de jugement, c’est affirmer sa capacité de choisir ou de décider d’une façon non-arbitraire, c’est-à-dire d’une façon raisonnée, et de préférence raisonnable, qui ne s’oppose pas sans raison au sens commun, qui manifeste du “bons sens”. Une machine, qui réagit à un stimulus d’une façon parfaitement déterminée, ou d’une façon tout-à-fait aléatoire, n’a pas de jugement.”*⁵¹

*Publicado originalmente na Revista nº 3 jan./jun. 1996, p. 142.

50 ARENDT, H. *Lições...*, cit., p. 88.

51 PERELMAN, Ch. *Le raisonnable...*, “Jugement, Règles et Logique Juridique”, p. 142. (“Dizer de alguém que ele ou ela é capaz de julgar é afirmar sua capacidade de escolher ou de decidir de uma maneira não arbitrária, ou seja, de uma maneira argumentada racionalmente, e de preferência razoável, que não se oponha imotivadamente ao senso comum, e que manifeste um “bom senso”. Uma máquina, que reaja a um estímulo de uma maneira perfeitamente determinada, ou de uma maneira totalmente aleatória, não profere julgamentos”).

JUSTA CAUSA, UM CONCEITO POLÊMICO

SERGIO DEMORO HAMILTON*

A controvérsia em torno do exato sentido da expressão “justa causa” é tradicional em nosso processo penal. Pode-se afirmar, sem receio, que a doutrina, até hoje, não encontrou uma definição em termos rígidos para conceito tão amplo, tal a variedade de matizes com que se apresenta o tema aos olhos do estudioso do problema.

É de ver que no presente trabalho, ocupo-me da expressão “justa causa” no sentido em que ela é discutida e tratada no campo do processo penal, já que o mesmo conceito apresenta-se em diversos ramos do direito com sentido proteiforme. Assim, a expressão na esfera do processo penal apresenta-se com significado totalmente diverso daquele em que é cogitado perante o Direito do Trabalho, em face do Direito Penal ou mesmo diante do Processo Civil. O esclarecimento, que ressaibe a truísmo, encontra sua razão de ser diante da natural dificuldade que o assunto apresenta, a exigir que, desde logo, sejam determinados os limites da exposição.

Feita a divagação, que se impunha, resta voltar, sem delonga, ao temário.

O Código de Processo Criminal do Império (1832) vinculava o sentido da discutida expressão à prisão ilegal (art. 353), orientação também seguida, posteriormente, pelos diversos códigos estaduais, que, salvo raras exceções, não se afastavam da posição assumida pelo Código reinol, como assevera Antonio Acir Breda no excelente estudo que empreendeu a respeito do anteprojeto de autoria do Professor José Frederico Marques¹.

Com a entrada em vigor do atual Código (1941), estabeleceu-se na doutrina que o tema não comportava um conceito abstrato, ficando para o juiz, diante do caso concreto, a tarefa, nem sempre fácil, de decidir sobre a existência ou não de justa causa.

Um dos primeiros comentaristas do Código em vigor, o eminente Desembargador Sady Cardoso de Gusmão, bem espelha tal maneira de ver a questão, ao afirmar que justa causa não pode ser definida de forma absoluta, exigindo escrupulosa apreciação do caso concreto².

Coube, sem dúvida, à jurisprudência o relevante papel de ampliar o conceito de justa causa quando chamada a dizer o direito em casos de *habeas corpus*, desde que fundado o pedido no art. 648, I da lei processual penal. Com efeito, aos poucos, a jurisprudência dos nossos tribunais desvinculou-se das origens do conceito passando a tratar do tema de forma muito mais ampla, atingindo, já agora, o mérito da ação penal. Basta consultar qualquer repositório de jurisprudência e se verá, com facilidade, a assertiva da afirmação. Chegou-se, mesmo, à discussão de prova, com maior ou menor profundidade, em matéria de *habeas corpus*. É o que se pode ver da decisão concessiva no H.C. 24782 (T.J. GB), quando se cogitou da chamada

* SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

¹ Notas sobre o anteprojeto do Código de Processo Penal, in “Revista de Direito Penal”, n.ºs 11/12, pág. 54, Editora Revista dos Tribunais.

² “Código de Processo Penal (Breves Anotações)”, pág. 215, Livraria Jacintho, 1942, Rio.

denúncia vazia, isto é, quando a inicial, embora narrando fato delituoso, apresenta-se em descompasso com os elementos probatórios constantes do inquérito policial ou resulta de pura criação mental da acusação. Assim também decidiu o Pretório Maior, quando do julgamento do *H.C. 32.203*³.

O conceito, neste momento, já se afastava, em definitivo do seu sentido histórico, tomando feição bem mais ampla, pois voltado, sem sombra de dúvida, para o mérito da acusação.

É certo que a prisão ilegal, como questão processual, reveste-se de mérito próprio que não interfere com o mérito da ação penal. Aquela, assim contemplada, seria objeto de uma decisão interlocutória a respeito de questão incidente, ao passo que a acusação encontraria deslinde por meio de sentença definitiva.

Muitos julgados não hesitaram em adentrar no exame de matéria de prova em *habeas corpus*. Houve, de início, natural reação, ensejando posições extremadas. Uns proclamavam a impossibilidade da discussão de matéria de prova ao passo que outros, como ficou visto, permitiram, com maior ou menor extensão, o debate a respeito da instrução probatória. Hoje, ao que parece, a melhor corrente de pensamento tem-se orientado no sentido de admitir o exame da prova desde que ela se apresente evidente a ponto de permitir uma conclusão imediata a respeito da matéria em julgamento, vedando, qualquer estudo profundo da prova, só possível em juízo de cognição plena mas incompatível com o sumaríssimo do *habeas corpus*.

Verifica-se do exposto, que a noção de justa causa foi, paulatinamente, ganhando notável elasticidade, ampliando-se mais e mais, por força, principalmente, da criação pretoriana.

Seria despidendo trazer à colação as centenas de julgados onde o tema ganhou os mais variados significados, extrapolando tal empreitada os limites do presente estudo. Cheguei, mesmo, a ver julgado que trancou o andamento do inquérito policial por falta de justa causa para a investigação!

É natural que, na doutrina, os reflexos dos múltiplos pronunciamentos da jurisprudência se fizessem sentir.

Vicente de Azevedo está entre os primeiros autores que identifica a justa causa com a noção de mérito da ação, ao salientar que “não haverá justa causa quando o fato constituir crime, em tese”, salientando, outrossim, ser esta uma hipótese “da mais delicada apreciação, aquela que exige da justiça maior soma de cautela, porque a decisão favorável à concessão da ordem, com este fundamento, vai firmar coisa julgada no crime e estancar qualquer possibilidade de processo contra o mesmo paciente, pelo mesmo fato”⁴.

O próprio Professor José Frederico Marques, eminente autor do anteprojeto, observou que “em todas as hipóteses enumeradas nos n.ºs II a VII do mencionado art. 648, registra-se a falta de justa causa. Funciona, portanto, o item n.º 1, como norma genérica ou de encerramento, porquanto toda coação antijurídica, que não se enquadre nos demais itens do art. 648, será subsumível no preceito amplo em que se fala de justa causa”⁵.

3 “Jurisprudência Criminal”, Heleno Claudio Fragoso, vol. I, págs. 266/267, n.º 244, Editora Borsoi, 1973, Rio.

4 “Curso de Direito Judiciário Penal”, Vicente de Paulo V. de Azevedo, Vol. II, pág. 388, Edição Saraiva, 1958, São Paulo.

5 “Elementos de Direito Processual Penal”, vol. I, pág. 398, Forense, Rio, 1965, 1.ª edição.

Assim, no amplo conceito do ilustre Tradadista, a noção de justa causa poderia abranger não só o mérito mas também as mais diversas questões processuais previstas no modelo do art. 648 do Código de Processo Penal.

Merece observação a crítica científica feita pelo douto Autor do Anteprojeto ao tradicionalismo jurisprudencial, que, no seu entender, tem levado “a magistratura brasileira a interpretações restritivas sobre o conceito de justa causa”, criando com isto, muitas vezes, “dano irreparável em detrimento do direito de liberdade”, malgrado os termos amplos com que a Constituição procurou proteger o direito de ir e vir⁶. Parece-nos, nesse ponto, que a censura é, por demais, severa, já que, pelo que me foi dado observar, se o conceito ganhou a extensão que hoje possui, tal amplitude deveu-se muito mais à justiça pretoriana que à criação doutrinária.

Agora, quando, no Congresso Nacional, entra em discussão o Projeto de Lei n.º 633 de 1975 (Mensagem n.º 159/75), relativo ao futuro Código de Processo Penal, a matéria assume especial relevância em face da importância que o conceito de justa causa passará a ter no futuro diploma processual penal. Trata-se do assunto, na parte que interessa ao presente estudo, no art. 8.º do Projeto, que dispõe que “não será admitida ação penal pública ou privada sem justa causa”, acrescentando o parágrafo único do aludido dispositivo que “a acusação, que não tiver fundamento razoável nem revelar legítimo interesse, será rejeitada do plano por ausência de justa causa”. Colocado o tema no título da ação penal (Título II do Livro I), assume, como é natural, especial destaque já que em torno dele irá gravitar todo o fundamento da acusação.

Antonio Acir Breda, atrás referido, quando de seu percuciente estudo sobre o anteprojeto, entendeu que melhor seria deixar “a carga da doutrina” a elaboração de um conceito a respeito da controvertida expressão, elogiando, nesse ponto, o anteprojeto Tornaghi por “não tratar da justa causa mesmo ao mencionar os casos de constrangimento ilegal para fins de conhecimento de *habeas corpus*”⁷.

Assim não está posto o problema no Projeto, onde resultou delineado um conceito de justa causa, como ficou visto. Colocado o assunto nestes termos, resta, então, buscar uma interpretação a respeito do que se deve entender por fundamento razoável ou por legítimo interesse. A tarefa não se reveste de facilidade, convém assinalar. Em outra ocasião, tentei esboçar um conceito de fundamento razoável para a acusação, quando examinei a adoção do princípio da obrigatoriedade relativa no anteprojeto⁸, princípio que me parece mantido no atual Projeto. Naquela oportunidade, salientara que o anteprojeto teve em mira evitar a ação penal anti-social, norteando-se pela norma de superdireito do art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil. Deu-se ao Ministério Público a oportunidade de, em face do caso concreto, emitir um juízo de valor a respeito da propositura da ação penal, norteando-se por três critérios principais: a natureza da infração penal, as condições pessoais do indiciado e a repercussão social do fato típico.

É trabalho ingente confiado não só à doutrina como à jurisprudência mas também ao Ministério Público, pois, de acordo com o Projeto, o exame do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação terminará no campo de atuação exclusiva do Ministério Público, não estando sujeito a controle jurisdicional, como, atualmente, ocorre (arts. 259 e 626) .

6 *in op. cit.*, pág. 398.

7 *in op. cit.*, pág. 56.

8 “Revista de Direito Penal”, n.ºs 9 e 10, págs. 49/53, Editora Revista dos Tribunais.

Vê-se, desde logo, a importância maior que terá o Conselho Superior do Ministério Público, órgão criado, no Projeto, com a finalidade de fiscalizar e superintender a atuação do Ministério Público perante a justiça penal, a ser estruturado na forma do que dispuser a legislação local ou por meio de lei federal, no caso do Ministério Público da União do Distrito Federal e dos Territórios (art. 97, §u).

Mas à jurisprudência será, igualmente, reservado papel de relevo, pois, rejeitada de plano a inicial por ausência de justa causa, estará o Judiciário trazendo sua indispensável contribuição para o aprimoramento do conceito. Não se deve esquecer que, da decisão que indeferir a denúncia ou queixa, caberá apelação (art. 272, § 3.º). Assim, juízes e tribunais concorrerão de maneira preciosa para que se chegue a uma melhor compreensão da vaga expressão.

Pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que muito embora o Projeto tenha procurado indicar os casos em que não haveria justa causa para acusação, fê-lo de forma tão genérica, tal a largueza da expressão “fundamento razoável para acusação”, que, cumpre repisar, caberá à doutrina, à jurisprudência e ao Ministério Público a laboriosa tarefa de encontrar adequada definição para o conceito.

Como evitar o abuso decorrente de uma interpretação liberal, que conduziria à impunidade, acarretando grave prejuízo para a repressão penal?

Nesse ponto, o Projeto criou organismos de controle que se exercerão, conforme o caso, pelo Judiciário ou pelo Ministério Público, como, aliás, já foi ressaltado.

Demais disso, o Projeto deixa claro que fica mantido o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, tendo em vista o caráter imperativo da regra contida no art. 5.º, § 1.º em que se estabelece que “a ação penal pública SERÁ PROMOVIDA pelo Ministério Público...” Ali não está dito que ação penal pública poderá ser movida mas, ao contrário, ordena-se, como regra geral, que ela seja proposta.

Fixado o princípio norteador, a coibir interpretação por demais liberal da expressão, evita-se prejuízo irreparável para a defesa social. Penso que, em linhas gerais, três pontos básicos devem orientar o hermeneuta na análise do que se deva entender por fundamento razoável para acusação: a natureza da infração praticada, a repercussão social do fato típico e as condições pessoais do indiciado. Os três aspectos deverão ser objeto de análise conjunta, não podendo o intérprete deter-se no exame insulado de um deles. Reunidos de maneira favorável ao indiciado, a ação penal seria anti-social por falta de fundamento razoável para a acusação. Caso típico de ação penal anti-social se daria no incidente doméstico, envolvendo familiares de bom passado, já reconciliados na ocasião em que a demanda deva ser proposta.

Como de observação tranqüila, diante do que resultou exposto, a obrigatoriedade relativa nada tem a ver com a oportunidade. A regra continuará sendo a da ação penal obrigatória, que, em casos excepcionais, concorrendo, para tal, um somatório de condições favoráveis ao indiciado, ficará sujeita a critérios de mitigação.

Cumpra, antes de prosperar, deixar assinalado que “justa causa”, da maneira com que aqui está sendo estudada, não guarda qualquer relação de identidade com a expressão similar encontrada no art. 146, § 1.º do Projeto. Ali, quando trata dos prazos, o Projeto tem em mira regra semelhante ao mandamento legal contido no art. 183, § 1.º do atual Código de Processo Civil. Melhor seria que o Projeto, tendo em vista o conceito peculiar com que a expressão se apresenta no processo penal, adotasse terminologia diversa, como “justa razão”, “justo impedimento” ou quejandos, conjurando, assim, maior confusão em torno de um conceito já de si, tão polêmico.

Pontes de Miranda, examinando a espécie, formula alguns exemplos, em sede processual civil, de casos de justa causa, tais como: “a enfermidade grave e repentina da parte, que teria de constituir advogado, ou que teria de comparecer pessoalmente para depor; o erro tipográfico do jornal oficial; a absoluta falta de meios para o transporte da parte, por pobreza, ou furto ou roubo; à prisão ilegal; a demora no deferimento de gratuidade”⁹. Os exemplos referidos (e nem todos encontram aplicação no processo penal) servem, apenas, para demonstrar a diferença de natureza da expressão justa causa, vista como justo impedimento para a prática de determinado ato, em relação ao mesmo conceito tal como é visto no presente trabalho.

Feito o parêntese, resta prosseguir.

Mas as dificuldades não terminam aqui. O Projeto estabelece, ainda, que a acusação também merecerá rejeição de plano quando não revelar legítimo interesse. Em outras palavras: a falta de legítimo interesse retira a justa causa para a propositura da ação penal.

Partindo das preciosas lições do Autor do Anteprojeto, cumpre tecer algumas observações a respeito do seu pensamento doutrinário, que, certamente, influenciou a elaboração do trabalho legislativo em exame. Sustenta o exímio Professor que “a ausência de legítimo interesse obriga a que se examine, em alguns casos, a situação concreta que motivou a acusação. É certo que o *processus justus* nada tem a ver, como diz Belling, com a existência do direito de punir: este pode inexistir e o processo instaurar-se devidamente. Mas em algumas hipóteses excepcionais, admite-se a deliberação sobre a matéria de fato, a fim de que se verifique da existência do *fumus bonni juris* na acusação apresentada.

Quando a acusação é manifestamente infundada, falta justa causa para o processo penal¹⁰.

Ao que parece, o ilustre Professor, neste ponto, está a referir-se à ausência de suporte fático para a acusação. Tal ensinamento reflete-se de forma nítida nos arts. 226, I e 238 do Projeto.

Porém, não se esgotam, ainda, as considerações do Professor José Frederico Marques a respeito do que se deva entender por legítimo interesse. Com efeito, em seu magistério, está dito que, ausente o interesse de agir, falta justa causa para a propositura da ação penal, devendo o juiz rejeitar a denúncia por falta de condição exigida em lei para o exercício da ação penal (art. 43, III, CPP)¹¹. Nesse momento, o interesse de agir vem identificado com as condições de procedibilidade que, no campo do processo penal, seriam a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça nos casos de ação penal pública condicionada.

É de ver que as condições de procedibilidade não se confundem com as condições da ação, pois aquelas situam-se no campo dos pressupostos processuais, havendo, pois, diferença de essência entre uma e outra. A ausência da representação ou da requisição, conforme o caso, não faz do Ministério Público parte ilegítima mas acarreta a nulidade absoluta, que contamina todo o processo, em face da ausência de um pressuposto processual de validade da instância. A distinção, por sinal, aparece bem nítida no art. 43, III do Código de Processo Penal em vigor, tanto que, satisfeita a condição, a ação pode ser movida pelo Ministério Público (art. 43, §u, C.P.P.). Ora, se o Ministério Público fosse parte ilegítima ativa não poderia jamais propor a ação penal, mesmo satisfeita a condição.

⁹ “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo III, págs. 138/139 Editora Forense, 1974.

¹⁰ *in op. cit.*, vol. II, pág. 383.

¹¹ *in op. cit.*, vol. I, págs. 319/320.

Porém, outro foi o caminho traçado pelo Projeto, que reuniu em uma só definição os dois conceitos, realizando perfeita identificação entre as condições da ação e as condições de procedibilidade (arts. 227 e 228).

Aliás, o interesse de agir não se apresenta, no processo penal, com mesmo relevo com que surge no campo do processo civil, pois o interesse de agir ou o interesse legítimo está implícito em toda a acusação, porquanto o Estado não pode impor a pena senão através das vias jurisdicionais. Na verdade, não podendo o Estado tornar efetivo seu direito de punir, com a inflicção de pena, senão através do juiz, em face do princípio "*nulla poena sine iudice*", vê-se, com facilidade, que o instituto se reveste de conotação própria para o processo penal. Nos casos de ação penal pública incondicionada o interesse processual do Ministério Público decorre do próprio princípio da legalidade, sendo, pois, presumido.

Verifica-se, de tudo que ficou dito, que o Projeto, ao cogitar da ausência de justa causa para a ação penal, seguiu duas orientações diversas. A primeira delas de caráter subjetivo, quando alude ao que chamou de "fundamento razoável" da acusação, em que a busca do conceito ficará à mercê de criterioso exame da doutrina, da jurisprudência e do Ministério Público. A segunda, de natureza objetiva, se encarado o legítimo interesse como falta de condição de procedibilidade. Nesta última hipótese a falta da representação ou da requisição é omissão constatável objetivamente sem a necessidade de juízo de valor subjetivo. Mas mesmo aqui, haverá certa dose de subjetivismo, pois como resultou examinado, o interesse de agir para o ilustre Autor do Anteprojeto está, igualmente, vinculado ao suporte probatório da acusação, ou seja, que no limiar da ação vislumbre o juiz que o pedido traz aspecto de idoneidade. Não resta dúvida que a indagação a respeito do que, no exame do caso concreto, venha a ser "fundamento razoável" da acusação constitui matéria ligada ao mérito da ação penal e, pois, nesse passo, o Projeto está ligado à orientação tradicional do conceito de justa causa, tal como vem sendo estudado pela doutrina e reconhecido pela jurisprudência. Já no que respeita ao legítimo interesse, a noção de justa causa apresenta-se no Projeto, desvinculada do mérito, consoante se procurou evidenciar no presente trabalho, desde que se faça perfeita distinção entre pressupostos processuais (entre os quais se incluem as condições de procedibilidade), condições da ação e mérito. É a doutrina do trinômio processual posta em relevo por Eliezer Rosa no seu precioso Dicionário.¹²

A expressão justa causa, como todo conceito de amplitude incontrolada, presta-se a um grande número de interpretações. Procurei, no presente estudo, analisá-la em face do Projeto, tomando por base os próprios ensinamentos do Professor José Frederico Marques, consubstanciados na sua notável obra processual.

Não resta dúvida que ficará para os doutos a penosa tarefa de encontrar solução para conceito tão polêmico. Por agora, ficam, apenas, algumas notas esparsas, fruto maior de minha perplexidade que da minha certeza diante do tratamento que o tema mereceu no Projeto.

**Publicado originalmente na Revista nº 5 jan./jun. 1977, p. 91.*

12 "Dicionário de Processo Penal", pág. 89, Editora Rio, 1975.

A VIABILIDADE DO RECURSO ADESIVO NO PROCESSO PENAL

SERGIO DEMORO HAMILTON*

1. As leis que regem o processo penal, a começar pela própria lei básica, o Código de Processo Penal, são pródigas em recursos de toda a espécie. Há recurso contra tudo; há recurso para tudo. Em outra oportunidade, tive a ocasião de externar toda a minha perplexidade diante de alguns excessos, como, *v.g.*, o “Protesto por Novo Júri”, esdrúxula manifestação recursal, originária do Código de Processo Criminal do Império de 1832 (art. 302), por razões que, talvez, na época se justificassem, e que, de forma absurda, subsiste, ainda hoje, em nosso ordenamento processual, como verdadeira teratologia.¹

Causa estranheza, por tal razão, que o legislador, nas sucessivas leis que vêm alterando a fisionomia no nosso processo penal, não houvesse cogitado da introdução do recurso adesivo no campo processual penal, presente, entre nós, no Código de Processo Civil, desde 1973, pois ele, ao contrário de outras manifestações recursais, parece-me providência prática e útil.

2. É evidente que sua aplicação, ao contrário do que ocorre no processo civil, só teria incidência quando interposto *pro reo*, não beneficiando ambas as partes.

Torna-se inconcebível pudessem o Ministério Público, o querelante ou, ainda, o assistente, habilitado ou não (art. 598 do CPP) dele fazer uso, pois, se assim agissem, o princípio da impossibilidade da *reformatio in pejus* estaria atingido de forma reflexa, além do que, não há dúvida, iriam tolher o réu quando da interposição de eventual recurso, temeroso que a ele “aderissem” o *Parquet*, o querelante ou o assistente, conforme o caso.

Sabe-se que, por força do disposto no art. 617 do Código de Processo Penal, sendo o recurso exclusivo do réu, o Tribunal não pode agravar-lhe a situação processual, pois estaria exercendo jurisdição sem ação. Já em relação ao recurso do Ministério Público, a situação é completamente diversa, pois nada impede a *reformatio in mellius*, mesmo que não tenha havido a interposição de recurso por parte da defesa. Ela decorre do princípio do *favor rei*.

Tal colocação processual, de certa forma, explica o compreensível descaso pela regulação do recurso incidental no campo penal.

Porém, segundo entendo, mesmo assim, ele não perderia o seu valor, pois, embora viesse a ter diminuta incidência, ensejaria ao Tribunal apreciar, desde logo, as razões que o réu teria a aduzir na tentativa de melhorar a sua situação processual.

Por outro lado, se, no campo da doutrina, a *reformatio in mellius*, em recurso exclusivo da acusação, é mais ou menos pacífica, o mesmo não se pode dizer em relação ao assunto no seio da jurisprudência de nossos tribunais superiores.

* SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

¹ As críticas e as soluções aventadas em relação ao “Protesto por Novo Júri” podem ser vistas no trabalho intitulado “A reforma do Processo Penal”, de minha autoria, in *Ensaios Jurídicos*, nº 06, pp. 102/123, IBAJ, Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1998, 1ª edição.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, por ocasião do julgamento do Recurso Criminal de nº 108.449-SP, relator o Sr. Ministro **Moreira Alves**, que ofende o art. 574 do Código de Processo Penal a decisão que, na ausência de recurso do réu, se serve do da acusação para minorar a pena.

No mesmo diapasão, situa-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado em recente decisão, na oportunidade do julgamento do Recurso Especial de nº 168.554-RJ, relator o Sr. Ministro **Hamilton Carvalhido**. No julgado em tela, restou assinalada a impossibilidade da *reformatio in melius* em recurso exclusivo do Ministério Público, por violar o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* e constituir rematada violação à coisa julgada (6ª Turma, unânime). No referido aresto, há, também, referência expressa à posição tranqüila do Pretório Excelso, no mesmo sentido, com alusão, inclusive, ao julgamento acima objeto de menção.

Tal corrente jurisprudencial, originária dos dois mais importantes Tribunais do País, vem reforçar o entendimento segundo o qual o recurso adesivo melhor resguardaria a posição do réu no processo, com a vantagem de, desde logo, encontrar julgamento, juntamente com o recurso principal interposto pela acusação.

Para melhor esclarecimento, ponho um exemplo: suponha-se que o réu tenha sido condenado e, por qualquer razão, não se tenha insurgido, mediante apelo, contra a sentença. O Ministério Público, no entanto, manifesta recurso buscando exasperar a pena do acusado. Em tal caso, parece-me, deveria ter o imputado direito ao recurso adesivo. Note-se que, no exemplo dado, o Ministério Público não sucumbiu, pois se viu vencedor na causa. Porém, assim mesmo, guarda interesse em recorrer (ver a pena majorada), conforme bem preceitua o parágrafo único do art. 577 do CPP. Já o réu, que sucumbiu e não apresentou apelação independente contra a sentença, poderia, agora, através do recurso adesivo, pugnar não só pelo improvimento do apelo do *Parquet* mas também pela reforma total ou parcial do *decisum*, buscando, no primeiro caso, a absolvição ou, quando menos, a redução da sanção penal.

É neste ponto que o apelo adesivo penal se distinguiria daqueloutro do processo civil. Neste, haveria a chamada sucumbência recíproca, propiciando o adesivo, ao passo que, no penal, somente quando o réu sucumbisse (ou tivesse interesse em recorrer) é que o adesivo teria lugar. Na hipótese acima formulada, o imputado, não interessa o motivo, restara conformado com a condenação. Porém, no momento em que o Ministério Público apela, a despeito de já haver decorrido o seu prazo para recorrer (preclusão temporal), o réu sai da sua inércia e de mero recorrido passa, também, a recorrente, objetivando melhorar a sua situação no processo, fato que, no estágio atual do nosso direito positivo, se tornaria irremediável.

3. É conhecida a crítica feita à expressão “recurso adesivo”, adotada no art. 500 do CPC, usada para distingui-lo do recurso principal.

Na verdade, o recorrente não “adere” ao recurso principal; muito pelo contrário, a ele se contrapõe. Com efeito, o verbo aderir significa manifestar adesão, ao passo que o substantivo adesão indica assentimento, anuência, aprovação. Já o adjetivo adesivo reflete aquele ou aquilo que adere.² Ora, o recorrente, na realidade, pretende obter, com o adesivo, exatamente o contrário do que se sustenta no recurso principal, pois, ao interpor seu recurso, persegue objetivo diametralmente oposto ao de seu contendor.³

2 AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, in *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 36, Editora Nova Fronteira, 1975.

3 Para um estudo detalhado a respeito da questão terminológica envolvendo o recurso adesivo, o verbo

Como a terminologia já vem consagrada no processo civil e na própria praxe forense, por mera questão prática, ela poderia ser aproveitada no campo penal, embora uma concepção mais ortodoxa apontasse a designação “recurso contraposto”, “recurso subordinado” ou, ainda, “recurso incidental”, pois melhor traduziria a idéia de confronto e de oposição que a manifestação recursal, em tal caso, traz ínsita em seu âmago.

4. Uma das críticas que se poderia fazer ao recurso adesivo seria a de que ele atentaria contra o princípio da igualdade das partes, dando ao réu a possibilidade de mais um recurso em detrimento da acusação. Sabe-se, no entanto, que a igualdade das partes no campo do processo penal sofre séria mitigação em homenagem ao princípio do *favor libertatis*. Com efeito, muitos são os privilégios da defesa em matéria recursal, alguns deles até merecedores de crítica, pois muito contribuem para enfraquecer a repressão penal. É o caso, por exemplo, do “Protesto por Novo Júri”, dos embargos infringentes e de nulidade e da revisão criminal (tratada no código como recurso), todas providências recursais privativas da defesa, sem contar com inúmeras outras passagens da lei processual penal em que somente o réu se vê beneficiado.⁴

Mais consentâneo com o princípio do *favor libertatis* seria, sem dúvida, a adoção do recurso adesivo que, inclusive, encontraria deslinde, desde logo, quando do julgamento do recurso principal.

TOURINHO, dos poucos autores que aludem ao *thema* no campo penal, verbera a medida, salientando:

“No Processo Penal brasileiro não existe essa figura recursal, também denominada apelo incidental, mesmo porque neutralizaria o princípio da *reformatio in pejus*, uma das conseqüências do princípio do *favor rei* que nós adotamos. Se existisse, permitir-se-ia à segunda instância apreciar, sem maiores freios, a decisão impugnada.”⁵

Os temores do eminente processualista estariam afastados desde que o recurso incidental somente pudesse ser interposto pela defesa. Aliás, quer parecer-me que haveria manifesta inconstitucionalidade da lei que concedesse à acusação a possibilidade daquela providência, pois violaria a coisa julgada em detrimento do réu, realizando, por via oblíqua, a possibilidade de uma revisão do julgado *pro societate*.

5. Os requisitos de admissibilidade do recurso adesivo, a legitimação para recorrer, o procedimento recursal, a forma de interposição e o cabimento do adesivo, em sede penal, guardariam certa analogia com os do processo civil, mas destes se afastariam em muitos aspectos, ostentando identidade própria.

Examinemos, então, os diversos ângulos que informariam o adesivo em sede processual penal, tomando por base o tratamento que o mesmo recebeu no Código de Processo Civil, onde ele se encontra disciplinado nos arts. 500 a 503, fazendo-se, naturalmente, as necessárias adaptações:

aderir e demais palavras cognatas, veja-se JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, nos seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V (arts. 476 a 565), pp. 249 a 251, Forense, Rio-São Paulo. Ali, o leitor encontrará rica referência à doutrina e à legislação estrangeiras (italiana, portuguesa e alemã), bem como as observações feitas, na doutrina brasileira, por JOSÉ AFONSO DA SILVA a respeito do *thema*.

4 Sobre a matéria, tratada com maior amplitude, veja-se o estudo de minha autoria “A Vassalagem ao Direito de Defesa”, pp. 112 *usque* 134, in *Doutrina*, nº 04, 1997.

5 FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. 02, p. 593, Editora Saraiva, 5ª edição, 1999.

a) – o recurso somente poderia ser interposto pelo réu, desde que também vencido (ou com interesse recursal). Desta forma, só a defesa estaria dotada de legitimação para valer-se do adesivo;

b) – considera-se vencido, para os fins do recurso, o réu que sucumbiu ou que, pelo menos, guarda interesse na reforma da decisão (art. 577, parágrafo único, do Código de Processo Penal);

c) – o recurso adesivo ficaria subordinado ao recurso principal. Isto exige que o recurso subordinante tenha sido interposto e, quando da apresentação do adesivo, ainda subsista. Suponha-se, por exemplo, que a apelação subordinante não tenha sido admitida perante o juízo *a quo*, por intempestiva. Imagine-se, ainda, que, em caso de exclusiva ação privada, o querelante venha, após, a desistir do apelo. No último caso, se o querelado houvesse manifestado o incidental, seguiria ele a sorte do principal, não dispondo o querelado de qualquer poder para fazer valer o seu recurso, que, nesse passo, não dispõe de luz própria;

d) – o subordinado será, sempre, interposto perante a autoridade judiciária competente para conhecer do recurso subordinante;

e) – como regra geral, o adesivo poderá ser interposto pelo réu, seu procurador ou defensor (art. 577, *caput*, do CPP);

f) – o prazo para a interposição do adesivo seria, de acordo com o processo civil, o mesmo que a parte dispõe para responder ao recurso principal. No processo penal, porém, impõem-se algumas adaptações. Explico-me melhor: sabe-se que o apelado dispõe de 08 dias para contrapor-se ao recurso, salvo em relação aos casos de contravenção onde a lei prevê 03 dias para aquela finalidade (art. 600, *caput*, do CPP). Ora, tal prazo excederia o do apelo principal (05 dias, *caput* do art. 593 do CPP), salvo em relação à contravenção. Assim, se de um lado o recorrente-adesivo levaria vantagem, do outro veria seu prazo diminuído em relação ao recurso principal. O legislador poderia, desta maneira, corrigir a distorção, fixando um único prazo, ao estabelecer que o adesivo, em qualquer caso, observaria o lapso temporal cogitado para o recurso principal (art. 593, do CPP).

Parece-me solução mais justa, técnica e equânime nivelar o prazo, igualando-o nos dois recursos: o principal e o adesivo. É interessante observar que o problema só se põe em relação à apelação, em face do descompasso verificado nos prazos indicados nos arts. 593 e 600 do CPP. É certo que, no processo penal, ao contrário do que ocorre no processo civil, o recurso apresenta-se bifásico, compreendendo o momento de interposição (art. 578 do CPP) e o da apresentação de razões (art. 600 do CPP). Vale o registro que, perante os Juizados Especiais Criminais, o apelo reveste caráter monofásico (art. 82 da Lei n° 9.099, de 26.09.95), sendo de dez dias o prazo para o apelo e para a resposta (art. 82, §§ 1° e 2° da Lei n° 9.099, de 26.09.95). Aqui, não haveria o que alterar;

g) – o prazo em questão começaria a fluir da data em que a defesa recebesse os autos com vista para ofertar contra-razões. Como se trata de prazo processual, a regra *dies a quo non computatur in termino* ganharia plena incidência (art. 798, § 1°, do CPP);

h) – a forma de interposição obedeceria aos ditames do Código de Processo Penal (art. 578, do CPP), isto é, far-se-ia por petição ou por termo, abrindo-se, após, nova vista para a oferta de razões, quando em jogo recurso bifásico, pois, como já assinalado, no Juizado Especial Criminal, por exceção, o apelo apresenta forma monofásica, ou

seja, não há uma fase distinta para a interposição e outra para razões; juntamente com a apelação, são, desde logo, apresentadas as razões do recurso (art. 82, § 1º, da Lei nº 9.099, de 26.09.95). É, sem dúvida, a solução desejável do ponto de vista técnico para todas as hipóteses. No entanto, esta não é a regra geral no processo penal;

i) – quanto ao cabimento do adesivo, ele somente se daria em caso de apelação e por ocasião dos chamados recursos constitucionais, ou seja, o extraordinário e o especial. Ao contrário do que ocorre no processo civil, ele não encontraria admissibilidade nos embargos infringentes e de nulidade, uma vez que, no processo penal, aquele recurso é privativo da defesa (art. 609, parágrafo único, do CPP);

j) – o recurso contraposto, igualmente, não mereceria conhecimento no caso de ser declarado deserto o recurso subordinante ou o do próprio querelado. Soa evidente que a deserção somente poderia ocorrer, por ausência de preparo, nos casos de exclusiva ação privada (art. 806 e seus parágrafos, do CPP);

l) – no caso de apelação, se o réu fugir depois de haver apelado, o recurso incidental será declarado, da mesma forma, deserto, desde que, evidentemente, no caso, surja como condição de admissibilidade do apelo o recolhimento do réu à prisão;

m) – quando o incidental for interposto pela Defensoria Pública, o prazo do recurso ganhará a contagem em dobro, por força do disposto na Lei nº 7.871, de 08.11.89;

n) – também no Tribunal, o adesivo seguirá a sorte do principal. Desta maneira, caso o Tribunal não venha a conhecer do recurso principal (não importa a razão da inadmissibilidade), o subordinado, igualmente, não poderá merecer conhecimento, seguindo-lhe a sorte;

o) – quanto ao rito na superior instância, principal e adesivo seguem juntos, em procedimento uno, como se ocorresse a hipótese de dois recursos independentes, sendo ambos julgados na mesma sessão, ocasião em que, tal como o recorrente principal, será facultado ao recorrente adesivo fazer sustentação oral;

p) – suponha-se, para efeito de argumentação, que o adesivo não venha a ser conhecido no Juízo do primeiro grau de jurisdição, por entender o juiz que o apelo interposto pelo querelado encontra-se deserto. Denegada a apelação, abrir-se-á, para o réu, a oportunidade de interpor recurso no sentido estrito contra aquela decisão (art. 581, XV, *in fine*, do CPP), tal como ocorreria caso ele houvesse interposto um recurso independente;

q) – na hipótese acima contemplada (nº 05, letra p), o recurso perderá objeto se, por qualquer motivo, o apelo principal não vier a ter seguimento, pois o adesivo a ele se subordina;

r) – interessante questão pode ocorrer quando, no recurso adesivo, houver argüição de questão prévia que, se reconhecida, pode atingir o mérito do recurso principal. Nada melhor que o exemplo: no adesivo, o querelado sustenta a preliminar de extinção da punibilidade, pela ocorrência da decadência (art. 38 do CPP c/c 107, IV, do CP). Se acolhida a preliminar, ficará prejudicado o recurso principal quanto ao julgamento de mérito. Aqui, como de fácil observação, há uma inversão na ordem normal de apreciação dos recursos, fazendo com que o subordinante (principal) fique prejudicado quanto ao mérito, em razão do acolhimento da questão prévia suscitada no recurso subordinado (adesivo), que deve ser apreciada antes do julgamento *de meritis* do recurso principal;

s) – já ficou dito (nº 05, letra “n”, *supra*) que o recurso contraposto segue a sorte do principal. Melhor dizendo: se este for julgado deserto ou, ainda, se o querelante desistir do recurso que interpôs, o adesivo, como recurso subordinado que é, não poderá merecer conhecimento. Porém, o inverso não se dá; nenhum reflexo terá, para o recurso independente, a desistência por parte do réu em relação ao recurso incidental que interpôs;

t) – para que o recurso possa ser considerado adesivo, é preciso que ele não tenha sido interposto no prazo que o réu dispunha para recorrer. Ele se daria quando, sucumbindo o réu ou havendo interesse para insurgir-se contra a decisão, não manifestasse recurso no prazo legal, mas se deparasse, após, com a interposição de recurso por parte do autor (Ministério Público ou querelante) ou do assistente (art. 598 do CPP). Somente em tal situação processual, caberia ao réu “aderir” ao recurso principal;

u) – vislumbre-se a situação de vários réus, em que um ou apenas alguns deles tenham manifestado recurso adesivo. Os princípios gerais acima expostos terão, da mesma forma, integral aplicação, convindo notar que cada recorrente-adesivo guardará total independência em relação ao outro. Imagine-se, para exemplificar, que o réu A não tenha o seu adesivo conhecido, por intempestivo. Tal fato não contamina o adesivo do réu B, até porque a subordinação do recurso contraposto dá-se, somente, em relação ao principal. No litisconsórcio passivo (caso de sucumbência paralela), repita-se, cada recurso adesivo terá sua própria fortuna, ficando todos, quanto ao conhecimento, subordinados ao principal. Se este, por fás ou por nefas, não vier a ser conhecido, aí sim, todos os adesivos seguir-lhe-ão o caminho;

v) – e se o recurso principal vier a ser interposto pelo assistente do Ministério Público ou pelo ofendido não habilitado como tal nas hipóteses contempladas no art. 598 do CPP e 80 do Código de Defesa do Consumidor, assim como consoante o enunciado constante da Súmula 210 do STF?

Da mesma forma, o réu, com maior razão, poderá “aderir” ao recurso principal e nem haveria razão para que se vedasse tal providência para o mesmo, tendo em conta que os objetivos do recurso do assistente não guardam, necessariamente, os ideais de justiça que movem o Ministério Público em suas manifestações processuais;

x) – cabe, agora, a seguinte ponderação: havendo recurso do assistente do Ministério Público (para aumentar a pena aplicada, por exemplo) e não manifestando o réu o adesivo, parece-me que o *Parquet*, ciente do fato, pode, se for o caso, como fiscal da lei, “aderir” ao recurso principal, buscando uma solução justa para a lide penal. Se ele pode apelar em favor do réu (*rectius*, buscando a correta aplicação da lei), por que não poderia ele “aderir” ao recurso do assistente no objetivo maior da Instituição, que reside na efetivação de um processo justo?

z) – caso haja mais de um recurso adesivo, o recorrente poderá desistir do mesmo sem anuência dos litisconsortes, no caso de sucumbência paralela, já que, em relação a eles, guarda total independência, como já observado (nº 05, letra “u”). Sua subordinação, no que respeita ao conhecimento do recurso, dá-se, somente, em relação ao recurso independente. Assim, por consequência, se o querelante vier a desistir do apelo que interpôs, o adesivo que lhe seguia não colherá conhecimento;

z-I) – quanto ao mérito, porém, o adesivo, como não poderia deixar de ser, mantém absoluta independência em relação ao recurso subordinante. Aliás, se assim não se desse, nem haveria razão de ser para a existência do adesivo. Melhor dizendo: suponha-se que o recurso principal, *de meritis*, venha a ser improvido; tal circunstância em nada impedirá o conhecimento e provimento do recurso subordinado. E vice-versa;

z-II) - no mais, aplicam-se as regras gerais de processo penal em matéria de conhecimento das chamadas questões absolutas⁶, podendo o Tribunal, embora não conhecendo do recurso adesivo, conceder *habeas corpus* de ofício em prol do réu (art. 654, § 2º, do CPP), desde que vislumbre presente, *v.g.*, uma nulidade absoluta;

z-III) - diga-se o mesmo quando houver a possibilidade de aplicação do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal, por extensão subjetiva dos efeitos benéficos do recurso contraposto;

z-IV) - É certo que as questões ventiladas linhas acima (nº 05, z-II e z-III) poderiam ser apreciadas, de ofício, pelo Tribunal, por força do princípio do *favor rei*, mesmo sem que houvesse recurso adesivo. Porém, uma vez não tratadas no recurso principal, é de bom aviso o adesivo para provocar a manifestação e o prequestionamento por parte do Tribunal sobre a matéria, que, sem o recurso incidental, poderia passar despercebida, acarretando desnecessário gravame para o réu.

6. No momento em que se cogita proceder a uma reforma radical do nosso Código de Processo Penal, seria o caso de meditar-se sobre a **conveniência** da adoção de tal modalidade de recurso em nossa legislação.

Ficam, no momento, alinhadas algumas sugestões, não sei se meritórias, mas, de qualquer forma, instigadoras.

Primavera de 2000.

**Publicado originalmente na Revista nº 13 jan./jun. 2001, p. 255.*

⁶ O assunto restou ventilado, com maiores cuidados, em estudo de minha autoria: "A Técnica do Parecer", in *Justitia*, órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo, vol. 169, 1995, pp. 09/23, de modo especial no item 13, p. 17.

A TÉCNICA DO PARECER¹

SERGIO DEMORO HAMILTON*

1 - Vou tratar do parecer do Ministério Público perante os Tribunais Superiores, voltado, de forma especial, para a atuação do Procurador de Justiça que oficia perante o Tribunal de Alçada e diante do Tribunal de Justiça do Estado. Igualmente, o presente estudo estará dedicado, basicamente, para o processo penal, eis que fruto da minha vivência como Procurador de Justiça, inicialmente na 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, de tão gratas recordações para o meu aprendizado no ofício de Procurador, e, posteriormente, perante o Tribunal de Justiça de nosso Estado. É certo que muitas das colocações que, aqui, serão feitas, encontram plena aplicação no parecer civil perante o segundo grau de jurisdição. Porém, a finalidade precípua do presente trabalho é a de voltar-se, de forma especial, para os diversos aspectos de que se reveste o parecer criminal.

2 - É sabido por todos que se ocupam do estudo sistemático do Ministério Público o grande desconhecimento que reina a respeito daquela Instituição, que só agora começa a ganhar merecido realce, mercê da posição de relevo que a Constituição Federal de 1988 lhe conferiu.

Por tal razão, não é de estranhar que o nosso modesto Código de Processo Penal, ao tratar do processo e do julgamento dos recursos perante os Tribunais (arts. 609 a 618), não faça qualquer referência quanto ao aspecto formal do parecer, limitando-se a fixar os prazos para a fala do Procurador-Geral e o tempo que o mesmo disporá para a sustentação oral (arts. 610 e 613). Diversamente, deixa claro que o Tribunal, câmara ou turma, atenderá nos seus acórdãos ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável (art. 617). Em suma: revigora as minuciosas regras que regem a sentença (*in genere*), bem como os dispositivos específicos que regulam, respectivamente, a sentença penal absolutória e a condenatória. Em outras palavras: as decisões dos tribunais, pena de inépcia, devem conter todos os requisitos formais de uma decisão do primeiro grau de jurisdição, *mutatis mutandis* evidentemente. Mas as exigências de forma não terminam aí; o art. 618 do CPP ainda estabelece que os regimentos dos tribunais estabelecerão normas complementares para o processo e julgamento dos recursos.

3 - O primeiro e grave equívoco envolvendo os prazos para o Ministério Público emitir parecer nasce com o ingresso dos autos na Procuradoria-Geral de Justiça. O “Diário Oficial”, na parte destinada ao Poder Judiciário, costuma publicar a relação dos autos que se encontram com vista na Procuradoria-Geral de Justiça, especificando a natureza e o número do recurso, a data de entrada dos feitos e o número de dias em que o processo ali se encontra. A publicação abrange cada órgão colegiado do Tribunal e cumpre, no Tribunal de Justiça, determinação expressa do art. 216 § 2º do seu Regimento Interno.

*SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula e ex-Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis-RJ (1962-1974) e ex-Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho (1970-1978).

1 O presente trabalho é mero desenvolvimento da conferência por mim proferida na Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro, aos 19 de agosto de 1985, dela escoimadas as inevitáveis imperfeições próprias de uma exposição oral. Cuidou-se, igualmente, de adaptar o texto à nova legislação de natureza constitucional e infraconstitucional. Nele não estão incluídos os debates que se seguiram àquela exposição, pois que não foram gravados.

É preciso, desde logo, que se esclareça que o prazo para o Ministério Público manifestar parecer não guarda qualquer relação com a aludida publicação. E é fácil explicar: a Procuradoria-Geral de Justiça é mero organismo administrativo do Ministério Público, não se confundindo com a Instituição e muito menos com o órgão de atuação que tenha atribuição para intervir no feito. Dessa maneira, o prazo para o parecerista não pode ser contado da data do ingresso dos autos na Procuradoria-Geral de Justiça, mas sim da data do efetivo recebimento dos autos pelo Procurador de Justiça. É certo que se poderá argumentar que os prazos contemplados nos arts. 610 e 613 do CPP são prazos de preclusão fraca, o que significa dizer que, mesmo quando prolatado a destempo, o parecer pode ser objeto de apreciação judicial, não merecendo, por tal razão, desentranhamento. Porém, nem por isso a observância dos prazos deve ser descuidada, até porque apresenta conseqüências práticas para o órgão do Ministério Público desidioso, tal como disciplinado no art. 801 do CPP.

4 - Chegada a fase de vista para parecer, surge uma primeira indagação: que Procurador de Justiça deve officiar no feito?

A pergunta assume especial importância em face do princípio do Promotor Natural ou do Promotor Legal assegurado pela Constituição Federal que consagrou aos membros do Ministério Público a garantia da inamovibilidade (art. 128, § 5º, I, “b”). Demais disso e em conseqüência disso, a atribuição do órgão de atuação do Ministério Público é pressuposto de validade da instância, estando a atribuição para o Ministério Público como a competência está para o juiz. São, destarte, institutos processuais que guardam similitude. Por tal razão, o órgão do Ministério Público que officia no feito deve estar revestido de atribuição para atuar, pena de nulidade. Dessa forma, quando a lei processual penal fala na necessidade da intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública, cominando a sanção de nulidade pelo descumprimento da norma (art. 564, III, “d” do CPP), há que se entender que a atuação do Ministério Público se fará, sempre e sempre, através do membro do Ministério Público revestido de prévia atribuição.²

Atualmente, em nosso Ministério Público, encontra-se em vigor a Resolução GPGJ nº 503, de 31.07.92, estabelecendo critérios de distribuição prévia dos feitos entre os Procuradores de Justiça nos diversos órgãos colegiados dos Tribunais de Alçada (Cível e Criminal) bem como perante o Tribunal de Justiça, assegurando, assim, a plena vigência do princípio do Promotor Legal. Com o advento da nova LONMP (Lei 8.625, de 12.02.93) a matéria veio regulada nos arts. 19 a 22, estabelecendo o art. 21 que a divisão interna dos serviços das Procuradorias de Justiça estará sujeita a critérios objetivos definidos pelo Colégio de Procuradores, que visem à distribuição equitativa dos processos por sorteio, observados, para esse efeito, as regras de proporcionalidade, especialmente a alternância fixada em função da natureza, volume e espécie de feitos. Porém, o parágrafo único do aludido artigo estabelece que a norma indicada no *caput* só não incidirá na hipótese em que os Procuradores de Justiça definam, consensualmente, conforme critérios próprios, a divisão interna dos serviços.

2 Sobre o tema vide: “Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal”, Sergio Demoro Hamilton, Separata, “Revista Forense”, vol. 269; “O Ministério Público no Processo Civil e Penal - Promotor Natural, Atribuição e Conflito”, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, pp. 86 e ss., Forense, 1989; “O Ministério Público no Processo Penal,” Hugo Nigro Mazzilli, “Justitia”, São Paulo, 95; “Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”, Rogério Lauria Tucci, pp. 145 e ss., Saraiva, São Paulo, 1993.

Portanto, nada obsta, no momento, que os Procuradores de Justiça venham a manter, no futuro, os critérios de distribuição versados na Resolução nº 503/92, atualmente em vigor. É de se aguardar, porém, até lá, a entrada em vigor da nova Lei Orgânica Estadual do Ministério Público, atualmente em tramitação na Assembléia Legislativa Estadual.

5 - Recebido o recurso para exame, deve o Procurador de Justiça, por cota nos autos, anotar a data em que efetivamente o processo lhe foi entregue. A matéria é revestida de relevância, uma vez que, no Rio de Janeiro, muitos Procuradores recebem o processo em casa ou nos seus escritórios de trabalho, sendo os processos entregues, muitas vezes, com grande atraso. Para tanto, deverão seguir um critério de controle, criando um protocolo particular e datando, sempre, a guia de recebimento e a de remessa.

Tal anomalia estará superada no momento em que forem criados os serviços auxiliares necessários ao desempenho dos Procuradores de Justiça (art. 21 da LONMP). Em nosso Estado do Rio de Janeiro, como os Procuradores de Justiça jamais dispuseram de gabinetes nos Tribunais, a Procuradoria-Geral de Justiça³, em 11.12.92, fez instalar o chamado “Serviço Judiciário” em um andar de prédio comercial, em frente ao Tribunal, dotado de razoável infra-estrutura, onde os Procuradores dispõem de local digno para trabalhar e moderno serviço de apoio. Há muito que aperfeiçoar neste setor, mas o primeiro passo, sem dúvida, já foi dado e, no meu entendimento, com bons resultados. De qualquer forma este é o caminho certo: o Ministério Público deverá estar situado próximo ao Tribunal mas *sempre* em locação própria. O passado indica ser este o caminho certo; o futuro exige que assim seja diante do aumento, ainda não de todo dimensionado, das atribuições da Instituição, muitas delas com marcante atividade extrajudicial.

6 - Uma vez em mãos do Procurador de Justiça dotado de atribuição para officiar no feito, o primeiro cuidado a ser tomado consiste em saber se o recurso está “maduro” para receber parecer. Tal se dá, somente, quando o procedimento recursal desenvolvido até o momento da vista ao órgão do *Parquet* foi cumprido na íntegra bem como se foram atendidos os dispositivos regimentais atinentes à espécie. Ponha-se o exemplo: é comum o recurso ser distribuído a determinada Câmara em razão de prevenção ditada pelo fato de que o Colegiado, antes, já decidiu algum outro recurso relacionado com o feito em julgamento ou, como ocorre comumente, *habeas-corpus* envolvendo o caso *sub iudice*. O Tribunal de Alçada Criminal, em seu Regimento Interno, estabelece que a Secretaria da Câmara deve providenciar a apensação dos autos precedentes que motivaram a prevenção (art. 42 § 2º). Caso tal não seja possível, no meu entendimento, bastará a juntada aos autos de cópia do acórdão que tenha decidido o *habeas-corpus*, exceção, incidente processual, reclamação ou qualquer recurso anterior que guarde relação com o feito em julgamento. Aliás, na prática, sempre preferi a última solução, visto que a apensação torna mais volumosos os autos dificultando o manuseio. Pois bem: este deve ser um requerimento preliminar do Procurador, pois em função do que tenha sido decidido, anteriormente, haverá eventuais reflexos no parecer a ser prolatado e, em conseqüência, na decisão da causa. Tal postulação pode ser feita antes do parecer ser ofertado ou como diligência preliminar no próprio corpo do parecer, caso o Procurador perceba, desde logo, a probabilidade de que a material não trará maiores conseqüências para a apreciação do recurso. Outra questão a ser observada diz respeito com a apresentação de razões

³ Inaugurado, em 11.12.92, na gestão do Procurador-Geral de Justiça Dr. Antonio Carlos Silva Biscaia.

pelo advogado no Tribunal (art. 600 § 4º do CPP). Em tal hipótese, antes do parecer ser exarado, devem os autos ser remetidos à Promotoria de Justiça para contra-razões. Atualmente, a matéria está regulada por meio da Resolução nº 277/87 do Procurador-Geral de Justiça, de 02.10.87, que, acertadamente, estabelece incumbir à Promotoria de Justiça junto à Vara de origem oferecer as razões, contrariando o apelo (art. 1º), devendo, para tal fim, o Procurador de Justiça, junto à Câmara perante a qual se processa o recurso, providenciar para que os autos respectivos sejam remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 1º § único), após o que os autos voltarão com vista ao Procurador para parecer, sem necessidade do retorno dos autos ao Tribunal. Em suma: quando o feito voltar ao Tribunal já levará consigo as contra-razões e o parecer. A matéria, aliás, já fora decidida pelo Procurador-Geral diante do exame de um caso concreto de conflito de atribuições suscitado na Apelação Criminal nº 20.029 da 1ª Câmara Criminal do TACrim-RJ, que alvittrara idêntica solução técnica para o problema, afastando a possibilidade do Procurador substituir o Promotor, acumulando, de forma absurda, as duas atribuições. Vale registrar, por oportuno, que a atual LONMP, ao contrário da anterior, não mais veda a convocação de Promotor de Justiça da mais elevada entrância ou categoria para substituir, por convocação, Procurador de Justiça (art. 15, V c/c 22, III). É de ver, aliás, que, mesmo no tempo da vigência da Lei Complementar nº 40/81, nada impedia a adoção da solução aqui alvittrada, conforme tive a oportunidade de sustentar quando oficiei como suscitante no conflito de atribuições acima referido (Apel. Crim. nº 20.029 - da 1ª Câm. Crim. do TACrim-RJ) e que mereceu acolhimento da Chefia do *Parquet*. Para um completo exame do tema, que transborda os limites do presente trabalho, torna-se recomendável o estudo doutrinário completo feito a respeito da matéria pelo douto Procurador de Justiça, Dr. Adolpho Lerner, quando emitiu parecer na Apelação Criminal de nº 409/93 perante a 4ª Câmara Criminal do TJRJ. Ali aquele extraordinário Procurador de Justiça fez um completo levantamento dos autores que se ocuparam da matéria, todos no sentido do posicionamento aqui defendido.⁴

Outra questão, que pode surgir antes da fase de parecer, está relacionada com a possibilidade, embora pouco comum, de suscitação de conflito de atribuições entre os órgãos do Ministério Público, que pode ou não envolver a competência de Colegiado para o julgamento da espécie. Quando tal não se dá, a matéria se esgotará no âmbito administrativo – com evidentes reflexos processuais! – do Ministério Público, uma vez decidida pelo Procurador-Geral. Em caso contrário, melhor será, por que mais prático, que o Procurador de Justiça suscite, desde logo, conflito de competência ou de jurisdição, conforme o caso (arts. 113, 114, 115, II e 116 do CPP). Vale observar que, quando se tratar de conflito negativo de atribuições em sentido estrito (a ser dirimido no âmbito do próprio Ministério Público), ele deverá ser suscitado nos próprios autos, tal como ocorre com o conflito entre juízes e tribunais (art. 116 § 1º do CPP), uma vez que não haverá qualquer prejuízo para o andamento normal do recurso, até que o incidente ganhe deslinde.

4 Parecer do Procurador de Justiça, Dr. Adolpho Lerner, o mais completo e atualizado estudo de que tenho conhecimento sobre a matéria. Atentos à diversidade de atribuições conferidas aos Promotores e Procuradores de Justiça, os doutrinadores, *una voce*, afastam a possibilidade dos últimos substituírem os primeiros na hipótese do art. 600 § 4º do CPP; Magalhães Noronha, Fernando da Costa Tourinho Filho, Sergio de Andréa Ferreira, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Sergio Demoro Hamilton, Geraldo Batista de Siqueira, Hugo Nigro Mazzilli e outros. As indicações bibliográficas respectivas constam do parecer em tela a ser publicado na “Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça”.

Outro cuidado a ser tomado pelo Procurador de Justiça, ainda na fase que antecede ao parecer, relaciona-se com a aplicação da regra do art. 601 § 1º do CPP, que obriga o traslado dos autos sempre que houver mais de um réu, desde que todos não tenham sido julgados ou, uma vez julgados, não tenham, todos, apelado. Em tal caso, ao apelante caberá promover a extração do traslado dos autos. A exigência legal é compreensível, uma vez que a execução penal deverá ter início em relação ao(s) réu(s) que não apelou(aram); já em relação aos imputados ainda não julgados, a providência encontra sua razão de ser, uma vez que não haveria sentido que se sustasse o andamento do apelo do co-réu já julgado. Com o advento da Lei de Execução Penal, o traslado em questão torna-se dispensável, desde que o juiz do processo de conhecimento tome o cuidado de mandar expedir guia de recolhimento para a execução, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória para o co-réu (art. 105, da LEP), guia que deverá conter os requisitos do art. 106 da LEP. Em caso contrário, o traslado torna-se necessário pelas razões já expostas.

Ainda nessa fase que precede a elaboração do parecer, há, ainda, um cuidado que o Procurador de Justiça deve tomar: refiro-me aos casos de recurso em sentido estrito em que, no juízo *a quo*, não ocorreu o chamado juízo de retratação (art. 589 do CPP). É muito comum tal omissão, que, muitas vezes, decorre até de esquecimento, em razão do notório volume de serviço do foro. O fundamento da providência decorre do fato de que, uma vez ocorrida a retratação e incorrendo recurso da parte contrária (art. 589 § único do CPP), o recurso em sentido estrito perderia objeto. Por que, então, perder tempo emitindo um parecer que pode ser desnecessário?

Merece destaque nesta fase que antecede à lavratura do parecer o exame que deve merecer o art. 32, inciso VIII do Regimento Interno do Tribunal de Justiça - RJ. Dispõe o aludido dispositivo que compete ao relator do feito “decidir o pedido ou recurso que haja perdido o objeto, bem como negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do Tribunal, cabendo dessa decisão agravo regimental para o órgão colegiado”.

O referido inciso, introduzido no Regimento Interno do Tribunal de Justiça-RJ, no expediente do Órgão Especial do dia 28.05.91, tem, iniludivelmente, o objetivo de desafogar as pautas de julgamento e a tramitação de recursos que, previamente, estarão fadados ao insucesso ou à falta de objeto. É medida inteligente e que atende, sem sombra de dúvida, aos reclamos da melhor economia processual. Na Câmara onde exerce atribuição, vem sendo usado com parcimônia e bom senso, atendendo, plenamente, a finalidade para a qual foi criado.

Não há que negar, porém, que a constitucionalidade do aludido dispositivo regimental é discutível, pois que subtrai do juiz natural (Órgão Colegiado respectivo) o julgamento do pedido ou do recurso. Nem se argumente que da decisão do relator cabe agravo regimental para o órgão colegiado respectivo, pois este é o juiz natural do feito, que dele deve conhecer originariamente e não pela via recursal.

Pois bem: antes de emitir parecer, o Procurador de Justiça deverá ter o cuidado de examinar se o pedido ou recurso não se enquadra, de forma inequívoca, nas condições do art. 32, VIII do RITJRJ, evitando, com isso, perda de tempo na elaboração de um parecer desnecessário. Para que tal se dê, nunca é demais repetir, caberá ao parecerista examinar se a hipótese, sem sombra de dúvida, encontra agasalho nas exigências regimentais.

Não tenho, evidentemente, a pretensão de examinar todas as situações jurídicas que possam ocorrer antes da fase de emissão do parecer propriamente dito. Procurei, aqui, enumerar algumas que ocorrem mais comumente, fruto da minha já longa experiência como Procurador de Justiça em Câmara Criminal.

7 - Estando o feito “maduro” para receber parecer de mérito, pode-se começar a examinar a técnica do parecer, desenvolvendo a forma com que a fala do Ministério Público deve ser apresentada perante os Tribunais. Já ficou assinalado, no início do presente trabalho, que, ao contrário do que ocorre com a sentença (arts. 381, 386 e 387 do CPP) e com o acórdão (art. 617 do CPP), a nossa lei processual penal não se ocupou do parecer, deixando de traçar normas a respeito do seu conteúdo, limitando-se a fixar os prazos para a opinativa e o tempo, em minutos, que o Procurador disporá para a sustentação oral perante o Colegiado. A antiga LONMP (LC nº 40, de 14.12.81) dispunha em seu art. 22, II, ser dever dos membros do Ministério Público “obedecer rigorosamente, nos atos em que officiar, à formalidade exigida dos juízes na sentença, sendo obrigatório em cada ato fazer relatório, dar os fundamentos, em que analisará as questões de fato e de direito, e lançar o seu parecer ou requerimento”. Pecava, a meu ver, pelo excesso, pois seria prosaico exigir-se do membro do Ministério Público que, para desistir de uma testemunha, por exemplo, fizesse relatório ou que, para um simples requerimento de diligência, sem maiores indagações, obedecesse a todas aquelas formalidades. Para tais providências, as exigências seriam as mesmas que um juiz deve guardar em seus despachos de expediente. Portanto, quando a lei falava em “cada ato” haveria que ser entendida como referindo-se a atos substanciais do processo, tais como alegações finais, razões de recurso, requerimento de providência coercitiva cautelar (de caráter pessoal ou real), parecer diante dos Tribunais e *quid genitu*. A atual LONMP (Lei nº 8.625, de 12.02.93) estabelece como dever do membro do Ministério Público “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal” (art. 43, III). A redação do novo texto legislativo parece-me mais feliz que a do anterior, mas também não é a ideal. Por ela deduz-se que somente quando das alegações finais ou na fase recursal é que deverão ser exigidos aqueles requisitos de forma. Na verdade, não é bem assim que ocorre. Pode acontecer que uma diligência, que envolva matéria de maior complexidade, exija longa fundamentação. Que dizer das cautelares? O requerimento de prisão preventiva, por exemplo, deve, sempre e sempre, ser bem fundamentado por parte do membro do Ministério Público. Porém, nenhum dos dois casos acima citados envolve manifestação final ou recursal do Ministério Público. Assim deve ficar entendido que o membro do Ministério Público deve indicar os fundamentos de fato (*ty compris*, o relatório) e de direito de seus pronunciamentos processuais sempre que tal se fizer necessário, tais como: alegações finais, manifestações recursais (razões e pareceres), requerimentos de providências cautelares de caráter pessoal ou real e em situações jurídicas assemelhadas. Nos demais casos, sua cota não deve ser diferente do mero despacho de expediente do juiz.

Last but not least, é de ressaltar que a Constituição Federal exige dos membros do Ministério Público a indicação dos “fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais” (art. 129, VIII). Portanto, a exigência, além de lógica e antológica, assume, atualmente, o caráter de norma Constitucional, que deve ser observada, regulada e interpretada segundo critérios seguros, não ficando à mercê de cada um ofertar o parecer como bem lhe aprouver.

8 - Como deve, então, ser apresentado o parecer do Procurador de Justiça perante os Tribunais? De que requisitos deve ele estar revestido? Que requisitos formais são exigíveis quando da opinativa? Que cuidados devem cercar a fala do Ministério Público perante o segundo grau de jurisdição?

Na tentativa de encontrar respostas para tais indagações é que este trabalho ganhou vida, fruto, como já disse, da minha experiência e, portanto, correndo os riscos do empirismo, já que pouco, ou quase nada, encontrei na doutrina e em nossas leis, mesmo naquelas que se ocupam especificamente da Instituição.

O parecer deve ser identificado ou individualizado em seu cabeçalho. Ali estarão indicados:

- a) - o tribunal (de Justiça ou de Alçada Criminal) para o qual é dirigido o recurso;
- b) - o órgão Colegiado do Tribunal (Câmara ou Seção Criminal no Tribunal de Justiça e Câmara ou Grupo de Câmaras Criminais no Tribunal de Alçada);
- c) - a natureza do recurso (apelação, embargos, etc. ...);
- d) - o nome das partes [recorrente(s) e recorrido(s)].

Jamais deverá ser usada a expressão jurássica “Justiça Pública” para identificar a Instituição do Ministério Público quer como parte no recurso quer como fiscal da lei.

Segue-se a indicação: “Parecer”. É que, como vimos, nem sempre o processo encontra-se em condições de receber, desde logo, parecer (6 *supra*), necessitando providências prévias. Em ocorrendo esta última hipótese, a postulação deve receber o título de “Requerimento”. O requerimento deverá ser dirigido ao Relator do feito e não ao Colégio, visto que se insere entre as providências típicas do Relator, todas de natureza ordinatória do processo.

9 - Identificado o parecer, segue-se a apresentação da Súmula, onde estarão indicados todos os pontos relevantes do pronunciamento, ferindo, basicamente, as questões de direito que o *thema* envolve. Os fatos, quando da Súmula, só devem ser referidos quando indispensáveis à perfeita compreensão da *quaestio juris*. A Súmula, como o vocábulo está a indicar, é um resumo das questões versadas no parecer. Há quem use a palavra ementa para designar tal síntese, já que ela é, também, um apontamento ou um resumo típico dos acórdãos, onde são enunciados, de forma resumida, os pontos básicos focalizados no julgamento. Há puristas, no Ministério Público, que se insurgem contra o uso do vocábulo ementa para o resumo feito nos pareceres, justamente porque, tradicionalmente, tal vocábulo foi reservado para os acórdãos dos juízes. É certo que a palavra súmula também pode gerar confusão, vez que usada, comumente, para indicar a jurisprudência consolidada e pacífica de determinado Tribunal. É nesse sentido que se fala, por exemplo, na Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal ou na Súmula do Superior Tribunal de Justiça. As súmulas são numeradas e indicam, em breve enunciado, o entendimento jurisprudencial de determinado Tribunal a respeito de certa questão jurídica. Nosso Ministério Público, também, nos termos da Resolução nº 407, de 17.10.90, adota a expressão “Súmulas M.P.” onde são consolidadas as teses jurídicas aprovadas nos termos daquela Resolução, valendo como orientação, sem caráter normativo, para a Instituição, para efeito de interposição de Recurso Especial ou de Recurso Extraordinário. Portanto, também a palavra súmula pode prestar-se a

equivocos. Que tal resumo? É mera sugestão. À falta de qualquer previsão legal sobre a matéria, penso que não haverá heresia no uso das designações ementa, súmula, resumo, índice de assuntos ou, quem sabe? outra melhor. Comumente, no entanto, até por assemelhação com os julgados dos tribunais, usa-se a expressão “ementa do parecer”, embora, repito, por muitos criticada. A ementa, como já ficou assinalado, deve preceder o parecer propriamente dito em todos os recursos. Apenas em um caso poderá ser dispensada; refiro-me aos casos de *habeas-corporis*, onde, como sabido, o Ministério Público dispõe de prazo exíguo para emitir parecer (02 dias), tendo em conta a regra do art. 1º do Decreto-Lei nº 552, de 25-04-69. É certo que os acórdãos, em tais casos, também apresentam ementa. Porém, o acórdão só vem a ser redigido, obviamente, após o julgamento, dispondo o redator do mesmo do tempo necessário para a elaboração de um trabalho mais cuidadoso. Nada impede, porém, que o Procurador de Justiça, mesmo nos casos de *habeas-corporis*, apresente sua súmula, desde que disponha de infra-estrutura para tal.

10 - Concluída a ementa, o Ministério Público dirige-se ao órgão colegiado julgador, usando as expressões “Egrégia Câmara”, “Egrégia Seção Criminal” ou “Egrégio Grupo de Câmaras”, conforme o caso. O Regimento Interno do nosso Tribunal de Justiça estabelece que “Ao Tribunal de Justiça, ao Órgão Especial, às Seções, aos Grupos de Câmaras, às Câmaras e ao Conselho da Magistratura” cabe o tratamento de “Egrégio”, e aos seus membros o de “Excelência” (art. 18). Igual tratamento será deferido aos órgãos colegiados e aos juízes dos Tribunais de Alçada, respectivamente. Aliás, os membros do Ministério Público, entre outras prerrogativas, devem “receber o mesmo tratamento jurídico e protocolar dispensado aos membros do Poder Judiciário junto aos quais oficiem” (art. 41, I da LONMP). Excelência parece-me tratamento excessivamente obsequioso e gongórico, pois traduz perfeição para quem é assim referido. Costumo dizer que excelente só Deus, pelo menos para os adeptos do gnosticismo. Para meu gosto seria melhor dizer “Senhor Juiz”, “Senhor Promotor”, “Senhor Procurador”, “Senhor Desembargador” etc... O tratamento seria, igualmente, formal e respeitoso, porém mais compatível com o tempo em que vivemos e menos subserviente. Porém, ao parecerista, incumbe cumprir a lei e deferir à Magistratura e a seus pares o tratamento adotado pela lei.

11 - O parecer deve seguir uma numeração, isto é, ser articulado de maneira que possa facilitar ao seu prolator a referência a seus diversos tópicos sem a necessidade da repetição do texto ou da matéria antes versada. Veja-se o exemplo: o item “1” indicaria o procedimento recursal; o item “2” cuidaria das preliminares; o item “3” do mérito; o item “4” das penas e o item “5” reuniria a proposta final do Ministério Público ao órgão julgador. Tratei de oferecer um exemplo bem singelo, pois, conforme o caso, o parecer pode desdobrar-se em inúmeros outros itens, em função da complexidade das diversas questões nele versadas. Cada caso é um caso. No entanto, comumente o parecer segue a rotina acima apontada, desde que, evidentemente, pretenda a condenação do réu. Em caso contrário, o item “04”, acima ventilado, perderia sentido.

12 - O parecer propriamente dito tem início com histórico do procedimento recursal. Ainda uma vez sirvo-me do exemplo para bom entendimento. Vejamos: o réu, ora recorrente, foi condenado pelo Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca da Capital às penas de 05 anos de reclusão e 70 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao art. 12 da Lei 6.368/76, em regime integralmente fechado (fls. 79/80). Inconformado, apela em recurso amplo (fls. 85), argüindo preliminar de nulidade do

processo, que, abaixo, será objeto de destaque e exame e, quanto ao mérito, postulando a reforma do *decisum* ou, quando menos, a redução das penas e a adoção do regime semi-aberto. Contra-razões do Ministério Público refutando a prévia e, quanto ao mérito, pugnando pela manutenção da sentença recorrida em todos os seus termos. E os autos subiram ao Tribunal. Este o procedimento recursal até o momento.

É óbvio que o rito do recurso será mais ou menos amplo em razão de maior ou menor complexidade do feito criminal. Este seria o item 1 do parecer.

13 - Segue-se o exame das preliminares. Estas podem ser absolutas ou relativas. As primeiras devem ser argüidas *ex-officio* pelo Procurador de Justiça uma vez que voltadas para matéria de ordem pública; as outras dependem de argüição da parte.

A questão prévia ou questão preliminar envolve, como o nome está a proclamar, matéria a ser examinada antes da discussão do mérito. O Código de Processo Civil (art. 560) deixa claro que não se conhecerá do mérito se incompatível com a decisão da preliminar. Prevê, porém, a possibilidade de sanatória de nulidade, ao dispor sobre a conversão do julgamento em diligência, com a remessa dos autos ao juiz, a fim de sanar o vício (art. 560 § único do CPC). Nosso Código de Processo Penal, embora com menos técnica, prevê, também, tal possibilidade, em seu art. 616, ao aludir que, no julgamento das apelações, o Tribunal poderá proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou “determinar outras diligências”. A fórmula ampla “outras diligências” permite encontrar solução para sanar eventual nulidade. As questões preliminares envolvem gama indeterminada de assuntos. Aqui, sem ordená-los por precedência técnica, enumeramos alguns deles, à guisa de exemplo: vício de citação, falta de jurisdição, incompetência, causas extintivas da punibilidade, coisa julgada, litispendência, incapacidade da parte, defeito de representação, carência de ação.

As questões preliminares em sentido estrito cogitam dos pressupostos processuais (de existência ou de validade) da instância. Porém, nem toda a preliminar envolve matéria processual. A questão prévia pode ocupar-se do mérito, como *exempli gratia*, quando nela se argüi a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, atingindo, pois, o próprio direito de punir do Estado. É o que se costuma chamar de “preliminar de mérito”, eis que não versa a respeito de qualquer questão processual. O assunto não apresenta tranqüilidade na doutrina, pois muitos vislumbram, em tal caso, mera carência de ação. De qualquer forma, para os fins do presente trabalho, o que interessa registrar é que o *thema*, necessariamente, terá que ser examinado em linha de preliminar. Igualmente as questões prejudiciais, homogêneas ou heterogêneas, exigirão exame prévio, muito embora não revistam o caráter de matéria processual mas de tema de mérito. Como de fácil observação, o exame da questão preliminar ou prévia é abrangente, assumindo aspecto proteiforme, que não se esgota somente com a observação de questões processuais. Duas preliminares, no entanto, a todas precedem: as relacionadas com a suspeição e com a competência. A primeira a todas antecede (art. 103 c/c 96 do CPP) por razões que me parecem evidentes, seguindo-se, então, a relacionada com a competência, caso, evidentemente, em caráter excepcional, haja argüição de ambas.

As preliminares devem ser postas em ordem de precedência, tendo em conta a exclusão de umas sobre as outras. Por exemplo: se a nulidade de citação for argüída, o exame daquela nulidade, a toda evidência, deve preceder a análise de uma outra prévia envolvendo, por exemplo, a não-abertura de vista para a defesa no prazo de alegações finais, pois, uma vez acolhida a primeira, a outra perde objeto.

A nulidade pode importar em prejuízo para a acusação ou para a defesa, independentemente de arguição da parte quando versar sobre nulidade absoluta ou questão absoluta, como por exemplo, a nulidade de citação. Em tal caso, cabe ao parecerista arguí-la, ainda que o assunto não tenha sido objeto de debate pelas partes ou de exame na sentença.

Pode parecer estranho que o Ministério Público possa arguir nulidade em benefício da parte contrária, tendo em conta a regra do art. 565 do CPP. Porém, a vedação contida no aludido dispositivo não se aplica ao Ministério Público pois, em tal hipótese, ele não está atuando como parte instrumental do processo, mas sim como fiscal da fiel observância da lei (art. 257 do CPP), velando pelos direitos do réu, assegurados na Constituição Federal (arts. 129, II c/c 5º, LIV e LV), dentre os quais avulta a garantia ao devido processo legal. Aliás, mesmo antes da vigência da atual Constituição Federal, ninguém, com bom conhecimento sobre a natureza e a finalidade da Instituição, jamais pôs em dúvida pudesse o Ministério Público atuar em favor do réu, tanto que a própria lei processual já consagrava a possibilidade da impetração de *habeas-corpus* pelo Ministério Público (art. 654 do CPP).⁵

14 - Terminada a análise da(s) preliminar(es), cabe ao Procurador de Justiça examinar o mérito substancial. É que, ao prolatar o parecer, o Procurador não tem, obviamente, conhecimento se o Tribunal vai ou não acolher a(s) prévia(s) suscitada(s), quer seu parecer tenha sido pela procedência das mesmas, quer seu pronunciamento tenha optado pela rejeição daquelas questões. Pouco importa, ainda se a prévia decorreu de arguição das partes ou dele mesmo, Procurador de Justiça. Em tais hipóteses, o Ministério Público atua de forma semelhante à do juiz vencido, em matéria preliminar, perante o órgão colegiado. Incumbe-lhe, uma vez vencido, examinar o mérito da questão discutida. O exame do mérito do recurso estará limitado à extensão da apelação (art. 599 do CPP), abrangendo todo o julgado ou parte dele. É na petição ou no termo do recurso que a parte sucumbente ou com interesse para recorrer deve estabelecer os limites do apelo (art. 578 do CPP). Se a petição ou termo não estabelecer qualquer restrição à amplitude do apelo, entende-se que o recurso é amplo ou pleno. É o que ocorre comumente. Vale registrar que, no processo penal, o recurso é bifásico: há o momento da interposição e o das razões. Portanto, recomenda-se especial cuidado quando da interposição da apelação, pois será ela que irá ditar o limite de conhecimento do recurso, dando-lhe ou não efeito devolutivo integral. Refiro-me somente à apelação uma vez que os demais recursos, por sua própria natureza, apresentam, sempre, objetivo específico.

Há, porém, uma hipótese em que a regra geral que preside as apelações não encontra aplicação. Tal ocorre em relação ao apelo interposto contra as decisões do Tribunal do Júri.

Com efeito, o apelo no Júri reveste singularidade que exige exame especial. Ao contrário do que ocorre com os demais procedimentos recursais, a apelação no Júri tem natureza restrita, não devolvendo ao Tribunal o conhecimento integral da causa julgada em primeira instância. Sendo o apelo limitado, deve o recorrente, quando da interposição, indicar, expressamente, por qual permissivo processual, dentre aqueles indicados no art. 593, III, letras “a” a “d” do CPP, manifesta seu inconformismo. Cabe, assim, ao parecerista, especial cuidado quando do exame da apelação nos casos de Júri, pois estará vinculado, necessariamente, aos termos da interposição do apelo (por

⁵ Sobre a matéria, veja-se o completo estudo do Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, in *op. cit.* nº (2), *passim*.

petição ou por termo) pelo sucumbente. Tem sentido, aqui, outra observação que me parece relevante: ainda que a interposição da apelação aluda à letra “a” (ocorrência de nulidade posterior à pronúncia), a arguição de nulidade, em tal hipótese, não é matéria de preliminar mas, sim, integra o próprio mérito do recurso. É outra peculiaridade do apelo no Júri que deverá ser levada em conta pelo parecerista ao dispor sua *opinio delicti* perante o segundo grau de jurisdição.

15 - Fixado o limite do recurso, deve o Procurador de Justiça apresentar o relatório sucinto do fato, nos limites do recurso. Se a apelação for plena, como costuma acontecer, cabe-lhe transcrever a *causa petendi*.

No exame do fato e na indicação das provas, deve evitar a transcrição de depoimentos. Eles já estão nos autos, sendo ocioso e repetitivo renová-los. Basta dar ênfase ao que interessa para o processo, fazendo referência à página dos autos em que se encontra a peça citada. Evita-se, com isso, a repetição desnecessária do que já se encontra nos autos, alongando-se, desnecessariamente, o parecer. É obrigação do Ministério Público (assim como do juiz) indicar a página dos autos em que se encontra a prova indicada, tornando precisa a sua fala. É questão de respeito para com as partes. Impõe-se, igualmente, que o parecerista guarde absoluta fidelidade nas referências feitas às peças dos autos, sem lhes acrescentar ou omitir qualquer dado.

Segue-se a valoração penal do fato por parte do parecerista. Também aqui impõe-se evitar transcrições de acórdãos, ementas e citações doutrinárias na íntegra. Dá-se a idéia básica da tese defendida e da sua aplicação ao caso concreto da forma mais breve possível, com a indispensável indicação da fonte doutrinária ou jurisprudencial. No particular, quando da referência à fonte, impõe-se o maior cuidado. Dela devem constar a indicação da obra, do autor, do volume da obra, da página, do editor, do local e do ano da edição bem como da tiragem, de maneira a ensejar pronta consulta ao interessado que deseja aprofundar-se no exame da citação. Permite-se, quando muito, referência sucinta a nomes consagrados da literatura jurídica nacional ou estrangeira, como Hungria, Tourinho, Damásio, Fragoso, Frederico Marques, ou, ainda, Manzini, Asúa e Antolisei, aqui citados à guisa de exemplo, sem a necessidade da transcrição integral de seus famosos nomes, de todos conhecidos. Diga-se o mesmo das editoras de projeção nacional, também conhecidas por todos os que militam no mundo jurídico. É questão de amor à brevidade, tendo em conta o volume de serviço que assoberba o Ministério Público.

16 – Concluído o exame do fato e do Direito aplicável à espécie, se o parecerista entender que o caso enseja a condenação do réu, incumbe-lhe examinar o núcleo do mérito, isto é, a(s) pena(s) que o réu se faz merecedor. Portanto, ao lado do exame do mérito substancial (14, *supra*), o parecerista está obrigado a indicar ao Tribunal a(s) pena(s) que lhe parece justa, seguindo os critérios de dosimetria indicados, didaticamente, no art. 68 do CP. Torna-se desnecessário frisar que se a pena for mínima (dosada no mínimo legal) ou se nada há para ratificar em relação à sanção penal imposta, basta, apenas, abordar o tema em tópico destacado, seguido de breve observação. Pode ocorrer, ainda, que a pena seja merecedora de censura mas que, em face da preclusão, não mais possa ser tocada. Nesse caso, nada impede a referência à matéria com a indicação de que o tema está coberto pelo manto da preclusão.

Em se tratando de pena privativa de liberdade, impõe-se, também, o exame do Regime (inicial ou integral) do cumprimento da sanção corporal.

É evidente que se o parecerista manifestar convencimento de que o caso comporta absolvição, fica ele eximido, por razões óbvias, de examinar a sanção penal imposta no primeiro grau de jurisdição ou de propor qualquer outra perante o Tribunal, já que estaria violentando sua própria consciência. Vale anotar que, nesse momento, não mais se encontra em jogo matéria preliminar (13), mas sim o mérito da acusação. Caso o Tribunal discorde do pensamento do Ministério Público, entendendo ser hipótese de condenação, cabe-lhe decidir o caso como entender de direito, ficando o parecerista desvinculado da complementação do parecer no que respeita à sanção penal.

Uma vez fixada a pena proposta, impõe-se ao parecerista examinar os eventuais efeitos secundários da condenação. Tais efeitos são também denominados de efeitos reflexos ou acessórios. Como sabido, eles podem ser de natureza penal ou extrapenal. Assim, por exemplo, se o réu estiver no gozo do *sursis* por outro processo, cabe ao parecerista requerer ao Tribunal que dê ciência ao juiz das execuções da eventual condenação, para os fins do art. 81, I e § 1º do CP. Nesse caso, estaríamos diante de um efeito penal da condenação.

Pode, também, postular, se for o caso, o confisco, cogitado no art. 91, II do CP. Seria um efeito secundário extrapenal da condenação, já que de natureza civil. Tudo dependerá, evidentemente, dos limites do recurso, isto é, até que ponto o efeito devolutivo foi concedido ao Tribunal para a tomada de todas aquelas providências.

Ao lado dos efeitos secundários, cabe, por fim, ao parecerista postular ao Tribunal a aplicação de duas regras básicas que defluem da condenação, que são consequência lógica da condenação. A primeira consiste na imposição ao vencido na lide do pagamento das custas do processo, tal como determinado no art. 804 do CPP. O único vencido que não é condenado a pagar custas é o Ministério Público, por razões óbvias. A segunda consequência será a inclusão do nome do imputado no rol dos culpados após a condenação definitiva (art. 5º, LVII da Constituição Federal). A condenação definitiva, como sabido, só se dará após a ocorrência da coisa julgada formal.

17 - Outra providência, esta com caráter eventual e episódico, que o parecerista deve tomar consiste na postulação ao Tribunal da tomada de providências judicialiformes, objetivando apurar irregularidades administrativas ou até mesmo infrações penais verificadas no curso do processo. Em relação aos crimes e contravenções há texto expresso na lei processual básica determinando a providência por parte dos juízes (art. 40 do CPP). Tal se dará, evidentemente, quando verificada a existência, em tese, de crimes de ação pública incondicionada. O dispositivo em tela é decorrência lógica da observância do princípio da obrigatoriedade da ação penal. As providências judicialiformes, também chamadas de atividade judiciária em sentido estrito, são atos não-jurisdicionais praticados pelos juízes. Consistem em atividade anômala do Poder Judiciário, que, em um processo penal moderno, dele deverão ser retirados, concentrando-se no Ministério Público, pois a *persecutio criminis* é atividade administrativa típica do Ministério Público; não do juiz. Juiz julga.

É preciso observar que, caso o Tribunal se omita no atendimento à providência judicialiforme pretendida pelo Ministério Público, nada impedirá que o próprio órgão de atuação do Ministério Público perante o Tribunal traslade peças do feito criminal e as remeta para o Procurador-Geral, para que, se for o caso, tenha início a persecução criminal pretendida, uma vez que, ao Judiciário, não cabe vedar tal atividade persecutória, salvo em caso de evidente e inequívoco abuso de autoridade. Cabe-lhe, isto sim, rejeitar a futura ação penal proposta mas nunca obstar a investigação criminal por parte do *Parquet*, assegurada na Constituição Federal (art. 129, I e VIII).

18 - O parecer tem sua conclusão com a(s) proposta(s) final de julgamento por parte do Ministério Público. Caso a opinativa tenha sido articulada, isto é, dividida em tópicos numerados (11), a referência aos diversos temas versados torna-se extremamente fácil, propiciando pronta indicação da prestação jurisdicional pretendida. Em caso contrário, caberá ao parecerista elaborar uma síntese de tudo aquilo que deseja ver julgado.

O fecho do parecer dá-se com a data, a assinatura e a indicação do cargo do parecerista. Quanto ao último tópico, é bom de registrar-se, atualmente o Promotor de Justiça da mais elevada entrância ou categoria pode substituir o Procurador de Justiça, em caso de licença ou afastamento de suas funções junto à Procuradoria de Justiça (art. 22, III da LONMP). Em ocorrendo tal situação, cabe ao órgão de execução apor, após a assinatura, o seu cargo, usando a expressão “Promotor de Justiça no exercício da Procuradoria de Justiça”.

19 - Seja-me concedido, ao final dessas despreziosas observações sobre a forma do parecer, veicular algumas ponderações, que entendo sumamente úteis para o parecerista, no dia-a-dia do seu estafante trabalho, nem sempre destacado com o merecido relevo.⁶ São cuidados, que, no meu entendimento, podem prevenir desnecessários aborrecimentos. A vida, por si só, já é extremamente difícil. Por que, então, torná-la mais arestosa?

a) - A primeira observação que me vem à mente refere-se à redação do parecer. Ela deve ser, na medida do possível, sóbria e clara. O parecer, em outras palavras, deve revestir caráter substantivo. Evite-se, tanto quanto possível, o uso de adjetivação agressiva para com o réu. Afinal, réus *res sacra*. Por mais hedionda que seja a infração penal, o parecerista deve conter sua pena, policiando sua linguagem, ciente de que o processo nasceu, justamente, como forma civilizada de composição dos litígios. E esta há de ser uma fórmula que deve ser preservada a todo o custo. Como diziam os Doutores da Igreja Católica, “odeio o pecado mas amo o pecador”. No processo penal não deve haver diferença: puna-se, com justiça, a infração penal mas trate-se o réu com caridade. Aplique-se a máxima *forte in re, suaviter in modo*.

b) - Parece-me desnecessário ressaltar o respeito que é devido aos nossos colegas de Instituição, aos magistrados e aos advogados. A censura que se tenha que fazer ao trabalho de qualquer um deles deve limitar-se à chamada crítica científica. Sempre que um deles afastar-se dos parâmetros da boa educação, do respeito e da ética, o parecerista deve dirigir-se aos órgãos corretores de cada uma das instituições a que estão os mesmos subordinados, evitando o uso de linguagem desabrida no processo. Uma coisa é certa: não se pode exigir elegância de atitude da parte de quem não a tem. Daí o caminho alvitado, pois de nada adiantará expor idéias para um aldravão. As “Escrituras” ensinam, com propriedade, que “não se atirem pérolas aos porcos”. Se o diálogo culto e elegante não for possível, evite-se o “bate-boca” e tome-se a via da correição.

c) - Outro aspecto a ser considerado relaciona-se com o tratamento diferenciado que merecem nossos colegas de Ministério Público. A LONMP determina que os

6 Nesse ponto merece especial destaque a Egrégia 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal, onde exerci, como titular, a Procuradoria de Justiça por quase 05 anos (novembro de 1982 a março de 1987), pelo apreço que, sempre, conferiu aos pareceres do Ministério Público e pelo fidalgo tratamento deferido a seus membros. Na impossibilidade de homenagear a todos os juizes com quem servi, destaco, de forma especial, os Presidentes da 1ª Câmara, naquele período, os atuais desembargadores José Lucas Moreira Alves de Brito, Dalmo Silva e Américo Augusto Guimarães Canabarro Reichardt.

Procuradores exerçam inspeção permanente dos serviços dos Promotores de Justiça nos autos em que oficiem, remetendo relatório à Corregedoria-Geral do Ministério Público (art. 19 § 2º). Nos relatórios que envio bimestralmente à Corregedoria do Ministério Público (Portaria “E” nº 04, de 29.03.74), passei, a partir deste ano (1994), em obediência à lei, a elogiar colegas que, no anonimato dos processos desconhecidos, se destacam em seu trabalho. Antes já tomara tal providência, porém agindo de forma empírica. O Procurador de Justiça pode, também, optar por remeter, ao final do ano, a relação completa dos nomes dos nossos colegas que se destacaram no período, de preferência tomando por base processos sem repercussão, pois justamente aí é que se pode melhor auferir o valor intelectual e a dedicação ao serviço público por parte dos nossos colegas.

Ao lado dessa salutar providência, impõe-se, também, que o parecerista ressalte, quando do opinamento, no próprio corpo do parecer, o trabalho do Promotor de Justiça, citando, inclusive, seu nome, sempre que se deparar com um bom pronunciamento de nossos colegas. É dever de justiça e incentivo para o colega mais novo.

d) - Outra observação final, que entendo oportuna, está ligada ao parecer do Procurador de Justiça nos processos do Júri. Costuma-se dizer que o Relator deve ter cuidado para, quando do seu voto, não influenciar o jurado em futuro julgamento. É possível que tal afirmação apresente foro de verdade uma vez que o Tribunal decide, bem ou mal julga a matéria que lhe é apresentada, e, como tal, pode exercer considerável influência sobre o jurado. Porém, a orientação, que pode ser boa para o julgador, não serve para o Ministério Público. O parecer do Procurador de Justiça deve ser fundamentado, tal como ocorre nos demais casos, uma vez que a opinativa não se dirige ao jurado mas ao Tribunal. Assim, por exemplo, se o réu é absolvido pelo Tribunal do Júri e o Ministério Público perante o primeiro grau de jurisdição apela com fulcro na letra “d” do permissivo processual (decisão manifestamente contrária à prova dos autos), o parecerista, se entender que o órgão do *Parquet*, recorrente, está com a razão, deve fundamentar sua *opinio*, tal como faria em qualquer outro caso, de maneira a convencer o Tribunal de que o recurso está a merecer provimento. Se, mais tarde, eventualmente, tal parecer vier a ser citado, no Júri, como adinículo para a acusação, pouco importa. Diga-se o mesmo sobre a fundamentação do parecer no caso de recurso contra a pronúncia ou a impronúncia. O defeito insolúvel que existe no processo do Júri reside na “interação esquizofrênica” que a lei procurou estabelecer entre o juiz togado e o juiz leigo, gerando situações esdrúxulas, já que, embora de forma limitada, permite a intervenção do Tribunal atuando, às vezes, como verdadeiro *judicium rescindens*. Na verdade a instância superior atua, em certos casos, como verdadeira *giurisdizione regolatrice*, verificando se ocorreu ou não *error in procedendo* (letra “a”) ou *error in judicando* (letra “d”), apenas rescindindo o julgamento e determinando a realização de novo júri, por outros jurados. Outras vezes dá-se ao Tribunal poder de correção plena (arts. 593 § 1º e 2º do CPP), pois que aí encontra-se em jogo exame de ato do juiz de direito que presidiu o Júri.

e) - Outra anotação importante diz respeito aos casos de aplicação de medida de segurança. Quando do exame do conteúdo do parecer, procurei dar ênfase ao tópico relacionado com a aplicação da pena (16, *supra*), ou seja, ao núcleo do mérito. Ocupei-me, como era natural, da hipótese mais correntia, tanto mais que, diante do novo regime adotado na Parte Geral do Código Penal, os imputáveis não mais estão sujeitos à medida de segurança. Assim, na atualidade, tendo em conta que a reforma penal de

1984 adotou o sistema vicariante ou unitário, somente ocorre a imposição de medida de segurança aos inimputáveis e aos *demi-fous*, nos termos dos arts. 96 e seguintes do CP. Dessa forma, se for o caso, caberá ao parecerista ocupar-se do tema, indicando a espécie de medida de segurança aplicável à hipótese, opinando, inclusive, sobre o prazo mínimo de duração da medida, se o caso exige internação, se o agente está sujeito a tratamento ambulatorial ou, ainda, em se tratando de agente semi-responsável (art. 26 § único do CP), qual caminho deve ser seguido por força do sistema vicariante: pena reduzida ou medida de segurança. Como de fácil observação, uma gama bem ampla de situações jurídicas pode ocorrer, exigindo, por isso mesmo, do parecerista exame apurado do caso concreto. Seria ocioso ressaltar que tais providências relacionadas com a medida de segurança só terão condições de aplicação se houver a prática de fato descrito como crime e se presente a periculosidade do sujeito.

f) - Pode ocorrer, ainda, que, eventualmente, tenha o parecerista de manifestar-se a respeito da fiança prestada no curso do processo ou mesmo antes do ajuizamento da ação. Seu posicionamento, em ocorrendo a hipótese, irá variar, evidentemente, em função da posição que assumir em relação ao mérito. Se a opinativa for no sentido da condenação do réu-afiançado, o dinheiro ou objetos dados como caução ficarão sujeitos ao pagamento das custas do processo (art. 804 do CPP), da indenização do dano *ex delicto* (art. 63 e seguintes do CPP) e da sanção pecuniária (arts. 336 c/c 49 e 60 do CPP). Já se o parecer manifestar-se pela absolvição do imputado, sugerirá, em relação à fiança, a aplicação do mandamento contido no art. 337 do diploma processual básico, tão logo passe em julgado a eventual absolvição.

g) - Se a *opinio* do parecerista orientar-se no sentido da absolvição do réu, impõe-se a indicação do fundamento legal em que se baseia a posição jurídica do parecer, tomando por base as causas de absolvição enumeradas no art. 386 do CPP. É que, ao lado do aspecto moral, sem dúvida importante para o imputado, há reflexos práticos envolvendo o ressarcimento do dano *ex delicto*, incumbindo, assim, ao Procurador de Justiça manifestar perante o colegiado julgador, com precisão, o dispositivo legal em que, no seu entendimento, deve encontrar fulcro a eventual absolvição.

h) - Ainda quando o parecer sugerir a absolvição, caberá ao órgão do *Parquet* oficiante manifestar-se, se for o caso, no sentido de que seja levantada a medida assecuratória consistente no seqüestro (art. 131, III CPP), bem como quanto à eventual hipoteca legal (art. 141 CPP).

20 - Prolatado o acórdão, o Procurador de Justiça toma ciência pessoal do *decisum*, tal como exige a lei processual penal (art. 800 § 2º) e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 41, IV). Será de todo conveniente que o “ciente” seja posto, sempre que possível, pelo Procurador de Justiça que oficiou no processo emitindo parecer. Ninguém melhor do que ele estará em condições de aquilatar se o caso comporta ou não a interposição de recurso especial ou de recurso extraordinário, manifestações recursais que poderão ser interpostas pelo próprio Procurador de Justiça que oficia no Colégio ou, ainda, por intermédio da Assessoria de Recursos Constitucionais da Procuradoria-Geral de Justiça. Somente em caso de licença, férias individuais ou outro motivo legal de afastamento do Procurador de Justiça que oficiou no feito é que um outro Procurador, estranho ao processo, deverá apor “ciente” em acórdão relativo a processo em que não atuou. É mera questão de bom senso. Seria, no entanto, de bom alvitre que a Procuradoria-Geral de Justiça, mediante ato normativo, recomendasse ou, até mesmo, determinasse a adoção do critério aqui proposto, com as ressalvas também aqui assinaladas.

21 - Nada impede e até mesmo tudo aconselha que, quando da promulgação de um novo Código de Processo Penal, a matéria, aqui versada, venha a ser regulada, estabelecendo-se, então, as regras processuais que deverão reger o parecer do Ministério Público tal como ocorre, atualmente, com a sentença e o acórdão. É que o tema reveste caráter nitidamente processual, sendo mais adequado, do ponto de vista técnico, tratá-lo em uma lei de processo do que deixá-lo à deriva, fragmentado em preceitos esparsos da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Esta, ao contrário, deve abster-se, ao máximo, de tratar a respeito de questões processuais, pois diversa é a sua finalidade.

22 - Nem sempre será possível ao parecerista seguir, com rigor, a técnica aqui formulada, pois a riqueza dos casos concretos e a variedade de hipóteses que possam surgir ensejarão mudança de rumo na disposição das matérias ventiladas no presente estudo. Assim, não alimento, nem de longe, a pretensão de haver previsto todas as situações processuais com que se possa defrontar o parecerista. Tal como ocorre com a lei, seja-me permitida a analogia, por mais perfeita que ela seja nunca abrangerá a imensa variedade de hipóteses que possam ocorrer. Daí o trabalho de aperfeiçoamento e de interpretação das leis exercido, habitualmente, pelos doutrinadores e pela jurisprudência. Também, aqui, em relação ao parecer, busquei, nestas breves anotações, contemplar as situações jurídicas mais correntes, que, segundo entendo, o Procurador de Justiça terá que enfrentar em seu trabalho diário.

Ficam, no momento, registradas algumas regras básicas que poderão servir para nortear o parecerista criminal, na esperança de que elas possam ser úteis aos meus colegas do Ministério Público.

**Publicado originalmente na Revista nº 1 jan./jun. 1995, p. 150.*

A TÉCNICA DA DENÚNCIA**

SERGIO DEMORO HAMILTON*

1. A petição inicial no processo penal tem nome: denúncia ou queixa. A primeira, reservada ao Ministério Público, é própria dos crimes de ação penal pública (art. 24 do CPP), ao passo que a segunda figura como exordial de acusação nos crimes de ação penal de iniciativa privada (arts. 30 e 31 do CPP) bem como nos casos da impropriamente chamada ação privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP), na verdade uma ação pública iniciada pelo particular legitimado a agir¹. Sabe-se, outrossim, ser função institucional do Ministério Público a de promover ação penal pública, na forma da lei (art. 129, I, da CF), observada a ressalva estabelecida no próprio corpo do Texto Magno (art. 5º, LIX). No processo civil, ao contrário, o art. 282 não empresta qualquer designação especial para o ato instaurador da demanda. O veículo da manifestação formal da demanda é a petição inicial, que, no dizer de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR², “revela ao juiz a lide e contém o pedido da providência jurisdicional, frente ao réu, que o autor julga necessária para compor o litígio.” O processo penal, porém, tradicionalmente, sempre conferiu nomeação para a inicial de acusação. Explica-se a dicotomia terminológica pelo fato de haver no processo penal a divisão entre ação pública e ação privada.

2. Os requisitos formais tanto da denúncia como da queixa vêm indicados no art. 41 do CPP. O aludido dispositivo tratou da importante matéria processual – nada mais, nada menos, que a petição inicial! – com rara pobreza. No estudo que empreendemos a respeito da reforma do processo penal, sugerimos redação assemelhada àquela constante do art. 282 do CPC, buscando aperfeiçoar a escassez da redação atual³.

Assim é que a inicial da acusação, em nosso alvedrio, deveria conter:

I – o juiz ou tribunal a que é dirigida;

II – a qualificação do réu ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo;

* SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

** Verão de 2002.

1 Os reparos à designação ação privada subsidiária da pública mereceram análise crítica detalhada em meu trabalho “A queixa subsidiária. Questões Controversas”, in *Revista da AJUFE - Associação dos Juizes Federais do Brasil*, ano 18, nº 62, julho-setembro, 1999.

2 HUMBERTO THEODORO JÚNIOR in *Curso de Direito Processual Civil* vol. I, p. 355, 20ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1997.

3 Proposta apresentada pela Comissão constituída pelo Ato nº 1331, de 08/IX/1997, do então Procurador-Geral de Justiça, *Hamilton Carvalhido*, destinada a ofertar sugestões relacionadas com a “Reforma do Código de Processo Penal”. Compunham a aludida Comissão os Procuradores de Justiça *Sergio Demoro Hamilton* (Presidente) e *José Muiños Piñeiro Filho*, bem como os Promotores de Justiça *Afrânio Silva Jardim*, *Alexandre Vianna Schott* e *Rogério Pacheco Alves*. As indicações então elaboradas foram encaminhadas ao Sr. Ministro da Justiça de então, *Iris Rezende Machado*, bem como ao Sr. Ministro *Marco Aurélio Mendes de Farias Mello*, do Supremo Tribunal Federal, valendo como sugestões oficiais do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que foram endossadas pelo Procurador-Geral.

- III - o fato imputado ao réu com todas as suas circunstâncias;
- IV - a classificação da infração penal;
- V - o requerimento de citação do réu;
- VI - o pedido de condenação ou de pronúncia;
- VII - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos;
- VIII - o local e a data da denúncia ou queixa;
- IX - a assinatura e a identificação do órgão do Ministério Público dotado de atribuição (ou do advogado ou do próprio querelante, quando revestido de habilitação técnica, nos casos de queixa).

Basta estabelecer um cotejo, ainda que superficial, entre a proposta acima e o precário art. 41 do CPP para que se observe, com rara facilidade, como o atual Código deixa a desejar em relação a uma peça processual de tamanha relevância. É com base na proposta acima que cuidaremos da matéria. Ela nos servirá como roteiro.

3. No presente estudo, estaremos voltados, basicamente, para o exame dos requisitos formais da denúncia, dada a sua maior incidência, pois, em regra, a ação penal é pública (art. 100 do CP), embora, eventualmente, tenhamos que fazer referência à queixa, dada a assemelhação de pontos comuns, pois ambas, repita-se, servem para designar a petição inicial no processo penal, tanto que o art. 41 do CPP engolfa a denúncia e a queixa em único dispositivo.

4. O juiz ou tribunal a que é dirigida.

A denúncia deve ser direcionada a uma autoridade judiciária, seja ela um juiz de direito (caso mais comum) seja ela um desembargador ou um ministro, conforme o caso. Na primeira hipótese, quando intentada perante o primeiro grau de jurisdição; na segunda, ao ser voltada para um tribunal de justiça estadual ou a um tribunal regional federal e, por fim, quando endereçada a um tribunal superior (STF, STJ, TSE e STM) nos casos de competência originária (TJ, TRF, STF, STJ, TSE e STM).

No momento, tem sentido uma indagação: se houver erro em relação ao juiz para o qual foi dirigida a denúncia, haverá inépcia?

O Pretório Excelso, chamado a pronunciar-se sobre o quesito, quando do julgamento do RHC 60.216 (DJU 24/09/82, p. 9444) entendeu inoportunidade inépcia em tal caso⁴.

A matéria comporta breve *insighth*.

Nada impedirá que o juiz, ao receber o feito, verificando o equívoco, declare nos autos a sua incompetência, remetendo-os à autoridade judiciária competente, haja ou não alegação da parte adversa.

Poderá, no entanto, o réu opor a exceção de incompetência a que alude o art. 108 do CPP, caso haja omissão por parte da autoridade judiciária.

Pergunta-se: a autoridade judiciária encarregada do serviço de distribuição pode, verificando a incompetência, remeter o feito para o juiz competente?

Penso que não. O ato de decidir a respeito da competência de foro e/ou de juízo

⁴ Jurisprudência do STF publicada no *Código de Processo Penal Anotado* de DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 46, 16ª edição, 1999, Editora Saraiva.

reveste natureza jurisdicional, incumbindo, assim, ao juiz para onde for encaminhado o processo manifestar-se a respeito da sua própria competência, de ofício (art. 109 do CP) ou provocado (art. 108 do CPP), mediante exceção própria.

O juiz da distribuição exerce atribuição administrativa, não lhe incumbindo decidir a respeito de matéria jurisdicional, que, no caso, envolve pressuposto processual de validade da instância.

De qualquer maneira, não se poderá falar de inépcia da denúncia – o equívoco quanto à indicação do Juízo – salvo se a inicial, apresentada à distribuição, não apresentar dados mínimos para a sua apreciação. Em ocorrendo a situação, sequer poderá haver distribuição. Seria caso de impossibilidade material para o seguimento do processo.

5. A qualificação do réu ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo.

Qualificar alguém consiste em indicar o conjunto de qualidades que adornam determinada pessoa. A palavra não tem, aqui, o sentido correção em que é empregada, com o significado de valorar determinada pessoa: boa, má, ilustre *etc...* Perante a lei processual, o vocábulo reveste conotação técnico-específica para indicar os meios pelos quais uma pessoa (no caso, o réu) se distingue das demais. Assim, na peça de informação que serve de base para a acusação (em geral, o inquérito policial) deverão constar o nome completo do indiciado, o vulgo (muitas vezes, os marginais são mais conhecidos pelo chamado “nome de guerra” – *Escadinha, Gordo etc*), o estado civil, a data de nascimento, a nacionalidade, a naturalidade, a filiação, a profissão, o local onde reside bem como o de trabalho, o número de registro civil e o do CPF. É certo que a inicial não precisará conter todos estes dados, bastando, para tanto, que faça remissão ao que já consta do suporte fático da denúncia (inquérito policial ou qualquer outra peça de informação idônea), com a indicação da página dos autos onde se encontra a qualificação. É bom assinalar que uma qualificação de tal modo completa raramente se encontrará em inquérito policial ou em qualquer outra peça que venha a servir de base para a acusação.

Como ficou assinalado, nem sempre será possível a obtenção de todos os sinais identificadores do indiciado. Por tal razão, a lei aludiu aos “esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo.”

Entenda-se bem o alcance da afirmação: impõe-se que o indiciado esteja identificado, porém de forma incompleta. Um ponto não permite tergiversação: não se admite, jamais, uma acusação contra pessoa incerta.

Narra TOURINHO⁵ que, em determinada comarca do interior, o promotor, à míngua de dados, apresentou denúncia contra “Fulano de Tal, prêto, alto e magro” (*sic*) sem aduzir a outros elementos pelos quais se pudesse individualizar o imputado. Ora, é evidente que os traços característicos apresentados na aludida inicial são despidos de qualquer valia para distinguir o acusado das demais pessoas.

Não foi esta, evidentemente, a finalidade da lei quando fez referência aos esclarecimentos pelos quais se possa identificar o réu. A acusação tem que ser promovida – e não poderia ocorrer de outra forma! – contra **pessoa certa** embora sua qualificação possa estar incompleta. Daí a regra do art. 569 do CPP, que irá, inclusive, servir de base para a complementação do boletim individual (art. 809 do CPP).

E se a inicial contiver erro na menção do nome do réu?

5 FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, vol. I, p. 277, Edição Jalovi, 1972.

Na oportunidade, impõe-se, mais uma vez, distinguir. Caso inoçorra dúvida a respeito da identidade física do imputado, perfeitamente individuado na peça que serve de base para a denúncia, não há falar em inépcia da exordial. Comparecendo o acusado e verificado o erro, procede-se na forma do art. 569 do CPP. E se o equívoco persistir, estendendo-se até a sentença, onde, levado a erro contido na denúncia, o juiz consigna nome diverso do que deveria constar? A solução não difere da que alvitramos acima. Caso o réu esteja identificado no curso do processo, de maneira que não haja dúvida quanto à pessoa sentenciada, não se poderá cogitar de qualquer nulidade.

ESPÍNOLA FILHO⁶ faz referência a um julgado da 1ª Câmara do Tribunal de Apelação do então Distrito Federal, de 25/11/40, na Ap. Crim. nº 1795, onde foi mantida sentença condenatória em que o juiz, induzido em erro pela denúncia, condenara o réu como sendo L. F. Silva, um indivíduo chamado, na realidade, L. F. Souza, mas que atendera à citação, fora interrogado e ofertara defesa. O acórdão entendeu que “o equívoco carece de valor, porque o apelante está perfeitamente identificado.” A decisão, sem dúvida certíssima, aplicou, sem o dizer expressamente, o princípio da instrumentalidade das formas em toda a sua plenitude.

Conclui-se do exposto que o erro em relação ao nome do réu só acarretará a nulidade do processo caso o imputado não venha a acudir à citação em razão de não ser dele o nome constante do mandado, deixando, em razão disso, de ser interrogado e de ofertar defesa material.

Vale a observação de que o “vulgo”, ainda que bizarro ou até mesmo pejorativo, deve constar da qualificação completa, como assinalado linhas acima, uma vez que possibilita a perfeita identificação do denunciado. Entre a garantia de uma melhor identificação do citando e um possível desrespeito para com a sua pessoa, deve prevalecer a primeira opção, que, em última análise, reverte em favor do próprio acusado.

Pode ocorrer que, em infração penal cometida por várias pessoas, nem todas possam ser identificadas. Em tal caso, só restará ao acusador fazer menção ao fato no corpo da narrativa da inicial, protestando, na cota que acompanhar a denúncia, por eventual aditamento subjetivo, quando e se ocorrer a identificação dos demais imputados. A medida é decorrência lógica dos princípios da obrigatoriedade e da indivisibilidade da ação penal pública. Caso o aditamento não mais seja possível, só restará ao Ministério Público propor ação penal autônoma contra os acusados, quando identificados.

Hipótese rara de ocorrer é aquela em que o Ministério Público, incorrendo em erro na identificação do acusado, oferece denúncia contra pessoa diversa daquela que é o genuíno autor da infração. A situação apresenta-se diversa daqueloutra de que nos ocupamos acima. Lá, a acusação se fez contra pessoa incerta; aqui, contra pessoa certa mas que não foi o agente criminoso. Só restará ao juiz, em tal caso, rejeitar a inicial por “manifesta ilegitimidade de parte” no pólo passivo da relação processual (art. 43, III, proêmio, do CPP). Já me deparei, na prática, com uma inicial em que o Promotor de Justiça, por erro material, denunciou uma testemunha. Se a solução acima alvitrada, sob o aspecto técnico, é, sem dúvida, a mais aperfeiçoada, não se pode haver como de todo heterodoxo, pugnar-se pela emenda da inicial por iniciativa do juiz, por aplicação analógica do processo civil (art. 284 do CPC c/c art. 3º do CPP). A economia processual estaria a ditar este último caminho, re-ratificando-se a petição exordial.

6 EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. I, p. 422, Editora Borsoi, Rio de Janeiro, 1965.

6. O fato imputado ao réu com todas as suas circunstâncias.

De todos os requisitos da denúncia, este, sem dúvida, é o que merece maiores cuidados no seu trato. Na verdade, de acordo com o princípio da livre dicção do direito, o juiz julga o fato e isto resulta bem claro da leitura do art. 383 do CPP. Por outro lado, o réu se defende da imputação de fato determinado contido na denúncia e não da classificação dada pelo Ministério Público àquele mesmo fato. Desde que o fato esteja perfeitamente descrito na petição inicial, o juiz poderá, no momento oportuno, proceder à corrigenda do libelo (*emendatio libelli*).

Pode-se dizer que a *causa petendi* é a *ratio* do pedido de condenação ou de pronúncia. É a pedra de toque da denúncia ou da queixa.

Perfeitamente válida, ainda em nossos dias, a lição deste grande erudito que foi JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR⁷ a respeito dos requisitos que a petição inicial deve conter. Vale enunciá-los: a pessoa que praticou o fato (*quis*), os meios empregados (*quibus auxiliis*), o malefício causado (*quid*), os motivos (*cur*), a maneira como foi praticado (*quomodo*), o lugar (*ubi*) e o tempo (*quando*)⁸. Fórmula esta correspondente aos “Sete W dourados da criminalística” da doutrina alemã⁹.

A narração do fato, segundo boa doutrina, deve ser sucinta. Mas há fatos e fatos, casos e casos; dessa forma, nem sempre a denúncia poderá ser breve. Nesse ponto, não se pode estabelecer uma regra absoluta, pois o caso concreto é que irá ditar o caminho a seguir. Comumente, pode-se dizer, sem medo de errar, que não se exige uma denúncia extensa. Mas hipóteses haverá em que a denúncia terá que, necessariamente, merecer ampliação, pena de comprometer a imputação.

Na ocasião, encontra significado a observação no sentido de que, concluída a instrução criminal, o Ministério Público terá o ensejo de analisar todo o processo, concretizando-se ou não sua postulação no objetivo de obter a condenação ou a absolvição do réu (art. 385 do CPP). Para tanto, dispõe do prazo de alegações finais, sejam elas escritas, sejam elas orais.

No meu pensar, o que sobreleva, nesta fase, é a **clareza** da petição inicial, seja ela sucinta ou não. Importa, isto sim, que ela propicie ao réu conhecer plenamente a acusação de maneira a exercer a ampla defesa. Desse modo, a data e o lugar do fato devem estar narrados, embora, por si sós, ainda que ausentes, não devam invalidar a acusação, desde que perfeitamente indicados na peça de informação que lhe serviu de lastro. Poderão ser corrigidos (ou supridos, no caso de omissão) até a sentença final (art. 569, CPP). Bem pode ocorrer que não se possa precisar um deles ou ambos. Porém, sempre que possível, integrarão uma cuidadosa denúncia, pois revestem importância para a fixação da prescrição ou da decadência (data) ou para a determinação da competência de foro (lugar).

Outra regra de ouro em matéria de apreciação da denúncia, ao lado da clareza, consiste em saber se o réu teve conhecimento inequívoco da acusação e, em consequência, exerceu, de forma plena, a sua defesa. Se tal se der, em razão do salutar princípio da instrumentalidade das formas, seria rematado despautério tornar inválido o processo *ab initio* por vício de forma.

7 JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR, *O Processo Criminal Brasileiro*, vol. II, p. 183, Livraria Freitas Bastos S.A, Rio de Janeiro-São Paulo, 1959.

8 Para CÍCERO (*De Invent.* I), ao referir-se à enumeração de ARISTÓTELES, na *Ética a Nicomac*, 1, III, as circunstâncias são resumidas pelas palavras *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando, apud* *op. cit.*, in nº 07, dessas notas.

9 *Wer? Was? Was? Womit? Warum? Wie? Wann?* *apud op. cit.*, in nº 14, *infra*, dessas notas, p. 383.

Em se tratando de crime contra a honra, ou ainda, quando em jogo o crime de desacato verbal, impõe-se que o Ministério Público indique as palavras proferidas pelo imputado. É grave erro afirmar que o acusado fez uso de “palavras de baixo calão” ou que disse “palavrões.” Trata-se de um juízo de valor que ao *Parquet*, nesta fase, é vedado fazer. O *mot grossier* deve ser transcrito com todas as letras. Por mera questão de elegância, o doesto ou a chulice exigem o acompanhamento do advérbio *sic*, entre parênteses.

Importante observação que deve ser feita relaciona-se com a formulação do elemento subjetivo do tipo penal. É comum ver-se em denúncias o uso de expressões latinas, tais como, *animus necandi*, *animus calumniandi*, *animus fraudandi*, *animus furandi*, *animus laedendi* e outras. Parece-me equivocado o uso de tais expressões uma vez que a imputação deve estar posta, integralmente, na língua vernácula, muito embora o art. 41 do CPP não faça qualquer alusão ao uso do idioma pátrio. Porém, surge-me óbvio que o uso do latim, no caso, macula a clareza que a imputação deve conter. O uso daquelas indicações definidoras do elemento subjetivo do tipo pode ter lugar quando das alegações finais, pois, nelas, o confronto que se dá ocorre entre técnicos (contraditório homogêneo) conhecedores do alcance e do significado das expressões latinas. Não, porém, por ocasião da imputação a respeito do qual o réu será interrogado, onde se exige perfeita compreensão do fato por parte do imputado.

Assunto extremamente delicado relaciona-se com a denúncia envolvendo o concurso de pessoas. Sabe-se que tanto a co-autoria como a participação importam na existência de um liame subjetivo, que consiste na adesão de uma vontade à outra. Este elemento subjetivo integra o tipo. Assim, se a exordial omitir-se quanto à descrição de tal ligação, própria da co-autoria, estaremos diante da chamada autoria colateral, em que cada autor age por si, sem qualquer conhecimento da conduta do outro. Este é um aspecto, às vezes descuidado no inquérito policial, que submete o Promotor de Justiça a sérias dificuldades para a narrativa do evento criminoso.

No crime de lesões corporais ou ainda no homicídio, não me sabe necessário que o Ministério Público repita os dizeres do laudo de exame de corpo de delito que serve de base para a acusação. A simples remissão à peça técnica, com a indicação da página dos autos onde ela se encontra surge como referência suficiente. Conforme o caso, tal orientação pode ser seguida em outras hipóteses.

Tema, sem dúvida, tormentoso é o que envolve a denúncia em crime de autoria coletiva. O inquérito policial, em geral, apresenta-se frágil, obrigando o Ministério Público, muitas vezes, a oferecer uma denúncia genérica do fato criminoso. Cumpre por em relevo que as grandes fraudes ocorrem, justamente, nos delitos societários e, comumente em tais casos, o *Parquet* vê-se impedido, vezes sem-número, de ofertar pormenorizada descrição da conduta dos diversos réus. Em decorrência de incompetência, má-fé ou por qualquer outra razão, o Promotor de Justiça vê-se diante de uma peça de informação imprestável, a impedir a formulação de uma adequada acusação. Em tais casos, mais sofisticados, melhor será deixar-se ao *Parquet* optar pela investigação direta do fato, avocando o inquérito policial. É uma proposta que, *de lege ferenda*, melhor atenderá às finalidades da persecução criminal. A lei, nestas hipóteses, deverá prever o abandono do inquérito policial por parte do Ministério Público que, em substituição, passará a investigar diretamente o fato criminoso, pensando-se os dois procedimentos. De qualquer forma, o Pretório Excelso bem como o STJ vêm admitindo que, nos crimes de autoria coletiva (em geral, delitos societários envolvendo vultosas fraudes), possa a denúncia fazer uma descrição genérica do fato, sem narrar, de forma específica, a conduta

de cada réu (Cf. STF, RHC 58.544, DJU 13.2.81, p. 572, RTJ 101/563; RHC 58.802, DJU 4.9.81, p. 8556, RTJ 114/228 e RHC 65.491, 2ª Turma, em 16.10.87, DJU 20.11.87, p. 26010). No mesmo sentido, o STJ, RHC 2.768, 6ª Turma, DJU 16.08.93, p. 15996 e HC 2840, RT 713/402¹⁰. Tal estado de coisas torna fácil a compreensão do grande número de absolvições em casos que tais, uma vez que o Ministério Público não consegue provar a imputação no curso da ação penal, tornando impossível obter a condenação, uma vez que as condutas não estejam perfeitamente individualizadas. Em recente decisão, no entanto, o Pretório Excelso, dando um passo à frente, sustentou que, quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica para os crimes de autoria coletiva sem que haja **mínima** descrição da participação de cada agente na conduta delitiva. Uma coisa é a desnecessidade de pormenorizar, outra é a ausência absoluta de vinculação do réu com o fato denunciado (Cf. HC. 80549- SP, relator o Min. **Nelson Jobim**, in *DOERJ*, Parte III, de 30.8.2001, p. 08).

As qualificadoras, igualmente, precisam estar descritas na petição instauradora do processo. Não basta à inicial narrar, por exemplo, que o homicídio ocorreu por “meio insidioso ou cruel” ou “à traição”. Da mesma forma, será insuficiente dizer que o furto foi cometido com “abuso de confiança” ou “mediante fraude”. Caberá ao denunciante descrever em que consistiu, concretamente, cada uma daquelas situações, embora deva sempre fazer alusão, também, às definições genéricas contidas na lei.

É possível a imputação alternativa?

Deve-se ao saber do professor JOSÉ FREDERICO MARQUES¹¹, tanto quanto me foi dado observar, o estudo pioneiro, na doutrina brasileira, da chamada denúncia alternativa. Destaque-se, também, em trabalho mais recente sobre o *thema*, o substancial ensinamento de AFRÂNIO SILVA JARDIM¹², o mais completo de que tenho notícia. A denúncia alternativa pode dar-se em relação ao próprio fato criminoso diante de uma situação concreta que se apresente equívoca, a saber: o réu foi autor de um furto ou de uma receptação? Pode, ainda, a alternatividade dar-se em relação ao sujeito ativo (ou passivo) do crime. Pense-se na hipótese de dois indivíduos que se agridem mutuamente causando lesões corporais recíprocas e que sustentam ambos a excludente da ilicitude da legítima defesa. Aqui, a denúncia alternativa reveste aspecto subjetivo; no exemplo anterior, objetivo. Ofertando parecer, no já distante ano de 1986, em caso que se discutia a acusação alternativa, tive ocasião de salientar a possibilidade da mesma em face da adoção do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Na hipótese, estava em jogo acusação alternativa subjetiva, uma vez que dois réus alegavam haver agido em legítima defesa em caso de lesões corporais recíprocas decorrentes de luta havida entre ambos. Sustentei, então, a validade da denúncia contra os dois denunciados para que se observasse o princípio da correlação entre a acusação e a sentença. Na ocasião, salientei, ainda, que, concluída a instrução criminal, caberia ao juiz absolver um dos réus com fulcro no art. 386, V, do CPP ou ambos pelo benefício da dúvida (art. 386, VI, do CPP). Disse mais que, na minha opinião, seria impossível ao Ministério Público fazer uma opção por um dos indiciados tomando um caminho ilegal e, mais do que isso, imoral. Por que um e não outro? Afirmei, por fim, que a instauração do processo seria a

10 Jurisprudência do STF e do STJ, *apud* Código de Processo Penal Anotado, DAMÁSIO E. DE JESUS, pp. 43/44, Editora Saraiva, 1999, 16ª edição.

11 JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, p. 154, Forense, Rio-São Paulo, 1961.

12 AFRÂNIO SILVA JARDIM, *Direito Processual Penal – Estudos e Pareceres*, p. 93 e seguintes, Forense, Rio de Janeiro, 1987.

providência que mais atenderia aos interesses dos próprios indiciados, uma vez que o inquérito policial pode, a todo o tempo, ser reaberto (art. 18 do CPP e Súmula 524 do STF), ao passo que a absolvição deixaria em paz aquele que agiu legitimamente ou contra quem não se colheu prova suficiente para a condenação. Prestigiava, no caso concreto, o recurso do Ministério Público contra a decisão monocrática que rejeitara a denúncia posta nos termos aqui sustentados (Recurso Criminal nº 938/86, da 1ª Câmara Criminal do extinto TACRIMRJ). Por maioria de votos, no entanto, o recurso acabou desprovido, contra o voto do então Juiz Wilson Santiago Mesquita de Mello, que acolhia a pretensão ministerial nos termos do parecer da Procuradoria de Justiça.

Portanto, no meu entendimento, parece-me, perfeitamente, correta a posição do Promotor de Justiça que, na *causa petendi*, descrever uma situação jurídica de alternatividade nos termos aqui defendidos.

A denúncia deve, sempre que possível, ser vazada em termos substantivos, evitando ao máximo a agressão grosseira e desnecessária para com o acusado. É evidente que a própria conduta do imputado, muitas vezes, impedirá um tratamento sóbrio por parte da acusação, e a denúncia terá que descrevê-la sob pena de inépcia. Porém, o acusador deve ater-se, ao máximo, à descrição do tipo penal violado assim como às circunstâncias que cercaram o fato, evitando transbordamentos descaridosos para com o réu. Impõe-se lembrar: *reus res sacra*.

As circunstâncias agravantes dos arts. 61 e 62 do CP devem vir descritas na peça inicial?

A resposta simplista para a indagação encontraria fácil solução com a leitura do art. 385 do CPP. No dispositivo em questão está dito, às escâncaras, que o juiz pode reconhecer agravantes embora “nenhuma tenha sido alegada”. Porém, assim não entendo. Elas devem vir narradas para que o réu tenha pleno conhecimento de qualquer fato que possa refletir na sua eventual condenação, pois, não há negar, as agravantes genéricas irão refletir na aplicação da pena. Dessa maneira, para que a dialética processual possa desenvolver-se em toda a sua plenitude, realizando um **processo justo**, a narrativa do fato identificador da agravante deve constar da petição inicial. Da mesma forma, as atenuantes integrarão a descrição fática da denúncia, pois o Ministério Público está interessado na obtenção de uma prestação jurisdicional justa.

Aliás, tenho para mim que o art. 385 do CPP é de discutível constitucionalidade, na medida em que, se a denúncia não descreve os fatos que identificam a circunstância agravante, o réu se verá surpreendido com a aplicação de uma pena mais grave, sem sequer ter tido a oportunidade de discutir a circunstância que, sem dúvida, lhe trouxe gravame.

Basta examinar a relação das circunstâncias indicadas nos arts. 61 e 62 do CP para que se constate, com facilidade, como soa importante a sua narração na denúncia. Cumpre observar que elas **sempre** agravam a pena. O uso do advérbio **sempre** (art. 61 do CP) está a demonstrar que o juiz vê-se obrigado a agravar a pena, desde que se trate de crime doloso. Há discussão, como sabido, se as indicadas no inciso II ganham aplicação nos crimes culposos ou mesmo nos preterdolosos. Na dúvida, pois, impõe-se a narrativa de maneira a ensejar ao juiz e à defesa amplo conhecimento do fato.

Insta observar que não se pode confundir circunstância agravante com qualificadora. Esta, necessariamente, terá que estar narrada na exordial. Com efeito, a qualificadora dá nova qualidade ao tipo penal simples. Em outras palavras: cria um

novo tipo penal, exigindo, assim, perfeita exposição na denúncia. Portanto, em relação às qualificadoras, o preceito indicado no art. 385 do CPP não pode ser invocado.

Além do fato principal, a denúncia terá que indicar, igualmente, todas as circunstâncias que cercam o evento central causador da persecução criminal. Fato principal é o fato típico. A denúncia sustenta-se nele. Circunstância, do latim *circumstantia*, representa algo que gira em torno do fato central, algo acidental que melhor esclarece a imputação, sem, no entanto, integrá-la. Torna-se claro que a falta de circunstância não invalida a denúncia, ainda que não venha a ser suprida nos termos do art. 569 do CPP. Trata-se, de resto, de mera omissão que pode ser colmada a todo o tempo, antes da prolação da sentença, evidentemente. Tal aspecto do problema não exige um acusador cuidadoso de tomar tenência no sentido de bem explanar a inicial, nela fazendo incluir todas as circunstâncias que cercam o caso concreto.

Para rematar, uma pergunta: será admitida a oferta de denúncia caso o ofendido não venha a ser identificado? Parece-me difícil que a hipótese possa configurar-se, embora não seja de todo impossível a existência de um caso concreto em que tal circunstância se verifique. Suponha-se, por exemplo, que alguém venha a ser preso em flagrante no momento em que cometia um roubo. Há testemunhas. O ofendido, apavorado, foge em disparada, não mais sendo encontrado. O evento, assim ocorrendo, não impedirá a denúncia que deverá narrar o fato criminoso, indicando, apenas, como lesado, uma pessoa (homem ou mulher) e esclarecendo, do mesmo passo, as razões pelas quais ela não pode ser identificada.

7. A classificação da infração penal.

A exigência da classificação da infração penal é decorrência lógica do princípio da reserva legal (art. 1º do CP e 5º, XXXIX da CF).

Ao tempo da pluralidade das leis de processo não havia a exigência de que a denúncia indicasse a capitulação da infração penal. A generalidade dos códigos estaduais não aludia à necessidade da definição jurídico-penal do fato criminoso por parte do Ministério Público, quando da petição inicial¹³. É certo que, embora não houvesse a obrigação da indicação do dispositivo legal em que o réu estaria incurso, impunha-se, como essencial, a exposição do fato criminoso e de suas circunstâncias. A classificação do tipo penal violado ficava, exclusivamente, a cargo do juiz quando da prolação da sentença de mérito.

Na atualidade, tal não se dá. Nem mesmo o lacunoso art. 41 do CPP deixava de referir-se “à classificação do crime” (*rectius*, no momento, da infração penal).

E, do ponto de vista técnico, esta é a solução mais adequada, ao obrigar o acusador a fazer um juízo de valor a respeito do fato narrado. Não resta dúvida que se trata de uma classificação provisória, sujeita a corrigenda (*emendatio libelli*). Aliás, classificação definitiva o fato só receberá quando eventual decisão estiver ao abrigo da coisa julgada formal.

Daí, a regra contida no art. 383 do CPP, que consagra a parêmia *narra mihi factum dabo tibi jus*. Dessa maneira, a errônea qualificação jurídico-penal da infração penal por parte do acusador em nada comprometerá a inicial, desde que a *causa petendi* esteja em ordem. O essencial continua a ser a narração do fato com todas as suas circunstâncias.

¹³ No regime anterior, somente os códigos do Piauí (art. 9º, V) e do Paraná (art. 55, III) é que faziam a expressa menção da necessidade da indicação do artigo da lei penal em que se encontrava previsto o fato criminoso, *apud op. cit.*, in nº 06 dessas notas, pp. 422/423.

E se a inicial não contiver a classificação jurídico-penal do fato? Não dispomos, no campo do processo penal, de regra como a constante do art. 285 do CPC que permite ao juiz determinar ao autor a emenda ou a complementação da petição inicial, nem mesmo aquela outra ensejadora do aditamento do pedido, antes da citação do réu, por iniciativa do próprio autor. Em tal caso, no crime, não me parece absurdo, por invocação ao art. 3º do CPP, permitir-se ao juiz tal procedimento, muito embora, por força do art. 569 do CPP, a providência possa ser tomada até a sentença final.

De qualquer maneira, a omissão, ainda que não venha a ser suprida, não comprometerá o processo, desde que o fato encontre perfeita narrativa na denúncia.

No momento em que se examina a classificação da infração penal, impõe-se considerar que não basta a indicação do *nomen iuris* do crime, pois, às vezes, uma mesma designação pode indicar figuras penais diversas. É o caso, por exemplo, da calúnia prevista no Código Penal e do mesmo crime regulado na Lei de Imprensa. É cautela recomendada por TOURINHO com base em lição de TORNAGHI¹⁴.

Outro ponto a ser considerado em matéria de classificação da infração penal relaciona-se com a indicação de agravantes e/ou atenuantes que, eventualmente, possam acompanhar a classificação. É muito comum ver-se denúncia incorrendo em tal equívoco. Na verdade, quando o art. 41 do CPP alude à “classificação do crime”, está a referir-se a um tipo penal violado. Ora, as agravantes e/ou atenuantes genéricas não definem qualquer tipo penal, elas, apenas, irão influir na dosagem da pena pelo juiz (art. 68 do CP). O Ministério Público a elas deverá fazer referência quando das alegações finais, uma vez concluída a instrução criminal probatória. É importante não confundir a alusão que a elas deve ser feita na inicial por parte do acusador, como ressaltado acima (6, *supra*), com a sua inclusão na classificação jurídico-penal do fato.

Outra observação importante relacionada com a classificação da infração penal relaciona-se com as qualificadoras. Estas, **necessariamente**, deverão estar descritas na denúncia. Igualmente, irão compor a classificação jurídico-penal do fato. Porém, se a classificação a elas não aludir, tal omissão será de todo irrelevante, nada impedindo o juiz de reconhecê-las desde que, perfeitamente, indicadas no corpo da inicial de acusação.

É que, ao contrário das agravantes, a qualificadora define um tipo revestido de circunstâncias legais especiais acrescidas ao tipo penal básico. Neste, estão as elementares do tipo, ao passo que nelas (qualificadoras) são acrescidas qualidades especiais ao tipo originário.

Pode o juiz, ao receber a denúncia, operar, desde logo, a alteração da classificação penal do fato?

O Supremo, analisando a espécie, entendeu ser inadmissível a providência (Cf. RT 602/451), ao julgar feito originário da Justiça Militar¹⁵.

Do mesmo entendimento comunga o Professor WALBERTO FERNANDES DE LIMA, ilustre Promotor de Justiça-RJ, em minucioso estudo doutrinário publicado na *Revista do Ministério Público-RJ*^{15-A}.

14 FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, vol. I, p. 387, Editora Saraiva, 20ª edição, 1998.

15 Jurisprudência do STF, *apud op. cit.*, in nº 04 dessas notas, p. 281.

15-A WALBERTO FERNANDES DE LIMA, “*Emendatio libelli* no juízo de admissibilidade: é possível?” Seção de Jurisprudência Comentada in *Revista do Ministério Público/RJ*, nº 11, 2000, pp. 599/614.

O momento previsto na lei processual para a medida vem indicado no art. 383 do CPP, incumbindo ao Ministério Público, caso o juiz subverta a ordem processual, interpor recurso em sentido estrito contra tal decisão (art. 581, I, do CPP), pois, não há negar, que ela importa em rejeição parcial da acusação. Demais disso, a manifestação jurisdicional precipitada constituiria verdadeira atuação *ex officio* da parte do juiz quanto à propositura da ação penal, ao definir como a acusação deve ser formulada, violando, nesse passo, o sistema acusatório ao invadir atribuição privativa do Ministério Público (art. 129, I, da CF).

Certo ou errado, cabe ao Ministério Público, desde que presentes as condições da ação, propor a demanda como lhe aprouver. Juiz não tem que definir como a acusação deve ser apresentada; ao magistrado incumbe julgar a causa penal, dando, se for o caso, no momento adequado, a classificação jurídico-penal que a hipótese, no seu entendimento, merecer (art. 383 do CPP).

A sentença, ao revés, não dispensa “a indicação dos artigos de lei aplicados” (art. 381, IV, do CPP). Imagine-se, porém, que o juiz venha a omitir-se quanto a indicação do dispositivo penal violado. A jurisprudência está dividida, havendo julgados que entendem haver nulidade (RT 590/364 e 593/369) bem como outros que dão pela validade do *decisum* (RT 239/97, 272/69 e 640/282), incluindo-se o próprio Pretório Maior (RTJ 60/94)¹⁶.

Ao meu alvedrio, tudo irá depender do caso concreto. Explico-me: desde que a sentença, ao longo da fundamentação (art. 381, III, do CPP), deixe claro o que pretende, não vejo razão para que a nulidade seja declarada (art. 563 do CPP). Outra vez, se no próprio dispositivo (art. 381, V, do CPP) disser “julgo procedente o pedido”, estando na inicial indicado o dispositivo de lei violado, instruído com perfeita narrativa do fato, inexistirá motivo para nulidade, mais uma vez por mera aplicação do princípio da instrumentalidade das formas.

O juiz, em tal caso, estará acolhendo os termos da inicial. De qualquer maneira, sempre restará à parte interessada a oportunidade de opor embargos de declaração (arts. 382 e 619 do CPP) buscando colmatar a omissão. Assim, se evitará maior problema para o futuro, com discussões estéreis em prejuízo de uma solução justa. Este, no meu pensar, o melhor caminho a seguir.

Portanto, verifica-se um descompasso de tratamento no que respeita ao rigor de tratamento em relação à falta de indicação da classificação da infração penal quando da denúncia e quando da sentença, havendo maior liberalidade no trato do problema no que tange à exordial da acusação. Alvitramos algumas soluções para os dois casos.

8. O requerimento de citação do réu.

Em sua origem etimológica, a palavra citação é um substantivo, originário do particípio passado *citum*, do verbo *ciere*, que significa mover, por em movimento, indicando, também, chamar, convidar. É a lição de JOÃO MENDES, repetida por VICENTE DE AZEVEDO¹⁷. Ensina o último, em página inspirada¹⁸, que o postulado de direito *nemo inauditur damnari potest* traduz um princípio de direito natural e de direito divino. Nem mesmo Deus dispensou a citação, pois não condenou Adão sem chamá-lo a contas. Da mesma maneira, quando do primeiro homicídio de que se tem notícia, de acordo com a narração das Escrituras, o Todo Poderoso não infligiu pena a Caim sem antes ouvi-lo; chamou-o e indagou-lhe: Caim, que é feito de teu irmão Abel?

¹⁶ Jurisprudência indicada, *apud op. cit.*, in nº 04 dessas notas, p. 254.

¹⁷ VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO in *Curso de Direito Judiciário Penal*, vol. 1º, p. 242, Edição Saraiva, São Paulo, 1958.

¹⁸ *Apud op. cit.*, in nº 17 destas notas, p. 242.

Dessa maneira, com os primeiros julgamentos narrados no Livro Sagrado dos cristãos deparamo-nos com as primeiras citações. Assim, desde antanho não se fazia dispensa da providência.

Citação, destarte, nada mais é que o chamamento do réu a juízo para ver-se processar e tomar conhecimento da acusação que contra ele é formulada, bem assim para acompanhar todos os atos da ação até a decisão final. A citação no processo penal, ao contrário do que ocorre no processo civil, dá-se uma só vez, vinculando o réu, definitivamente, à instância (art. 367, do CPP). Não há citação para a fase de execução. No processo civil, como sabemos, há dupla citação: uma para o processo de conhecimento e outra para o processo de execução, pois este faz nascer nova relação processual.

A citação, em sua natureza, revela um ato de comunicação processual; melhor dizendo: o mais importante de todos os atos de comunicação processual, surgindo como exigência inafastável do contraditório e do devido processo legal.

É certo que, no processo penal, existem outros atos de comunicação processual, como a intimação e a notificação, com finalidades distintas da citação. O Código destina um capítulo específico para as intimações (Capítulo II, do Título X, do Livro I), valendo notar que o Título X alude, somente, “às citações e intimações”. Nele não há referência expressa para as notificações, que, no entanto, se fazem presentes em alguns dispositivos do Código como ocorre, por exemplo, nos arts. 394 e 514. Nesta última hipótese, a notificação não dispensa a citação posterior do funcionário público (art. 517 do CPP), caso a resposta ofertada pelo notificado não leve o juiz a rejeitar a inicial (art. 516 do CPP).

Em tal caso, caberá ao Ministério Público quando do ofertamento da denúncia requerer somente a notificação do imputado, complementando a providência, quando do recebimento da denúncia, com o pedido de citação do acusado, caso o juiz, desde logo, ao desacolher os termos da resposta, não determine, de imediato, a citação do réu, tal como está a indicar o art. 517 do CPP (“Recebida a denúncia ou a queixa, será o acusado citado...”).

Há distinção teórica entre notificação e intimação; notifica-se **para**, intima-se **de**. Portanto, enquanto aquela destina-se ao futuro, esta volta-se para o passado. Nosso Código, como já ficou assinalado, dedica capítulo próprio somente para as intimações. Não obstante isto, trata da notificação em dispositivos insulados, mostrando que ela não é de todo estranha ao processo penal.

Posta a denúncia, e depositada em cartório em mão do escrivão, já está formada a relação processual linear, por força do simples exercício do direito de ação. É o lado ativo do processo, vinculando autor-juiz e juiz-autor. Mas é somente com a citação do réu é que o lado passivo da relação processual ganhará existência. É por meio dela que o réu estará definitivamente vinculado à instância (art. 367 do CPP) e só então se poderá falar no processo como *actus trium personarum*.

Daí, a absoluta necessidade da citação do réu, seja ela *in faciem*, seja ela ficta. Vale a observação de que, em ocorrendo a *citatio edictalis*, na atualidade, vige a regra do art. 366 do CPP, desde que o réu não compareça nem constitua advogado.

Questão delicada é a que envolve a citação do doente mental. Desde que o fato chegue ao conhecimento do Ministério Público, deverá ele requerer ao juiz a nomeação de um curador para o denunciado (art. 149 § 2º do CPP) e, uma vez comprovada a insanidade mental, só restará ao Ministério Público postular no sentido de que a *vocatio in iudicio* se efetive na pessoa de curador nomeado. No curso

do processo que se seguir, caberá ao juiz dar ao laudo o valor que entender cabível, tudo nos termos do art. 182 do CPP, que, como sabemos, adotou o chamado princípio liberatório, decorrência lógica do sistema da livre convicção motivada consagrado em nosso direito processual penal (art. 157 do CPP), pelo qual *judex est peritus peritorum*. O que não se poderia fazer, por falta de sentido, seria promover a citação pessoal do insano mental. Soaria a despautério.

Releva observar que a lei não estabeleceu norma específica para citação do réu menor. Tornou-se, nesse passo, contraditória, tendo em conta que, no decorrer do processo, exige a presença de curador *ad hoc* quando do interrogatório (art. 194 do CPP). Assim, ao requerer a citação do acusado menor, o Ministério Público, por ocasião da denúncia, não precisará ter maiores cuidados. Não me parece que o caminho trilhado pelo legislador tenha sido o melhor. Guardaria maior coerência a lei processual, caso determinasse a citação do menor e a notificação do representante legal para assisti-lo naquele ato, expedindo-se, para tal fim, dois mandados. Dada a relevância, para o processo, da citação, o legislador deveria cercá-la dos mesmos cuidados utilizados no curso do processo.

Impõe-se o registro de que, perante o Juizado Especial Criminal, a citação do autor do fato será sempre pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado (art. 66 da Lei 9099, de 26.9.95). Caso não seja possível a citação pessoal, caberá ao juiz encaminhar as peças de informação ao Juízo comum. É como reza o parágrafo único do art. 66 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, onde, então, será possível efetivar-se a citação por edital.

Não haverá devido processo legal (art. 5º, LIV da CF) sem a citação válida do réu para vir integrar a relação processual (art. 564, III, e, primeira parte, do CPP). Por mera observância do princípio da instrumentalidade das formas, tantas vezes exaltado no decorrer do presente estudo, há que ressaltar-se a regra insculpida no art. 570 do CPP, desde que a finalidade do ato tenha sido alcançada, ainda que de forma pouco ortodoxa. A falta, assim, estará sanada com o comparecimento do réu, facultando-se, sempre, ao juiz adiar o ato quando vislumbrar que a irregularidade poderá trazer prejuízo para o imputado.

A citação, no processo penal, apresenta uma particularidade: o réu, no ato da citação, é, também, convocado para ser interrogado (art. 394 c/c 352, VI do CPP), ocasião em que exercerá, se assim o desejar, a autodefesa ou defesa material, podendo, também, optar pelo silêncio (art. 5º, LXIII da CF) sem que tal atitude possa ser interpretada em prejuízo da própria defesa. Não tem lugar a advertência a que alude a parte final do art. 186 do CPP, não recepcionada, no meu entendimento, a partir da nova ordem constitucional.

Merece especial cuidado a chamada “citação por requisição” do réu preso (art. 360 do CPP). Penso que a regra do art. 360 do CPP deve ser interpretada da forma que se segue: a requisição deve ser dirigida ao Diretor da Penitenciária para que apresente o preso em Juízo na data aprazada. A providência, no caso, resulta óbvia, pois o preso não dispõe de liberdade de locomoção. Porém, ela não exime o Juízo de mandar citar o réu por mandado de maneira que ele, como de resto qualquer acusado, tome ciência da acusação com a necessária antecedência, podendo, dessa forma, preparar sua defesa, tal como exige a Lei Maior (art. 5º, LV). No Rio de Janeiro há Defensores Públicos designados para dar assistência aos presos na penitenciária e que bem poderão orientar sua clientela, nada impedindo que o próprio preso, em tempo hábil, possa aconselhar-se com advogado de sua confiança.

Não se concebe, por sinal, que o mandado de citação no processo penal não exija, expressamente, como um dos seus requisitos essenciais, a integral cópia da petição inicial. No processo civil, onde não está em jogo a liberdade ambulatoria, há texto expreso exigindo aquela peça básica (art. 255, II, c/c 282, III do CPC). Bastaria acrescentar ao art. 352, V do CPP a seguinte indicação: “o fim para que é feita a citação”, contendo o inteiro teor da denúncia ou da queixa.

Uma observação final a respeito da citação ficta a que se refere o art. 362 do CPP. Trata o dispositivo da citação por edital quando o réu se oculta para não ser citado. Entendo que, em tal hipótese, não encontra incidência a regra do art. 366 do CPP. Com efeito, esse último dispositivo tem por finalidade evitar o comprometimento do direito à informação, daí advindo uma série de conseqüências que poderiam afetar a defesa do imputado (art. 5º LV da CF). Porém, advirta-se, no caso de ocultação, o réu, uma vez certificado nos autos que ele usa de expediente para evitar a citação pessoal, criando toda a sorte de empecilhos para que ela não se realize, não se justifica a suspensão do processo.

A regra do art. 366 do CPP, repita-se, tem por escopo assegurar ao réu o direito de informação, como é da essência dos atos de comunicação processual. Ora, se ele, réu, encontra-se informado e tanto está que, ocultando-se, busca frustrar a citação *in faciem*, não se justifica venha a gozar os benefícios da lei. O direito processual não existe para consagrar a alicantina. Demais disso, é princípio assente, não somente do direito processual mas informador de qualquer ramo do direito, segundo o qual ninguém pode tirar vantagem da sua própria torpeza.

Estes, no meu sentir, alguns cuidados básicos que se justificam em matéria de citação, por parte do órgão do Ministério Público, interessado sempre na realização de um processo justo.

9. O pedido de condenação ou de pronúncia.

No processo penal condenatório, o *petitum* reveste caráter genérico. Ao formular o pedido de condenação, com a conseqüente imposição de sanção, o Ministério Público não especifica a quantidade de pena que pretende ver aplicada ao imputado. Diga-se o mesmo em relação à natureza ou qualidade da sanção penal pretendida, no caso de alternatividade. Decerto não fica ele eximido de, concluída a instrução criminal probatória, na fase de alegações finais, indicar a sanção penal desejada, caso ele ainda persiga a condenação do réu, postura que lhe dará interesse para recorrer, ainda que não venha a sucumbir. Será este o momento adequado para a graduação da pena, dando especificidade ao pedido genérico constante da acusação. Aliás, somente após a conclusão da instrução criminal probatória é que se poderá chegar a uma visão precisa a respeito do *quantum debeatur* penal. Naquele momento, é que será possível atingir um conhecimento completo sobre o fato criminoso, dando a ele perfeita qualificação jurídico-penal.

Anote-se que o juiz está vinculado à *causa petendi* para poder decidir a respeito da acusação. É evidente que tal não se dá em relação ao pedido (art. 385 do CPP). Se o fato criminoso está narrado, o juiz pode, na forma do art. 383 do CPP, dar ao mesmo nova definição jurídica ainda que tenha de aplicar pena mais grave.

No processo civil, o pedido dever ser certo e determinado (art. 286 do CPC), embora seja lícito ao autor formular pedido genérico em situações processuais revestidas de certa peculiaridade (art. 286, I a III do CPC), ao contrário do que se dá no processo penal em que o *petitum* apresenta-se, sempre, genérico.

A acusação do Ministério Público está, assim, fundada na imputação. É com base nela que o acusador formula o pedido genérico de condenação criminal¹⁹.

Nos crimes da competência do Tribunal do Júri, o Ministério Público não pode pedir a condenação do réu quando do oferecimento de denúncia, pela simples razão de que o pedido seria juridicamente impossível, tendo em conta que o juiz de direito não dispõe de jurisdição para tanto e a inicial, como é óbvio, a ele é dirigida. No caso, caberá ao acusador público postular, tão somente, a pronúncia do imputado. Quando da gestão do Procurador-Geral de Justiça, *Raphael Cirigliano Filho*, formulamos tal sugestão objetivando aprimorar os formulários de denúncia na comissão formada com aquela finalidade²⁰.

Na verdade, o pedido de condenação do réu só poderá vir a ser apresentado por ocasião do libelo, pois somente o juiz natural do feito, no caso o Conselho de Sentença, poderá apreciá-lo.

Assim, no Júri, há uma dicotomia de atos acusatórios: em um primeiro momento, quando da denúncia, o Ministério Público pedirá ao juiz de direito a mera pronúncia do imputado; em uma segunda etapa, dirigindo-se, agora, ao Júri, postulará, se for o caso, a condenação do réu.

Averbe-se, por fim, que, no processo penal, inexistente ação penal quanto à pretensão, tal como ocorre na ação civil. Não se pode falar, no crime, numa ação de furto, de roubo ou de homicídio, tal como ocorre no cível, em que há incontável número de ações (despejo, consignação em pagamento, alimentos *etc*). Veja-se, a propósito, a lição sempre proveitosa de TOURINHO^{20-A}.

10. As provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos.

O atual art. 41 do CPP não poderia ter sido mais parcimonioso ao versar sobre as provas ao registrar que, “quando necessário”, a denúncia (ou a queixa) deverá conter o rol de testemunhas. Ora, a testemunha é mera espécie do gênero “provas”. Constitui, apenas, uma das modalidades de provas contempladas no Código de Processo Penal. Nem mesmo ocupa todo o campo destinado à prova oral.

Portanto, com a inicial, o autor indicará **todas** as provas que pretende produzir, solicitando ao juiz sua admissão, pena de preclusão, caso não o faça. Abra-se exceção para a prova documental que pode, a todo o tempo, ser trazida para os autos (arts. 231 e 400 do CPP).

Aqui torna-se imperativo tecer algumas considerações. O prazo para requerer a produção de provas pode ser reaberto para a própria parte na fase de diligências (art. 499 do CPP), desde que tal se imponha em razão “de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução”. Torna-se evidente que se o dado probatório pretendido decorrer de fato ou circunstância superveniente, não se poderá falar em preclusão temporal para a parte.

¹⁹ Reina em sede doutrinária certa perplexidade a respeito dos aludidos termos processuais. Para SANSÓ, imputação e acusação têm o mesmo significado. PEREIRA E SOUSA (*Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, § 95) e FREDERICO MARQUES dão ao tema tratamento mais preciso, fazendo perfeita distinção entre os dois vocábulos (*apud op. cit.*, in nº 11 destas notas, p. 159”).

²⁰ Integram a Comissão criada no objetivo de rever e aprimorar os formulários de denúncia, na sua parte fixa, os Procuradores de Justiça *Ferdinando de Vasconcellos Peixoto*, *Hortêncio Catunda de Medeiros* e o Promotor de Justiça *Sergio Demoro Hamilton*.

^{20-A} *Apud op. cit.*, in nº 14 destas notas, p. 331.

Decerto que tais observações encontram cabida somente em relação às partes, pois, como de conhecimento vulgar, o juiz não está sujeito a preclusões, podendo, mesmo na fase de sentença, converter o julgamento em diligência objetivando suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade (art. 502 e parágrafo único do CPP). Observe-se, mais uma vez, que a lei disse menos do que pretendeu, ao aludir somente ao novo interrogatório do réu ou à inquirição de testemunhas e do ofendido (art. 502 § único do CPP). Na realidade, o juiz poderá mandar produzir **qualquer prova** que entenda necessária (ou mesmo conveniente) na busca da verdade real. Aliás, a parte final do parágrafo único do art. 502 do CPP deixa entrever que o juiz só haveria de assim proceder, na parte referente à prova oral, caso não houvesse presidido aqueles atos na instrução criminal. Aqui, ao revés, a lei disse mais do que pretendeu, pois, como sabido, nosso processo penal não adotou o princípio da identidade física do juiz. Tenha ou não presidido a colheita da prova oral, o juiz poderá renová-la caso entenda cabível a providência.

É certo que não comungo da orientação que outorga ao juiz poderes investigatórios *pro societate*, tal como consagrado em nossa legislação processual penal. Entendo, mesmo, que a lei, nesse passo, não se viu recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por violar, frontalmente, o sistema acusatório²¹. Ressalte-se que este último *thema*, no dia-a-dia do foro, não tem merecido atenção, mínima que seja.

Vale acentuar, ainda, que, em relação às testemunhas arroladas pelo Ministério Público, deverá ser observado um número legal máximo, que varia em função do procedimento a ser seguido: No processo comum serão inquiridas no máximo oito testemunhas para cada parte. Nesse número não se compreendem as que não prestaram compromisso nem as referidas (art. 398 e parágrafo único do CPP c/c 203, 208 e 209, § 1º do CPP). No processo sumário, tal número máximo decresce para 05 (art. 539 do CPP), ao passo que, nas contravenções, o número cai para 03 (art. 533 do CPP), computando-se em tais casos, também para efeito de contagem, somente as chamadas testemunhas numerárias ou compromissadas (art. 203 do CPP). Porém, há exceções. Mesmo no caso de a infração penal ser apenada com detenção o número legal máximo, às vezes, pode estender-se para 08 (arts. 512, 518, 519 e 524 do CPP). Por seu turno, a Lei de Tóxicos prevê para crimes apenados com reclusão apenas 05 testemunhas (art. 22 da Lei 6368/76).

Portanto, nem sempre a gravidade da infração penal ditará a limitação máxima para a prova testemunhal, embora a regra geral decorra daquela circunstância.

Em se tratando de testemunhas não compromissadas (art. 208 do CPP), ditas informantes, assim como no que respeita ao ofendido (art. 201 do CPP), não haverá qualquer limitação numérica, cabendo ao juiz cercear eventual abuso da parte na produção daquelas duas modalidades de prova oral, caso vislumbre má-fé por parte do litigante.

Vale o apontamento de que a Lei 9099/95 é omissa quanto ao número de testemunhas que as partes podem arrolar. De acordo com o espírito da lei em questão, que se assenta nos princípios da celeridade e da economia processual, é de bom alvitre seguir a lição de DAMÁSIO, ao invocar a analogia ao artigo 34 da mesma lei em matéria cível, limitando à parte arrolar até 03 testemunhas^{21-A}.

21 O eventual leitor, acaso interessado no estudo do assunto, poderá consultar meu estudo "A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia", in *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, nº 08, jun-jul/2001, p. 49 e seguintes.
21-A *Apud op. cit.*, in nº 27 destas notas, p. 80.

Para o Ministério Público, torna-se importante emprestar relevo à decisão do Pretório Excelso por ocasião do julgamento do RHC 65.673 (DJU de 11.3.88, p. 4742), onde ficou assinalado que a base para o arrolamento de testemunhas decorre, unicamente, da *causa petendi* respectiva. Em outras palavras: para cada fato, o Ministério Público poderá arrolar o número legal cabível na espécie. Tome-se o exemplo: se a acusação descreve dois fatos, em se tratando de procedimento comum, o limite será de 08 testemunhas compromissadas para cada um deles²².

Ainda uma palavra final a respeito da prova oral: ela pode ser indicada em outro momento processual que não o da denúncia. Tal pode ocorrer quando do libelo (art. 417 § 2º do CPP), nos casos de competência do Júri.

11. O local e a data da denúncia ou queixa.

A matéria toca de perto com o lugar e o tempo em que os atos processuais devem ser praticados²³. A indicação do local situa a petição inicial no espaço ao passo que a data situa a denúncia no tempo. Depositada a exordial de acusação em cartório, daí pode advir uma série de conseqüências práticas. Alinho, à guisa de exemplo, duas: a representação, se for o caso, torna-se irretratável (art. 25 do CPP) e impede-se a propositura de queixa subsidiária (art. 29 do CPP), ainda que excedido o prazo legal pelo *Parquet*, desde que, antes da denúncia, a queixa substitutiva não haja sido ajuizada pelo particular legitimado para agir. Além do mais, a demora do órgão de acusação para propor a ação pode acarretar-lhe sanções (art. 801 do CPP). Portanto, a data do ato está ligada ao instituto do prazo. Daí sua relevância.

No que respeita ao lugar, nem sempre ele guardará compasso com a sede do fato descrito na denúncia. Veja-se, por exemplo, o caso de um Promotor de Justiça do Rio de Janeiro que venha a praticar um crime em São Paulo; na hipótese, a *causa petendi* deverá referir-se a São Paulo como sendo o *locus delicti*, mas, como a denúncia será ofertada no Rio de Janeiro, em razão da prerrogativa de função do acusado, o local que constará ao pé da inicial será o do Rio de Janeiro.

12. A assinatura e a identificação do órgão do Ministério Público dotado de atribuição para officiar no feito criminal.

Chega-se, por fim, à parte autenticativa da denúncia. A assinatura é o sopro de vida da inicial. Sem ela, a petição será um ato inexistente. No campo da pura técnica não há outra solução. Porém, a jurisprudência, ao meu pensar com inteiro acerto, tem manifestado entendimento no sentido de que, não havendo dúvida a respeito da autenticidade da peça acusatória, inexistente motivo para que se declare a nulidade do processo. Vejam-se os julgados do Pretório Maior (RECrIm 77.915, DJU 17.6.74, p. 4159) e do STJ (RHC 3651, 5ª Turma, DJU 1º.8.94, p. 18663)²⁴.

Parece-me, porém, que a providência objetivando validar a denúncia oferecida naquelas circunstâncias deve cercar-se de certos cuidados. Entendo que os autos devem voltar ao Promotor de Justiça para que ele aponha sua assinatura na petição inicial, ratificando, por cota nos autos, a providência tomada.

22 Em estudo intitulado "A Disciplina Legislativa da Prova Penal", tive a ocasião de examinar o tratamento deferido pelo nosso CPP em relação à prova. A matéria pode ser encontrada em *Temas Atuais em Direito e Processo Penal*, p. 163 e seguintes, Editora de Direito, 2001, São Paulo.

23 Para um exame da forma, do lugar e do tempo dos atos processuais, embora analisados por ângulo diverso daquele objeto do presente estudo, veja-se, por todos, EUGÊNIO FLORIAN, *Princípios de Direito Processual*, 2ª edição, 1932, *apud op. cit* in nº 17 dessas notas, p. 236 e seguintes.

24 Jurisprudência do STF e do STJ extraída *apud op. cit* in nº 4 dessas notas, p. 42.

Quid juris se o Promotor de Justiça não mais estiver em exercício no juízo? Não me parece haja qualquer dificuldade para a solução do impasse criado, resolvendo-se a questão mediante providências encetadas entre o promotor em exercício e o autor da denúncia, tudo com pleno conhecimento do juiz da causa, ficando, nos autos, documentadas todas as diligências efetivadas com o fito de suprir a omissão e preservar a acusação.

Sob a assinatura constará a identificação do órgão de atuação do Ministério Público, contendo o nome e a indicação do cargo (Promotor de Justiça e, em certos casos de atribuição privativa, do próprio Procurador-Geral de Justiça).

Quando a inicial deva estar firmada por determinado Promotor de Justiça, como ocorre no processo penal falimentar, a função específica terá, também, que ser declinada. Explico-me: no procedimento especial dos crimes falimentares, a ação penal será intentada pelo órgão do Ministério Público que exercer a Curadoria da Massa Falida (art. 504, do CPP). Aliás, por expressa disposição legal, o Curador de Massas Falidas deverá funcionar em todo o decorrer do processo (art. 504, do CPP).

Qual membro do Ministério Público pode officiar em determinado feito criminal?

Somente o Promotor de Justiça dotado de atribuição para tanto. Reveste atribuição para officiar no processo criminal o membro do *Parquet* lotado ou designado pela Chefia do Ministério Público para tal finalidade, **nos limites traçados pela lei**, valendo notar que os membros da Instituição gozam da garantia constitucional de inamovibilidade (art. 128, § 5º, I, b, da CF). Cumpre observar que eles somente poderão ser afastados por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado (Conselho Superior do Ministério Público) por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa (art. 15, VIII, da Lei 8625, de 12.2.93 – LONMP^{24-A}). Por outro lado, diante de caso concreto, o afastamento se dará em consonância com os arts. 252, 253 e 254 c/c 258 do CPP, nas hipóteses de impedimento ou suspeição.

Pode a denúncia ser assinada por estagiário do Ministério Público?

A petição inicial firmada por estagiário do *Parquet*, ainda que concursado, não pode merecer admissão, tendo em conta que as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, por expressa disposição constitucional (art. 129, § 2º da CF).

O Pretório Excelso, chamado a pronuncia-se sobre o tema, **antes** da vigência da atual Constituição Federal, manifestou-se pela validade da peça acusatória, desde que dela constasse, igualmente, a assinatura do Promotor de Justiça²⁵.

Na verdade, mesmo na atualidade, desde que a denúncia venha firmada pelo Promotor de Justiça, não me parece haja motivo para invalidá-la, embora dela também conste a assinatura de estagiário.

Outra novidade, com que me deparei mais recentemente no exercício da Procuradoria de Justiça, e que suscitou controvérsias no Tribunal de Justiça/RJ, consiste na denúncia assinada por dois Promotores. A defesa, por várias vezes, argüiu a nulidade da inicial em razão daquela circunstância. Não vejo motivo sério

24-A Para um exame completo da origem do conceito de "Promotor Legal", veja-se, por todos, ROGÉRIO LAURI TUCCI in *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, p. 146 e seguintes, Editora Saraiva, São Paulo, 1993.

25 Jurisprudência coletada do STF, in HC 64701, 2ª Turma, em 28.4.87, DJU 22.5.87, p. 9755, *apud op. cit.* in nº 04 destas notas, p. 42.

para a impugnação, desde que ambos (ou pelo menos um deles!) sejam dotados de atribuição. O Superior Tribunal de Justiça, ao discutir o tema, da mesma forma, considerou válida a denúncia subscrita por dois Promotores de Justiça²⁶.

13. O requerimento de suspensão condicional do processo.

A Lei 9099/95, entre outras inovações, criou um instituto de despenalização, conhecido como suspensão condicional do processo ou *sursis* processual.

Pois bem: desde que satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos no art. 89 da Lei 9099/95, o Ministério Público, juntamente com o oferecimento da denúncia, poderá propor a suspensão do processo por dois a quatro anos. Dessa forma, em 181 crimes previstos somente no Código Penal²⁷, quando da oferta da inicial, o Ministério Público, se for o caso, proporá a suspensão condicional do processo. Em caso contrário, deverá fundamentar a negativa. A doutrina, em sua maior parte, tem considerado a suspensão provisória um direito do acusado, não configurando sua oferta mera faculdade do Ministério Público (apesar do “poderá” constante do art. 89). Porém, casos ocorrerão em que a proposta de suspensão do processo não haverá, desde logo, de ser apresentada pelo Ministério Público. Tal se dá quando o processo não se encontra suficientemente instruído, não ensejando ao Promotor saber se o denunciado atende aos requisitos subjetivos do art. 89. Assim, pode ocorrer que, em razão da pena mínima abstrata não superior a um ano, o denunciado faça jus ao *sursis* processual, mas que não haja prova nos autos de que o acusado não está sendo processado por outro crime, de que não tenha sido condenado em razão de outro crime ou, ainda, que não estejam presentes outras condições do *sursis* processual indicadas no art. 77 do CP.

Dependendo, evidentemente, de cada caso concreto, o Ministério Público não estará obrigado à proposta, pois, como é notório, os inquéritos costumam chegar a juízo precariamente instruídos, embora aptos para o oferecimento da denúncia. Em tal hipótese, parece-me que o Ministério Público se verá no direito de exigir o atendimento das diligências que entender cabíveis, condicionando o seu cumprimento à formulação ou não da proposta de suspensão. Para tanto, basta auscultar o art. 399 do CPP.

O direito subjetivo à suspensão do processo, como todo o direito, não reveste caráter absoluto, e somente se fará presente se e quando o denunciado satisfizer **todos** os ditames do art. 89 da Lei 9099/95.

É muito comum que a denúncia seja acompanhada de requerimento no sentido da juntada da folha de antecedentes criminais (FAC) com vistas à proposta de suspensão. Nada mais certo.

Assinale-se, por oportuno, que o grande interessado na produção de tal prova é o próprio denunciado, cabendo também a ele o ônus de provar que não está sendo processado por outro crime ou de que não tenha sido condenado em razão de outro crime. Não se pode exigir do acusador a produção de uma prova negativa. Isto não o exime de, igualmente, empenhar-se na busca da informação, pois, repita-se até a náusea, ao Ministério Público só interessa a realização de um processo justo.

²⁶ Jurisprudência coletada do STJ, in RHC 1465, 5ª Turma, DJU, 16.3.92, p. 3103, *apud op. cit.* in nº 04 destas notas, p. 42.

²⁷ Relação das infrações penais descritas no Código Penal que admitem a suspensão condicional do processo em razão do mínimo da pena abstratamente cominada, extraída da *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, pp. 94 a 100, Editora Saraiva, 1995.

A providência requerida pelo Ministério Público em tais circunstâncias nada tem a ver com a presunção de inocência do réu (que vale até a fase da condenação) mas sim com o devido processo legal, perfeitamente instruído, de maneira a propiciar provimentos jurisdicionais justos.

Nem se alegue, em prol da argumentação contrária, a presença da regra constante do art. 47 do CPP, que daria ao Ministério Público o poder de **requisitar diretamente** a documentação faltante. Sabe-se que o aludido dispositivo sempre foi letra morta por falta de infra-estrutura do *Parquet* que, ainda, não dispõe de secretaria própria para tal fim e, mesmo que tal se desse, não teria sentido deixar de oferecer denúncia enquanto aqueles documentos não fossem fornecidos, pois eles não assumem o caráter de condição da ação, seja ela genérica, seja ela específica. O interesse na perfeita instrução do feito, antes de tudo, é do Estado, *y compris* o Estado-juiz. Daí o cuidado do legislador ao dispor, de forma sábia, a regra do art. 399 do CPP.

14. A denúncia oral.

A regra geral é a de que a denúncia, como petição inicial da ação penal pública, seja escrita. Porém, com o advento da Lei 9099/95, criou-se uma nova modalidade de exordial: a denúncia oral (art. 77, *caput*, e § 3º).

Na fúria incontida de imprimir velocidade ao processo, própria da Lei 9099/95, admitiu-se que uma peça da relevância de uma inicial de acusação pudesse ser ofertada oralmente. Ela terá como suporte fático o termo circunstanciado (art. 69 da Lei 9099/95) e, uma vez oferecida, o procedimento seguirá o *iter* previsto no art. 78 e seguintes da Lei dos Juizados Especiais Criminais. É evidente que o legislador, sentindo a precariedade da denúncia oral, manda que ela seja reduzida a termo (art. 78). Ora, reduzir a termo significa pôr por escrito o que foi dito oralmente. Isto quer dizer que a denúncia oral, no regime da Lei 9099/95, é ... escrita. Cópia dela é entregue ao acusado que, com ela, ficará citado (art. 78). O grave problema para o Ministério Público consiste nas limitações que o termo circunstanciado pode apresentar, sob o aspecto redacional, como base probatória para a acusação, obrigando, muitas vezes, o Promotor de Justiça a fazer verdadeiros malabarismos para poder ofertá-la.

15. O sujeito passivo da relação processual.

Sabe-se que, na fase do inquérito policial, a pessoa que a ele responde merece a designação de indiciado. É assim que a denomina a própria lei (art. 6º, V, do CPP). Em outras peças de informação que possam servir de base para a acusação, a nomenclatura pode, igualmente, merecer adoção, muito embora o Código tenha usado o termo quando voltado, de forma especial, para o inquérito policial (Livro I, Título II). Porém, como as duas situações guardam relação com a fase pré-processual, não haverá inconveniência no uso do vocábulo em ambos os casos. No fim de contas, o indiciado nada mais é que uma pessoa apontada como portadora de indícios da prática de uma infração penal.

Nos processos de competência do JECRIM, alude-se, nesta fase, ao “autor do fato” (art. 69 da Lei 9099/95).

Durante o processo reina grande balbúrdia terminológica quanto se trata de emprestar nome para o sujeito passivo da demanda.

Em boa técnica, aquele que responde a uma ação penal (ou civil) chama-se réu. A clássica definição de BULGARO, datada da segunda metade do século XII, ainda permanece válida, podendo ser resumida na conhecida fórmula *iudicium est actus trium personarum: actoris, rei, iudicis*²⁸⁻²⁹.

28 ROMANO DI-FALCO, *Corso*, p. 173, *apud* A *Relação Processual Penal*, HÉLIO TORNAGHI, p. 188, Livraria

Assim, o réu, às vezes, é indicado como denunciado, outras tantas por acusado, havendo, mesmo, na doutrina, referência à palavra imputado [do latim *imputazione* (substantivo) e *imputare* (verbo), significando a inculpação de alguém^{29-A}.]

Não há razão para grandes tormentos em relação ao tema, podendo aquelas designações ser admitidas, embora, repita-se, aquele contra quem é intentada uma ação penal, para usar técnica mais adequada, chama-se réu.

No campo da ação privada, adota-se a palavra querelante para indicar a pessoa legitimada a intentá-la e querelado aquela contra quem a ação é movida.

Igual designação esposou a lei processual penal ao versar sobre a queixa subsidiária (art. 29 do CPP). Aqui, como já tivemos a oportunidade de salientar em outra ocasião, a ação penal é pública, parecendo-me equívoca a maneira com que o tema vem sendo tratado por boa parte da doutrina, ao classificar a ação privada subsidiária da pública como se fora uma ação privada³⁰.

O sujeito passivo do processo recebe a designação de querelado quer na ação de iniciativa privada, quer na queixa subsidiária, embora o art. 29 do CPP faça referência expressa somente ao querelante. São velharias que devem ser escoimadas do processo mas que sobrevivem, muitas delas com respaldo na própria lei.

16. Re-ratificação e aditamento da denúncia.

A denúncia omissa pode ser re-ratificada ou aditada. A chamada re-ratificação da inicial, muito comum no dia-a-dia do foro, na realidade não está prevista em lei. Ela é muito usada, por exemplo, quando um processo vem remetido de um juízo para outro. Neste último, o Promotor de Justiça dotado de atribuição ratificará ou re-ratificará a inicial ofertada no juízo incompetente, pois só ele detém atribuição para tanto, não se vinculando, necessariamente, à *opinio delicti* externada por seu colega (Promotor ou Procurador da República). Cabe, igualmente, ao juiz da causa receber a inicial re-ratificada, pois, também ele, não se prenderá à manifestação jurisdicional do magistrado havido por incompetente. Após, ensejará vista ao réu para que se pronuncie sobre a re-ratificação da inicial. A questão, ventilada aqui em termos bem singelos, comporta algumas nuances e nem sempre se resolverá da forma simplista acima versada, pois bem pode ocorrer que, em razão de decisão de um conflito de competência ou de jurisdição, tanto o Ministério Público como o juiz estejam vinculados à decisão emanada de instância superior.

Já o aditamento é tratado no CPP, quer quando se ocupa da ação privada (arts. 45, 46 § 2º e 48 do CPP), quer no momento em que versa a respeito da queixa subsidiária (art. 29 do CPP). No título da sentença (XII do Livro I) volta o legislador a ocupar-se do aditamento (art. 384, parágrafo único, do CPP). Não será aqui a sede indicada para tecer crítica ao infeliz, incompleto e pouco técnico tratamento que o tema encontrou em nossa lei processual³¹.

Jacinto, Editor a Noite, Rio de Janeiro.

29 O texto completo de BULGARO a respeito da “mais completa definição de processo”, na opinião de TORNAGHI, pode ser encontrado em FERRARA, *La Nozione dei rapporti processuale*, p. 3: *iudicium accipitur actus ad minus trium personarum: actoris intendente, rei intentionem evitandis, iudicis in medio cognoscentis, apud op. cit.* in nº 28.

29-A AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 750.

30 O assunto viu-se versado com maior vagar em meu estudo “A Queixa subsidiária - Questões Controversas”, in *Revista da AJUFE (Associação dos Juízes Federais)*, nº 62, 1999, p. 91 e seguintes.

31 O eventual interessado encontrará exame detalhado da matéria em diversos artigos de doutrina em que me ocupei do assunto. Podem ser consultados, entre outros: “Revisitando o aditamento à queixa” in *Revista de Direito da Defensoria Pública-RJ* nº 15, 1999, p. 246 e seguintes e “A presença do Ministério

Aditar significa crescer, somar, pôr a mais.

A primeira forma de aditamento destina-se a suprir omissões da inicial (art. 569 do CPP). Aqui não se trata da inclusão de fato novo capaz de modificar a *causa petendi*. Igualmente em tal modalidade de aditamento não se tem em vista acrescentar um novo réu. Na realidade, a providência reveste a finalidade de aperfeiçoar a inicial incompleta. Abrange, apenas, formalidades secundárias ou incorreções que podem e devem ser supridas até a sentença. De qualquer maneira, complementada a inicial, o juiz deverá receber o aditamento, ensejando, igualmente, que, sobre ele, se pronuncie o acusado. Embora omissa, a primitiva inicial não podia ser havida como inepta, pois não eivada de nulidade. Sofria de imperfeição, que se corrige com o aditamento. No foro fala-se em re-ratificação da denúncia em tal hipótese.

Porém, o aditamento pode envolver questão relevante, alterando a própria imputação. É o chamado aditamento objetivo. Suponha-se que a denúncia descreva um furto simples quando, na realidade, a infração penal estampada nos autos revela a ocorrência de um crime qualificado. Pense-se, ainda, na inclusão de um co-réu de quem não cogitara a exordial de acusação. Aqui dar-se-á o aditamento subjetivo³².

Nas duas últimas situações processuais, o aditamento, igualmente, terá que ser recebido pelo juiz da causa, impondo-se, ainda, a citação bem como o interrogatório do réu.

Da mesma forma, poderá o acusado, caso assim deseje, produzir prova no objetivo de ilidir a nova acusação decorrente do aditamento.

A lei não previu recurso específico para a decisão que rejeita o aditamento no todo ou em parte. Entendo, porém, que o recurso cabível será o do art. 593, II do CPP, uma vez que não se concebe que uma manifestação jurisdicional de tal relevância fique despida de enfrentamento. Tal solução não é pacífica, parecendo a muitos que será possível, por invocação analógica (art. 3º do CPP), valer-se o sucumbente do recurso no sentido estrito cogitado no art. 581, I do CPP. Esta última colocação não me sabe como a mais adequada, partindo da colocação de que a enumeração do art. 581 é taxativa, não admitindo ampliação. Tanto a doutrina como a jurisprudência estão divididas, valendo o registro de que o próprio Supremo, em data recente, já decidiu no sentido de ser exemplificativa a enumeração constante do art. 581 do CPP³³.

17. Rejeição e recebimento da denúncia.

A regra geral em matéria recursal vem contida no art. 581, I, do CPP. Contra a decisão que rejeita a inicial cabe recurso no sentido estrito.

Leis especiais, no entanto, indicam a apelação como o recurso cabível contra a decisão que rejeita a denúncia. É o caso, *v.g.*, da Lei de Imprensa (5250, de 09.2.67, art. 44 § 2º), bem como o da Lei 9099, de 26.9.95 (art. 82). Da decisão que recebe a inicial, em regra, não há recurso. Poderá a parte agravada, quando muito, impetrar, *habeas corpus* (art. 648 do CPP) caso, por exemplo, falte justa causa para a ação penal, quando o processo for **manifestamente** nulo ou, ainda, quando extinta a punibilidade do fato.

A Lei de Imprensa, no entretanto, apresenta a peculiaridade de prever o recurso em sentido estrito contra a decisão que recebe a exordial, **sem suspensão do curso do processo** (art. 44, § 2º, *in fine*).

Público na Ação Penal Privada”, in *Justitia*, órgão do Ministério Público de São Paulo, nº 101, 1978, p. 31 e seguintes.

32 O tema encontra-se versado com maiores cuidados em meu estudo referido in nº 30 destas notas.

33 Jurisprudência do STF, por ocasião do julgamento do HC 75.798, da 2ª Turma, de 23.3.98, in Informativo do STF, 104/2, abr. 1998, *apud op. cit.* in nº 4, dessas notas, p. 408.

18. Prazo para o oferecimento da denúncia.

A norma padrão estabelece que o prazo para oferecimento da acusação por parte do Ministério Público encontra indicação no art. 46 do Código de Ritos.

O excesso de prazo por parte do *Parquet* não traz para o processo qualquer nulidade, porém reveste conseqüências práticas. Se o indiciado estiver preso, poderá impetrar *habeas corpus* (art. 648, II do CPP) no sentido de responder solto ao feito criminal. Da mesma forma, dá ensejo à propositura da queixa subsidiária por parte do legitimado para agir (art. 29 do CPP). Pode, inclusive, trazer conseqüências de natureza administrativa e disciplinar para o acusador desidioso (art. 801 do CPP).

Quando a lei dispuser de forma contrária ao que estabelece o art. 46 do CPP, ela o dirá expressamente. É sabido que, em tudo o que não é regulado por lei especial, o Código de Processo Penal tem aplicação subsidiária. Assim, desde que a norma especial não contenha preceito exposto a respeito do prazo para ofertamento da denúncia, terá plena vigência o art. 46 do CPP.

Este um singelo *approach* sobre algumas noções básicas que devem nortear a denúncia.

**Publicado originalmente na Revista nº 16 jul./dez 2002, p. 187.*

A QUESTÃO DO PROMOTOR *AD HOC* ¹⁻²

SERGIO DEMORO HAMILTON*

1. O estudioso das questões relacionadas com o Ministério Público ou, ainda, aquele dotado de razoável conhecimento do direito processual, há de estranhar, por certo, que um *thema* jurássico volte a merecer a atenção do escriba, quando tantos outros assuntos atuais, realmente interessantes, estariam a demandar exame e meditação. Mas como viver é a arte de enfrentar desafios (por mais absurdos que eles se apresentem!) vejo-me forçado a examinar a matéria, analisando-a, agora, sob um prisma que, até onde vai o meu conhecimento, ainda não se viu focalizado pela doutrina e pela jurisprudência que se ocuparam do assunto.

2. Qual a razão da atualidade do tema jurídico?

É uma indagação natural, que encontrará sua razão de ser, principalmente, por parte dos membros do Ministério Público de outros Estados, onde, há séculos, o assunto encontra-se sepultado para todo o sempre.

O motivo é bem provinciano; localizado, de forma específica, no Estado do Rio de Janeiro, onde, recentemente, ressurgiu, com integral apoio do Sr. Desembargador Corregedor-Geral da Justiça, através do Aviso de nº 227/97, que chegou a vigorar por certo tempo, até que fosse desconstituído através de medida liminar concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Sr. Procurador-Geral da República, Dr. **Geraldo Brindeiro**, perante o Supremo Tribunal Federal, com fulcro em representação oferecida pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, onde se logrou demonstrar o caráter normativo do ato impugnado bem como a sua manifesta inconstitucionalidade, salientando-se, na oportunidade, a premente necessidade de que fosse suspensa a sua eficácia até o julgamento final da ação. Distribuída a ação ao relator, o Exmo. Sr. Ministro Sidney Sanches, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 15 de dezembro de 1997, em **votação unânime**, deferiu a cautelar “para suspender, com eficácia *ex nunc*, até final julgamento da ação, a execução e aplicabilidade ... do segundo parágrafo do Aviso nº 227/97, da Corregedoria-Geral da Justiça, que estatui a **ilegal nomeação de Promotor *ad hoc***”.

3. Vamos, pois, para perfeito entendimento, à gênese dos fatos que originaram toda a celeuma. Determinado juiz, de comarca interiorana, alegando que “por causa de problemas familiares e de saúde, a ilustre Promotora Criminal vem se ausentando das audiências ou chegando atrasada”, oficiou ao Sr. Presidente da Subseção da Ordem dos Advogados local, solicitando a indicação de nomes de “alguns advogados” para que, colaborando com o Poder Judiciário, pudessem servir no exercício da função de Promotor *ad hoc*.

* Sergio Demoro Hamilton é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro; Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula, Professor Convidado da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - FEMPERJ; ex-Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis - RJ, ex-Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho - RJ e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. 1 Trabalho concluído em 07.02.98.

2 O presente trabalho é dedicado ao ilustre Promotor de Justiça, Dr. Romero Lallemand Lyra, por sua marcante atuação na defesa dos superiores objetivos do Ministério Público.

A questão não ganharia maior repercussão e, certamente, encontraria, mais cedo ou mais tarde, solução prática e jurídica, não fosse o destaque que lhe foi emprestado pelo Sr. Desembargador Corregedor-Geral de Justiça, que houve por bem publicar, na íntegra, o malsinado despacho do Dr. Juiz, ocupando o expediente em questão quase uma página inteira do Diário Oficial de 18 de setembro de 1997 (pág. 24, da Parte III, do DOERJ).

Antes de examinar o aspecto estritamente jurídico que a nomeação de Promotor *ad hoc* enseja, há que merecer análise a decisão do Dr. Juiz que deu origem ao grave problema que atingiu, de perto e de forma tão grave e ofensiva, a Instituição do Ministério Público. Na manifestação jurisdicional em exame, o Dr. Juiz afirma que a ilustre Promotora de Justiça “vem se ausentando das audiências ou chegando atrasada”, causando com tais fatos “um transtorno muito grande” ao funcionamento da Vara. Desde logo, incumbe fazer um severo reparo àquela decisão. É dever do juiz, ao fazer tão grave acusação a alguém, especificar os processos onde se deu a falta funcional, indicando, do mesmo passo, o número do feito em que o fato se efetivou. Não se imputa a alguém grave falta funcional, que pode acarretar sérias conseqüências para a Promotora de Justiça, com a alegação genérica que integra a decisão. Se até um réu, em processo criminal, tem direito de conhecer a imputação contra ele dirigida, de forma certa e determinada, que dizer da mera falta funcional de uma Promotora de Justiça? Não se quer afirmar, aqui, que os fatos não tenham ocorrido. Este é um problema a ser examinado pela Corregedoria do Ministério Público. Porém, o que se critica é a maneira vaga e indeterminada com que a gravíssima acusação foi tratada no despacho em questão.

Outra providência estranha tomada naquele despacho reside no fato de que não houve da parte do Dr. Juiz (ou se tal ocorreu, o expediente publicado no D.O. a ele não faz menção) qualquer comunicação prévia à Corregedoria do Ministério Público, e, muito menos, que se tenha tentado a substituição tabelar *ad hoc*, até que o problema ganhasse deslinde. Não! Optou o magistrado pelo esdrúxulo caminho de oficiar, desde logo, à Subseção da Ordem dos Advogados local, pedindo a indicação de nomes de alguns advogados para exercer a função de Promotor *ad hoc*, quando um simples *fax* à Corregedoria do Ministério Público acarretaria pronta resposta e imediata solução para o caso, apesar do brutal déficit existente no quadro de Promotores de Justiça de nosso Estado (há, no momento, perto de 100 vagas não preenchidas, apesar dos sucessivos concursos!).

Feitos tais reparos ao despacho que deu margem ao problema, é chegado o momento de examinar a questão de fundo, que se resolve com a resposta à seguinte indagação: é legal, à luz da Constituição Federal, a nomeação de Promotor *ad hoc*?

4. A Constituição Federal de 1988 erigiu o Ministério Público entre as Funções **Essenciais** à Justiça (Título IV, Capítulo IV, Seção I, arts. 127 a 130, destaque meu).

A questão ontológica que se põe repousa, unicamente, no conceito que o vocábulo **essencial** encerra.

Que é uma função essencial? Pode ela ser postergada?

Vou, por primeiro, examinar o conceito de essência, partindo do escólio vernacular que o termo apresenta.

Ensinam os dicionários:

“**Essência**, *s.f.* O que constitui a natureza das coisas, substância...³

Essencial, *adj.* 2 gêns. Indispensável, necessário...⁴

Essência [Do latim *essentia*] *s.f.* 1. Aquilo que constitui a natureza das coisas, substância... 5. O que constitui o cerne de um ser; natureza...⁵

Essencial [Do lat. *essentiale*]. *Adj.* 2 gêns. 1. Relativo a essência. 3. Indispensável, necessário, importante. 4. O ponto mais importante; fundamental.⁶

Portanto, a simples análise do substantivo (essência) e do adjetivo (essencial), à luz do significado dos vocábulos, tal como ditam os dicionários e preleciona o léxico, está a demonstrar que aquilo que é essencial não pode ser posto de lado. Por integrar a natureza das coisas, essencial é tudo aquilo que não pode ser dispensado, contrapondo-se, assim, àquilo que é acidental.

É por tal razão que o Ministério Público integra o Título IV da Constituição Federal que se ocupa da Organização dos Poderes, eles também essenciais à existência da União, vista como entidade de Direito Público interno, dotada de órgãos próprios, entre os quais se incluem seus Poderes Públicos (art. 2º, da Constituição Federal). Sem constituir um Poder, o Ministério Público recebeu da *Lex Legum* tratamento assemelhado ao deferido aos Poderes. Daí a sua essencialidade.

A obrigatoriedade da presença do Ministério Público no processo em que deva atuar tem, assim, o caráter de norma imperativa, de *ius cogens*, de maneira que não é lícito derogá-la, para nenhum fim, justamente porque a Lei Maior assim dispôs.

Pensar em contrário será assumir, quando da aplicação das normas jurídicas, uma posição filosófica utilitarista, imprimindo às normas um valor relativo, mesmo quando emanadas da própria Constituição. Com efeito, o sistema utilitário tende a negar que o direito tenha um fundamento absoluto, por identificar o justo com aquilo que momentaneamente é útil. Tal sistema, delineado em sua forma primitiva pela Escola Hedonista (fundada por **Aristipo de Cirene**) e desenvolvida de forma mais ampla por **Epicuro**, veio a encontrar grande acolhida na moderna filosofia inglesa, particularmente através do pensamento de **Bentham**, **Stuart Mill**, **Darwin** e **Spencer**.⁷

Bentham⁸ chegou, mesmo, a reduzir o sentimento e o ideal de justiça ao mero cálculo individual de utilidade.

Nessa ordem de idéias, considerar o Ministério Público como função essencial à justiça, tal como o define a Constituição Federal, seria mera designação pomposa mas destituída de qualquer sentido teórico ou prático. Seria um verdadeiro *flatus vocis* da Lei Maior.

3 **Francisco da Silveira Bueno**. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*, Ministério da Educação e Cultura, 9ª edição, 2ª tiragem, 1975, pág. 529.

4 **Francisco da Silveira Bueno**. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*, Ministério da Educação e Cultura, 9ª edição, 2ª tiragem, 1975, pág. 529.

5 **Aurélio Buarque de Holanda Ferreira**, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª edição, Editora Nova Fronteira, pág. 574.

6 **Aurélio Buarque de Holanda Ferreira**, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª edição, Editora Nova Fronteira, pág. 574.

7 **Giorgio del Vecchio**, *Filosofia del Derecho*, Barcelona, 1953, pág. 511.

8 **Jeremias Bentham**, *apud op. cit.*, in nº 05, pág. 513.

E foi dentro dessa equivocada ótica utilitária que agiu o Dr. Juiz. O Promotor de Justiça não pode comparecer à audiência? Não há problema. Nomeia-se um advogado para desempenhar suas funções e o processo tem andamento.

Mas não é bem isto o que diz a Constituição de 1988. Para a Lei Suprema a presença do Ministério Público é **indispensável** por tratar-se de função **essencial** à Justiça.

A questão é, pois, ontológica e não comporta, **em caso algum**, solução diversa, desde que se faça perfeita distinção entre aquilo que é acidental e aquilo que reveste caráter de essência.

Tal colocação do *thema*, por si só, seria **prejudicial** da análise de outros assuntos que a nomeação de Promotor *ad hoc* envolve. Porém, eles também serão aqui examinados, de maneira a ensejar, na medida do possível, uma análise mais ampla da matéria.

Cabe, por fim, uma indagação que, certamente, aguçará o espírito do homem prático: *quid iuris* se, por qualquer circunstância, ocorrer a ausência do Promotor de Justiça?

A resposta parece-me de rara singeleza. Além da substituição **legal** momentânea, incumbirá ao juiz oficial à Corregedoria do Ministério Público buscando solução para o problema. Quando uso o verbo oficial, é bom que fique claro que a comunicação, se urgente, se faça via *fax* ou por meio de telefone. Era o caminho simples, sem dúvida, que o Dr. Juiz deveria ter tomado no caso que originou o teratológico “Aviso” da Corregedoria-Geral da Justiça.

5. Como ficou assinalado, se consideramos a presença do Ministério Público nos processos como função **essencial** do Estado para a realização de justiça, nada mais precisará ser dito para afastar a sinistra figura processual do Promotor *ad hoc*. Porém, outras, muitas outras, questões podem ser postas em exame em relação ao assunto de maneira que fique demonstrado, de uma vez por todas, o seu banimento do nosso ordenamento jurídico.

6. Tomo por base, para tanto, a manifestação do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, de 30-10-97, pág. 31. Ali, em nota por mim redigida, destaquei os aspectos legais e doutrinários mais relevantes que impedem a nomeação de Promotor *ad hoc*.

O primeiro deles – e o mais óbvio de todos! – decorre de disposição emanada da Constituição Federal que estabelece em seu art. 129, parágrafo 2º, que as funções do Ministério Público **só** podem ser exercidas por integrantes da carreira.

A norma é cristalina, dispensando, por si só, exame mais acurado. Bastaria dizer: *interpretatio cessat in claris*, locução latina tão adequada para a hermenêutica do dispositivo Constitucional invocado.

O preceito da Constituição Federal acarreta, de pronto, duas conseqüências processuais básicas. Elas foram postas em relevo em parecer do então Promotor de Justiça, Dr. **Márcio Klang**, e dizem respeito à ilegitimidade *ad causam* e *ad processum* do promotor *ad hoc*⁹, bem antes do advento da atual Constituição.

Como combater, então, a questão no campo estritamente processual?

Parece-me que a via processual adequada para o afastamento da esdrúxula figura seria a da exceção processual contemplada no art. 95, IV, do C.P.P., que trata da exceção de ilegitimidade de parte.

9 **Márcio Klang**, parecer publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 08, 1978, pág. 128, item 09.

Haveria, ainda, maneira mais eficiente e rápida, através do trancamento da ação penal pela via sumária do *habeas corpus* (art. 648, VI, do C.P.P.), tendo em conta o mandamento legal insculpido no art. 564, II, do C.P.P.

É bom que fique registrado que o atual Corregedor-Geral da Justiça, muito antes da Constituição Federal de 1988, mais precisamente dez anos antes, quando Procurador de Justiça perante a 1ª Câmara Cível do II Tribunal de Alçada, já assinalara, em parecer prolatado na apelação cível de nº 13.568, originária de Parati, o seguinte:

(*omissis...*)

“6. Nulidade Danosa à Ordem Constitucional:

Nomeação de Promotor *ad hoc*.

Nulo o processo, também, a partir da audiência de instrução e julgamento, de fls. 118/123, ainda que desprezada a prejudicial precedente. A caricatura, *d. venia*, de “Promotor *ad hoc*” está **definitivamente** banida da ordem constitucional, que prevê a forma de investidura dos membros do Ministério Público.

Já se foram os tempos do império da Carta de 1937. Funcionou indevidamente um pretenso “Promotor de Justiça *ad hoc*”, e mesmo que legal fosse, para se argumentar – e pelo sabor da argumentação – persistiria a nulidade pela ausência do termo de investidura (fls. 118).

Trata-se de **nulidade absoluta**, não convalidada pela fala de fls. 140.

Nesse ponto subscrevemos as bem lançadas razões do ilustrado Promotor de Justiça de primeira instância (fls. 219/222 – destaques do autor do presente trabalho doutrinário)

Ass. Ellis Hermydio Figueira, em 19.9.78.”¹⁰

Como de fácil observação, após a vigência da Constituição Federal de 1988, o douto Corregedor-Geral da Justiça mudou, radicalmente, de posição doutrinária, não mais considerando “**definitivamente banida da ordem constitucional**” a figura caricata do Promotor *ad hoc*.

7. Mas não é só. Muito há, ainda, para ser dito. A figura herética do Promotor *ad hoc* viola frontalmente o princípio do promotor legal, afirmado pelo plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do histórico julgamento do *Habeas Corpus* de nº 67.759-2-RJ. Com efeito, o “promotor natural” é decorrência iniludível de três tópicos do tratamento que a Instituição do Ministério Público recebeu da Constituição Federal de 1988. O primeiro deles consiste na garantia da inamovibilidade dos seus membros (art. 128, parágrafo 5º, I, b); o outro assegura a independência funcional dos integrantes do *Parquet* (art. 127 parágrafo 1º); por fim, um terceiro, de caráter genérico, que versa a respeito da garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV), pelas implicações que guarda com o princípio do juiz natural.

¹⁰ Parecer publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, volume 08, 1978, págs. 101/102, item 06.

Deste conjunto de normas exsurge que o membro do Ministério Público não pode ser afastado do exercício da sua função, salvo por motivo de interesse público (art. 38, II, da Lei nº 8.625, de 12.02.93), contemplando a lei apenas uma exceção ao princípio do Promotor Legal, quando assegura ao Procurador-Geral (e somente a ele), “por ato excepcional e fundamentado”, exercer as funções afetas a outro membro da Instituição, assim mesmo ficando obrigado a submeter, **previamente**, sua decisão ao Conselho Superior do Ministério Público (art. 10, IX, “g” da LONMP). Ora, se tal se dá em relação ao próprio Procurador-Geral de Justiça, que dizer da “autorização” dada por um estranho aos quadros do *Parquet* para exercer as funções ministeriais?

É preciso ter em conta que as garantias que cercam a Instituição têm por fim assegurar o devido processo legal, resguardando o cidadão de um acusador de encomenda, destituído de independência funcional. Para usar uma expressão muito em voga na atualidade, em que se discutem no Congresso Nacional a reforma administrativa e a reforma previdenciária, não se trata de privilégio do Ministério Público, mas, ao revés, de garantia do próprio cidadão.

Como bem assinalou o Superior Tribunal de Justiça, por sua Sexta Turma, em recente decisão (24-10-95), quando do julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança (nº 0005867), “o Promotor ou Procurador não pode ser designado sem obediência ao critério legal, a fim de garantir julgamento imparcial, isento. Veda-se, assim, a designação de Promotor ou Procurador *ad hoc*, no sentido de fixar prévia orientação, como seria odioso indicação singular de magistrado para processar e julgar alguém. Importante, fundamental é prefixar o critério de designação. O réu tem direito público subjetivo de conhecer o órgão do Ministério Público, como ocorre com o Juízo Natural.¹¹

Aliás, quando do pronunciamento do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça – RJ, resultou assinalado tal aspecto que a matéria envolve, ao dizer-se que todo cidadão dispõe de direito público subjetivo de conhecer, **previamente**, o órgão do Ministério Público que irá acusá-lo ou que oficiará no feito, até mesmo para impugná-lo pela via processual adequada.

Com efeito, poderá o imputado, através da exceção de suspeição, pugnar pelo afastamento do órgão do Ministério Público, nos exatos termos dos arts. 95, I, 104, 258 c/c 254, todos, do C.P.P. Aliás, as regras processuais em tela são normas perfeitas que, uma vez inobservadas, conduzem à nulidade absoluta do processo (art. 564, I, segunda parte do C.P.P.).

Por sinal, com maior abrangimento que a suspeição, seria o próprio impedimento argüido em relação ao membro do Ministério Público, por força do que dispõem os arts. 258 c/c 252 do C.P.P., uma vez que, ao contrário daquela, o impedimento apresenta natureza objetiva.

8. Outro ângulo a merecer registro toca de perto com a violação do princípio da inércia, inerente à jurisdição.

Na realidade, seria odioso para o magistrado indicar profissional da área jurídica com a finalidade de processar alguém ou mesmo para atuar como *custos legis*, violando, com tal procedimento, as funções institucionais do Ministério Público contidas no art. 129, I, da Constituição Federal. Na realidade, estaria o juiz comprometendo, seriamente, a sua imparcialidade, que o princípio da inércia da jurisdição tem por finalidade resguardar.

¹¹ “Jurisprudência Informatizada Saraiva”, (09) Juis, pág. 01.

Como bem assinalam os professores **Geraldo Batista de Siqueira, Jorge Gabriel Moisés e Myrthes de Almeida Guerra Marques**, a indicação de Promotor *ad hoc*, no regime atual, estaria exumando, por via oblíqua, a ação penal *ex officio*¹², criando, no mínimo, uma situação hilariante, caso o arremedo de Promotor viesse a requerer o arquivamento do inquérito policial. Em ocorrendo a discordância do juiz em relação à posição assumida pelo “promotor”, como o permite o art. 28 do C.P.P., como ficaria a posição do Procurador-Geral, uma vez que o ato impugnado se deu por profissional estranho ao Parquet e, portanto, não sujeito à sua fiscalização?

9. Mas prosseguir é preciso.

Parece-me que o exercício da Promotoria *ad hoc* revela-se incompatível com a atividade da advocacia, já que o advogado exerce ministério **privado** (art. 2º, parágrafo 1º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei nº 8.906, de 04.7.94), buscando decisão favorável ao seu constituinte (art. 2º, parágrafo 2º), não estando, *ipso facto*, a persecução criminal incluída na atividade da advocacia (art. 3º, parágrafo 1º).

Note-se que, mesmo nos crimes de ação privada, o advogado atua como representante judicial da parte e não como parte autora.

Portanto, no meu entendimento, não está o advogado legalmente obrigado a aceitar o múnus acusatório ou de fiscal da lei, por não lhe incumbirem tais funções estatais.

10. Porém, a questão pode assumir contornos mais graves. Refiro-me à prática do crime de usurpação de função pública, excogitado no art. 328 do C.P. Desde que o agente tenha plena consciência da ilegitimidade de sua conduta, sabendo, portanto, que está realizando um comportamento funcional que lhe é vedado, o crime estará consumado. Basta, para tanto, a prática de um ato processual, sendo irrelevante a reiteração dos diversos atos consequenciais do primeiro.

É de indagar: designador e designado estariam alcançados pela tipicidade?

Penso que a tipicidade alcançaria a ambos, tendo em conta a regra do art. 328 c/c 31, segunda parte, do C.P. É, no meu sentir, a melhor doutrina.¹³

Geraldo de Batista Siqueira e outros, em trabalho conjunto acima referido, chegam a vislumbrar na conduta do juiz a presença da agravante indicada no art. 62, II, segunda parte, do C.P.¹⁴

Penso, *data venia*, que a agravante, no caso, não encontra incidência, uma vez que o advogado dispõe de suficiente lucidez e conhecimento para não se deixar induzir pelo ato arbitrário do juiz. Caberá ao advogado, simplesmente, recusar a nomeação, pois que manifestamente ilegal, sem que sua conduta acarrete qualquer consequência para o causídico.

11. Além de ilegal a medida é, de todo, inconveniente, pois que retira do profissional liberal, que vive da sua nobre profissão, tempo valioso para o exercício de atividade que não lhe compete e com a qual não se encontra familiarizado. Pode, inclusive, originar sérias dificuldades para o profissional quando do exercício da advocacia no futuro, pois estará sustentando na defesa de seus clientes teses que se contrapõem ao que afirmara, antes, como “promotor”.

12 Geraldo Batista de Siqueira, Jorge Gabriel Moisés e Myrthes de Almeida Guerra Marques, “Promotor *ad hoc* e o Princípio do Promotor Natural”, RT 690, pág. 409, Abril /1993.

13 Helio Telho Corrêa Filho, *apud op. cit.*, in nº. 10, pág. 409.

14 Geraldo Batista de Siqueira, Jorge Gabriel Moisés e Myrthes de Almeida Guerra Marques, in *op. cit.*, nº 10, pág. 409.

12. De tudo o que resultou exposto, algumas **conclusões** se fazem presentes. Cumpre enumerá-las:

a. O Ministério Público é instituição permanente e **essencial** à função jurisdicional do Estado (art. 127, da C.F. de 1988) [4];

b. Em conseqüência, nas causas em que deva atuar ou intervir, sua presença é **indispensável**, pelo simples fato de ser **essencial** para a formação do devido processo legal [4];

c. A questão ontológica que se põe (itens, *a e b*) não comporta soluções práticas ou meramente utilitárias, que dispensem a presença do Ministério Público [4];

d. Em ocorrendo a falta do membro do Ministério Público, cabe ao juiz do processo comunicar o fato à Corregedoria da Instituição, que providenciará no sentido de dar solução para o caso, sem prejuízo, se possível, da adoção imediata dos critérios legais de substituição que orientam o *Parquet* [4];

e. Em **hipótese alguma** a substituição do Promotor (ou do Procurador) se dará por pessoa estranha aos integrantes da *carrière* [6];

f. Em ocorrendo a nomeação de Promotor *ad hoc*, haverá carência de ação, por manifesta ilegitimidade *ad causam*, caso a ação penal venha a ser proposta, ensejando a pronta rejeição da inicial (art. 43, III do C.P.P.) [6];

g. Caso o juiz não venha a rejeitar a exordial de acusação, nos termos do art. 43, III, do C.P.P., em razão da manifesta ilegitimidade da parte, pode o réu opor a exceção de ilegitimidade de parte (art. 95, IV, do C.P.P.) ou, ainda, adotar a via mais rápida, eficiente e sumária do *habeas corpus* (art. 648, VI, do C.P.P.), no objetivo de obter o trancamento da ação penal em razão do que dispõe o art. 564, II, da lei instrumental penal [6];

h. A nomeação de Promotor *ad hoc* ofende também e principalmente a Constituição Federal por afrontar o princípio do promotor legal, perfilhado na Lei das Leis (art. 128, parágrafo 5º, I, "b"), conforme afirmado pelo Pretório Excelso quando do histórico julgamento do *habeas corpus* de nº 67.759-2-RJ [7];

i. Em conseqüência do exposto (letra "h"), atinge outro princípio básico da Constituição Federal, ou seja, a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV) que resguarda o cidadão contra a ação de um acusador de encomenda, desamparado da garantia de independência funcional, própria dos membros do Ministério Público [7];

j. Todo cidadão dispõe de direito público subjetivo de conhecer, **previamente**, o órgão do Ministério Público que irá atuar no feito, até mesmo para impugná-lo através da exceção própria [7];

l. A providência em exame, odiosa sem dúvida, compromete definitivamente a imparcialidade do juiz, conferindo-lhe, por via reflexa, atividade típica de persecução criminal que lhe é vedada [8];

m. O exercício da Promotoria *ad hoc* é incompatível com o exercício da advocacia, pois ao advogado incumbe exercer ministério **privado**, buscando, sempre, obter decisão favorável para o seu constituinte (art. 2º da Lei nº 8.906, de 04.7.94), não constituindo, assim, atividade típica do exercício da advocacia a promoção da ação penal [9];

n. Em conseqüência, o advogado não está obrigado legalmente a aceitar o múnus de acusador ou, mesmo, de fiscal da lei [9];

o. A nomeação herética não se esgota no campo estritamente processual, assumindo aspectos que invadem, pelo menos em tese, a esfera penal. Refiro-me ao crime de usurpação de função pública, atingindo a tipicidade tanto o designador como o designado (art. 328 c/c 31, segunda parte, do C.P.) [10];

p. No plano da mera conveniência, aqui abordado, tão-somente, pelo sabor da argumentação, a providência só traz inconvenientes para o profissional liberal, acarretando-lhe indevido desgaste;

q. para rematar, o ato praticado por promotor *ad hoc*, como preleciona **Mazzilli**¹⁵ “se insere na categoria dos atos inexistentes (embora o parágrafo único do art. 25 da Lei nº 8.625/93 mencione pena de nulidade do ato praticado)”. Daí, a solução prática alvitrada no presente estudo para efeito de impugnação do anômalo despacho [6].

* Publicado originalmente na Revista nº 7 jan./jun. 1998, p. 233.

15 **Hugo Nigro Mazzilli**. *Regime Jurídico do Ministério Público*, pág. 175, Editora Saraiva, 1993.

A TÉCNICA DAS ALEGAÇÕES FINAIS

SERGIO DEMORO HAMILTON*

1. O presente estudo faz parte de uma trilogia voltada para a participação do Ministério Público em três momentos relevantes da parte postulatória do processo penal. Em dois deles já tive a ocasião de ocupar-me em oportunidades anteriores, versando, inicialmente, a respeito da técnica do parecer Ministerial perante os Tribunais¹ e, mais recentemente, tratando da denúncia, vista sob o seu aspecto estritamente processual².
2. Esta não é a primeira feita em que me ocupo das alegações finais no processo penal. Delas já cuidei, no distante ano de 1995, há quase dez anos, portanto, na defesa de um ponto de vista até hoje vencido na doutrina e na jurisprudência, qual seja o de que elas constituem ato essencial do processo, não bastando, ao contrário do entendimento majoritário, que se conceda à parte apenas o prazo para ofertá-las³.
3. Agora, volto-me para o aspecto formal das razões finais, tal como o fizera, antes, em relação ao parecer e à denúncia.

Sabe-se que, na praxe forense, o uso da expressão “instrução criminal” é reservado para a fase probatória do processo, fato que, embora useiro e vezeiro no dia-a-dia do foro, constitui rematada impropriedade. É que, ao lado dela, e ocupando posição de igual relevância, se bem que de natureza diversa, a chamada instrução postulatória, íntegra, igualmente, o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Focalizando o aludido princípio, tão decantado mas nem sempre bem observado, é de ver que ele deve ser analisado sob seu duplo aspecto: o material e o processual. Materialmente ele está ligado ao princípio da reserva legal; “processualmente, vincula-se ao procedimento e à ampla possibilidade de o réu produzir provas, **apresentar alegações**, demonstrar, enfim, ao juiz a sua inocência, bem como ao órgão acusatório, representando a sociedade, de convencer o magistrado, pelos meios legais, da validade da sua pretensão punitiva”. É a lição precisa de GUILHERME DE SOUZA NUCCI⁴ (os grifos são meus).

Duas ilações podem ser extraídas desta colocação: a primeira, revigorando a assertiva de que as alegações finais integram a instrução criminal; a segunda a de que elas são **ato essencial** do processo, uma vez que compõem o devido processo legal.

FREDERICO MARQUES⁵, com a clareza e a lucidez habituais, assim define o que se deva entender como atos instrutórios:

* SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

1 *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, publicação oficial do “Instituto Brasileiro de Ciências Criminais”, ano 2, n. 8, pp. 110 e seguintes, outubro-dezembro - 1994; título do trabalho: “A Técnica do Parecer”.

2 *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), nº 19, 2002, pp. 207 e seguintes; título do trabalho: “A Técnica da Denúncia”.

3 *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 8, pp. 207 e seguintes, Rio de Janeiro, 1995; título do trabalho: “A relevância das alegações finais no processo penal”.

4 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, p. 50, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003.

5 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 02, p. 85, Forense, 1961.

“atos instrutórios são aqueles que se destinam ‘a convencer o juiz da verdade das afirmações de um fato’ (referindo-se, nesse passo, a JAMES GOLDSCHMIDT). Quando esses atos atendem a apontar fatos e acontecimentos relacionando-os com *quaestiones juris* que se debatem na causa, eles se denominam **alegações**” (destaques meus).

Os atos postulatórios ou petitórios são, destarte, aqueles em que a parte (ou terceiro interessado) dirige-se ao juiz com a finalidade de obter um provimento judicial, envolvendo o próprio mérito da causa ou, ainda, a solução de uma questão incidental, de natureza processual ou ainda uma cautelar, revestida, cada uma delas, de mérito próprio.

A denúncia e a queixa são os atos postulatórios por excelência. Nelas está contido o **pedido** do autor, entre outras providências. Já no decorrer do processo há vários outros atos postulatórios (petições ou requerimentos) provocando providências diversas no objetivo do bom andamento do feito ou buscando solução para questões incidentais que emergem no decorrer da ação penal.

A palavra instrução, em sua etimologia, vem de *instruere*, “verbo latino que significa erigir, construir, preparar, prover”⁶. É o ensinamento de TORNAGHI, que acrescenta ser a instrução criminal “o conjunto dos atos praticados a fim de aparelhar o juiz para julgar”⁷.

JAMES GOLDSCHMIDT⁸ considera “*las peticiones, las afirmaciones y las aportaciones de prueba*” como detentoras de uma transcendência decisiva, dando, assim, a ambas as instruções, a petição e a probatória, a ênfase merecida e a distinção necessária.

Portanto, quando em exame a palavra instrução, deve-se, de uma vez por todas, abolir a limitação, pois tanto a instrução probatória quanto a postulatória integram o devido processo legal (art. 5º, LIV da CF), o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV da CF).

Toda a digressão até aqui desenvolvida tem por único objetivo demonstrar que as alegações finais, tal como defendera em trabalho bastante antigo⁹, são **ato essencial do processo** não bastando a simples concessão do prazo para assegurar à parte o seu exercício. A Constituição Federal exige **defesa efetiva**, não apenas a participação formal do advogado assistindo ao seu constituinte. É de ver que a alusão à defesa, embora mais palpável, evidentemente, não exaure o assunto, pois a parte autora, Ministério Público, igual e necessariamente, também se fará presente no decorrer do processo, através de uma atuação concreta, pois o Estado, do mesmo passo que tutela a liberdade individual, está voltado, com igual empenho para a realização de um processo justo que pode, se for o caso, efetivar-se pela condenação ou pela absolvição do réu.

4. Até aqui vimos afirmando a essencialidade das alegações finais, muito embora o art. 564 do CPP, ao elencar os atos estruturais do processo, aluda, apenas, aos “prazos concedidos à acusação e à defesa” (art. 564, III, “e” do CPP). Em trabalho escrito em outubro de 1995, antes referido, intitulado “A relevância das alegações finais no processo

6 TORNAGHI, Helio. *Curso de Processo Penal*, vol. 2, p. 192, Editora Saraiva, 1989.

7 *Apud op. cit.*, in nº 06, p. 192, dessas notas.

8 GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, vol. II, p. 99, Ediciones Juridicas Europa-America, Buenos Aires, 1961, Colección, dirigida por Santiago Sentés Melendo.

9 *Apud op. cit.*, in nº 3 dessas notas.

penal”¹⁰, procurei demonstrar que tal colocação de nossa lei, advinda do Código de 1941, não se viu recepcionada pela Constituição em vigor, uma vez que o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) exige que tanto a acusação como a defesa se exerçam de forma **efetiva e real**. Não basta a defesa ou a acusação formal. Demais disso, o art. 501 do CPP padece de flagrante inconstitucionalidade ao assinalar que os prazos a que se referem os arts. 499 e 500 correrão em cartório, independentemente de intimação das partes, salvo em relação ao Ministério Público. Ora, o princípio da igualdade das partes, quando a lei processual trata desigualmente e numa posição de inferioridade a defesa, resta manifestamente violado, tendo em conta o art. 5º LIV e LV da nossa Carta Política.

Outro equívoco da lei consiste no uso da expressão de que os prazos a que se refere (arts. 499 e 500 do CPP) “correrão em cartório”. No aludido estudo, indaguei, qual o significado da expressão “prazo que corre em cartório”, independentemente de intimação das partes. E, perplexo, registrava: “Que buraco negro é este que não se sabe quando começa e nem quando termina o prazo, eis que somente o escrivão dele teria conhecimento?”^{10-A}

Não é objetivo do presente trabalho demonstrar o tratamento pouco técnico deferido à matéria em nossa lei processual. Já o fizemos em outra ocasião no estudo acima mencionado e se a ele nos reportamos foi, tão-somente, com a finalidade de por em relevo que as alegações finais são ato **essencial** do processo.

5. A ação penal condenatória, quando movida pelo Ministério Público, tem início por uma peça processual denominada denúncia. Este o nome da petição inicial. Outros há: queixa, própria dos casos de ação privada bem como nos da impropriamente chamada ação privada subsidiária da pública¹¹.

Na inicial o autor **pede**.

No decorrer do processo ele dirige ao Juiz requerimentos diversos. Porém, o juiz vai julgar o fato constante da inicial; a *causa petendi* é o norte de que se vai servir o magistrado para decidir¹², valendo assinalar que o pedido do autor no processo penal condenatório é sempre genérico.

6. Agora, colocados alguns conceitos básicos e indispensáveis, é chegado o momento de emprendermos exame a respeito da forma das alegações finais, objeto do presente trabalho.

Começemos pelo trato que elas mereceram no procedimento comum, nominado pelo Código como “processo comum” (Livro II, Título I). Na verdade, ele tem início no art. 394 do CPP (Capítulo I), segue até o art. 405 do CPP, é entrecortado pelo procedimento do Júri (Capítulo II), e retoma seu rumo no Capítulo III (arts. 498 a 502 do CPP), onde recebe a designação “Do processo e do julgamento dos crimes da competência do juiz singular”. Faz parte, como se vê, dos caminhos ínvios do nosso modesto Código de Processo Penal.

A opção pelo procedimento comum para exame do tema decorre do fato de que este é o rito ordinário seguido para os julgamentos dos crimes mais graves, além do que, subsidiariamente, ele é invocado em outros ritos no objetivo de colmar eventuais lacunas.

10 *Apud op. cit.*, in nº 3 dessas notas.

10-A *Apud op. cit.*, in nº 3 dessas notas, p. 208.

11 O eventual interessado poderá encontrar críticas endereçadas à designação ação privada subsidiária da pública em meu estudo “A queixa subsidiária – Questões Controversas”, in *Revista da AJUFE – Associação dos Juizes Federais* – nº 62, 1999, pp. 91 e seguintes, Edições O.L.M.

12 Para um detalhado estudo a respeito da denúncia, examinada sob o seu aspecto processual, convido o leitor interessado para uma passagem de olhos em meu estudo “A Técnica da Denúncia”, in *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), nº 19, pp. 207 e seguintes, 2002.

As alegações finais escritas estão singelamente reguladas no art. 500 do CPP. Deflui da leitura do dispositivo em questão, que, uma vez concluída a instrução criminal probatória (na realidade, a lei não faz emprego da palavra probatória, incidindo, aqui, na omissão apontada, 3, *supra*) os autos irão com vista para as partes para alegações (instrução criminal petítória), sucessivamente por três dias.

Falam em primeiro lugar o Ministério Público e o querelante (art. 500, I do CPP), conforme esteja em jogo crime de ação pública ou infração penal de iniciativa privada respectivamente.

Após, caso haja, é a vez do assistente do Ministério Público (art. 500, II do CPP), para “aditar os articulados”, expressão estranha usada no art. 271 do CPP para indicar uma das formas de atuar do assistente.

Por fim, é a vez do “defensor do réu” (inciso III).

Aqui, faz-se mister um reparo. Não é o defensor do réu quem é chamado a ofertar alegações finais. Estas têm lugar entre as partes (o Ministério Público ou o querelante e o réu). O imputado é o sujeito passivo da relação processual que se vale do defensor constituído ou dativo para a efetivação da defesa técnica. A defesa é, pois, do réu (parte), por intermédio da defesa técnica (dativa ou constituída).

Outra grave imperfeição técnica do Código reside no parágrafo segundo do art. 500 do CPP. Ali está dito que, nos casos de queixa subsidiária, o Ministério Público terá vista dos autos “depois do querelante”. Ora, nada mais destituído de técnica. O *Parquet*, quando não adita a queixa (art. 29 do CPP), oficia como *custos legis*, devendo assim, tal como ocorre no processo civil, ter vista dos autos depois das partes (art. 83, I do CPC), no caso querelante e querelado. Diversa será a situação processual quando o Ministério Público vier a aditar a queixa pois, em tal hipótese, forma-se um litisconsórcio ativo, passando o *Parquet* a atuar lado a lado com o querelante. Portanto, a disciplina do parágrafo segundo do artigo 500 do CPP apresenta-se, igualmente, defeituosa, por não fazer a distinção assinalada.

Nos casos de exclusiva ação privada, também contemplados no referido dispositivo, a solução não foi, da mesma forma, a mais técnica, pois, embora ali também possa ocorrer o aditamento à queixa (arts. 45 e 48 do CPP)^{12-A}, melhor seria que, nesta última hipótese, o Ministério Público oficiasse sempre por último, uma vez que sendo a ação exclusivamente privada, cabe ao *Parquet* velar apenas e tão-somente pelo aspecto formal da ação privada, não se vinculando com o mérito do pedido, uma vez que o perdão pode ser concedido pelo querelante até mesmo após a sentença condenatória não-trânsita (art. 106, § 2º do CP), não tendo sentido, dessa forma, qualquer intervenção sobre o mérito da acusação por parte do *Parquet*.

7. Permito-me, ainda e antes de visitar a forma que as alegações finais devem obedecer, acrescentar duas palavras colhidas na doutrina a respeito da instrução petítória, em geral relegada a um segundo plano em relação à instrução probatória, embora ambas sejam espécie de instrução criminal *lato sensu*.

COUTURE¹³, ao estudar o *desenvolvimiento del proceso*, voltado para o processo civil, faz interessante distinção entre os *actos de petición* e os *actos de prueba*. Os primeiros, que mais nos interessam para o presente estudo, são, no dizer do eminente jurista:

12-A Na doutrina, principalmente, e em alguns julgados vem surgindo entendimento contrário ao aditamento da queixa em casos de exclusiva ação privada, tomando-se a opção pela extinção da punibilidade força da renúncia tácita no caso de omissão do querelante na inclusão de nome de co-réu. Veja-se a propósito meu estudo “Revisitando o aditamento à queixa”, in *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 15, pp. 246 e seguintes.

13 COUTURE, Eduardo, in *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera edición (póstuma), p. 206, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973.

“ aquellos que tienen por objeto determinar el contenido de una pretensión; ésta puede referirse a lo principal del asunto (pretensión de la demanda; pretensión de la defensa) o a un detalle del procedimiento (admisión de un escrito, rechazo de una prueba).”

Convém notar, porém, que muitos autores da maior relevância ocupam-se, basicamente, da instrução probatória, relegando a instrução postulatória a plano secundário, muito embora a ela se refiram em diversas passagens insuladas, sem, no entanto, emprestar o enfoque aqui versado ¹⁴.

Esta, como vimos, não é a posição assumida por COUTURE que faz nítida distinção entre as duas modalidades de instrução, emprestando aos *actos de petición* o devido realce, ao distingui-los dos *actos de prueba*.

Na doutrina pátria, como já ressaltado, temos o ensinamento do saudoso e nunca assaz louvado professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, que, igualmente, e de forma bastante clara, como era do seu estilo, estabelece o divisor de águas entre as duas modalidades de instrução, que, integradas, irão propiciar ao juiz chegar ao *decisum*.

8. Uma observação ainda há que ser assinalada em relação à alegada taxatividade do art. 564 do CPP, que assumiria, segundo respeitabilíssima doutrina, o caráter de *numerus clausus*, não admitindo, assim, a inclusão de outras causas de nulidade que não estivessem previstas no referido dispositivo legal ou em lei extravagante.

Nessa ordem de idéias, a falta de alegações finais não se encontra enumerada expressamente entre os casos de nulidade a que se refere o art. 564 do CPP, embora implicitamente as razões finais possam ser reconhecidas como indispensáveis, em razão do sistema advindo da própria Constituição Federal. Para um mais detalhado exame da matéria, o leitor interessado poderá consultar meu estudo anterior sobre o tema¹⁵, onde tentei evidenciar a essencialidade das alegações finais e a não-taxatividade do art. 564 do CPP.

9. Agora, superadas algumas indagações conceituais, será possível iniciar o estudo a respeito da técnica das alegações finais. O trabalho estará voltado, basicamente, para a atuação do Ministério Público estadual no processo penal, muito embora diversas considerações possam encontrar aplicação em qualquer feito criminal pois versam sobre assuntos ligados à própria teoria geral do processo.

10. Tomando por base o rito comum, em razão dos motivos expostos (6, *supra*), vejamos, por primeiro, as alegações finais escritas do Ministério Público perante o primeiro grau de jurisdição.

Nelas, necessariamente, oficiará o Promotor Legal¹⁶, que é aquele previamente

14 Nesse sentido, entre outros consultados, podem ser vistos ENRICHE L. BOSCH MORETTI (*Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1952, “Libreria y Casa Editora de Emilio Perrot, Casa Central: 1846, Azmenaga, 1848”), GIOVANNI LEONE (*Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, Segunda Edizione, “Casa Editrice Dott Eugenio Jovene”, Napoli, 1951), JULIO ACERO (*Procedimiento Penal*, Cuarta Edicion, Editorial Jose M. Cagica, Jr, SA, Puebla, México) e FRANCO CORDERO (*Procedura Penale*, Giuffré-Editore, 1966).

15 Cf. *A relevância das alegações finais no processo penal* (in nº 03, dessas notas). No aludido trabalho procuro demonstrar que no art. 564, III não constam, entre as causas de nulidade, o impedimento do juiz, a falta de jurisdição, a falta de atribuição do órgão do Ministério Público, que importaria em violação ao princípio do “Promotor Legal”, o uso das provas ilícitas (ou das ilegítimas etc).

16 Para uma pesquisa a propósito da origem do conceito de “Promotor Legal”, aconselha-se a leitura de ROGÉRIO LAURIA TUCCI (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, pp. 146 e seguintes, Editora Saraiva, São Paulo, 1993), ANTONIO SCARANCA FERNANDES (*Processo Penal Constitucional*, pp. 232 e seguintes, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição) e PAULO RANGEL (*Direito Processual Penal*, p. 35, 5ª edição. Ed.

lotado ou designado de acordo com critérios estabelecidos na lei ou em ato normativo derivado da lei (arts. 5º, LIII e 128, I, “b” da Constituição Federal). É daí que advém a atribuição do órgão de atuação do Ministério Público, que é pressuposto de validade da instância. Com efeito, a atribuição está para o *Parquet* assim como a competência está para o juiz. Dessa forma, quando a lei comina a sanção de nulidade prevista no art. 564, III, “d” do CPP, há que se entender que a atuação do Ministério Público se fará através de um membro da Instituição dotado de atribuição para atuar, gozando de inamovibilidade no exercício do seu mister (art. 38, II da Lei nº 8.625, de 12.2.93 – LONMPE). Aliás, a inamovibilidade encontra raiz constitucional (art. 128, § 5º, I, “b”).

Os autos devem ser direcionados “com vista” ao Ministério Público. Para controle do prazo, no gabinete da Promotoria deve haver um livro de recebimento de maneira que possa ficar registrada a **efetiva** entrega dos autos na data correspondente à do termo de vista. Da mesma maneira, quando da devolução dos autos a Juízo, caberá à Secretaria da Promotoria de Justiça exigir recibo do retorno dos mesmos, com a indicação da data por parte do escrivão do Juízo (ou do Secretário do órgão colegiado do Tribunal, quando feito estiver no segundo grau de jurisdição) ou de quem lhes fizer as vezes. Com os recursos da informática, torna-se possível a adoção de critérios mais modernos, desde que ofereçam a necessária segurança ao Ministério Público quanto a tais providências. O prazo de alegações finais é processual, aplicando-se-lhe, em consequência, o disposto no art. 798, § 1º do CPP. O prazo é de preclusão fraca. No entanto, apesar de tratar-se de prazo impróprio, tal fato não exime o Promotor de Justiça de cumpri-lo com exatidão até porque há sanções administrativas e disciplinares por sua violação (art. 801 do CPP).

Já assinalou a jurisprudência que as alegações finais juntadas ao processo fora do prazo não exigem o desentranhamento (TJSP, MS 174499 e RT 713/345)¹⁷. Nem por isso, repito, o órgão de execução do Ministério Público, deverá descuidar-se de rigorosa observância do tempo reservado ao seu ofício.

Os prazos para o Ministério Público correm do termo de vista (art. 800, § 2º do CPP), salvo para a interposição de recurso. Mas a “vista”, entenda-se bem, há que se fazer com os cuidados acima indicados e com fiel observância ao disposto no art. 41, IV da Lei 8.625, de 12.2.93 (LONMPE). Diga-se o mesmo em relação à intimação quando for o caso de eventual interposição de recurso.

11. A lei processual, ao contrário do que ocorre com a sentença (arts. 381, 386 e 387 do CPP) bem como com o acórdão (art. 617 do CPP), não traçou normas a respeito do ofício do Ministério Público na fase de finais, limitando-se, singelamente, a indicar o prazo e o momento da sua atuação dentro do procedimento, assim mesmo com as imperfeições já assinaladas (6, *supra*).

A LONMPE (Lei nº 8.625, de 12.2.93), em acréscimo, dita ser dever do membro do Ministério Público “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal” (art. 43, III). O texto podia ser mais elaborado, até porque o relatório é apenas uma parte das alegações finais, como se verá.

Além do mais, é preceito constitucional (art. 129, VIII da CF) segundo o qual os membros do Ministério Público estão obrigados a indicar os “fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

Lumen Juris), onde vêm indicados os estudos pioneiros versando sobre o tema, ainda na década de 70, antes, portanto, da sua consagração pela Constituição Federal de 1988.

¹⁷ Fonte: DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, p. 397, Editora Saraiva, 20ª edição, 2003.

12. As razões devem identificar o feito criminal (nome das partes, número do procedimento e o que mais componha a sua perfeita caracterização).

É o seu cabeçalho.

Segue-se, se assim aprouver ao promotor, a súmula (ementa ou resumo), onde restarão registrados todos os pontos relevantes do pronunciamento que será oferecido¹⁸. Não me parece que, na fase de alegações finais, tal resumo seja uma peça obrigatória. Ao contrário do que ocorre com o parecer do Procurador de Justiça nos Tribunais, que oferta a manifestação final do Ministério Público perante o Tribunal de Justiça Estadual (ou de Alçada, onde houver), a súmula pode ser dispensada na fase de finais. Guardar-se-ia, assim, uma simetria com as decisões monocráticas, que são desacompanhadas de ementa, ao contrário com o que se dá com os julgados dos Tribunais.

É preciso ter em conta que, nesta fase, o Ministério Público está atuando como parte propulsora da ação penal, não se exigindo, assim, em razões, que se comporte, do ponto de vista formal, como se fosse um parecerista. Não se trata, neste momento, de parecer mas de razões.

De qualquer maneira, nada impede que formule ementa em suas alegações finais.

Por fim, nesta primeira parte, que antecede as razões, o Ministério Público deve dirigir-se ao juiz do feito, deferindo-lhe o tratamento protocolar que lhe é assegurado em lei^{18-A}.

13. As alegações podem seguir uma ordem numérica pois, sem dúvida, tal critério facilita, em muito, a remissão a qualquer tópico do arrazoado, evitando-se, com isso, repetição ociosa em relação a assunto já abordado. Por exemplo: o nº 01 estaria voltado para o relatório, o nº 02 para as preliminares, o nº 03 para o mérito e assim por diante. É evidente que este é um critério oferecido em função da forma com que eu atuava como Promotor de Justiça, cabendo, evidentemente, a cada colega adotar o caminho que melhor lhe parecer indicado. Vale, apenas, como mera sugestão sem que a orientação traçada importe necessariamente na indicação da melhor via a seguir.

14. As alegações propriamente ditas devem ter início com o relatório. Este, como já foi dito tantas vezes na doutrina, contém a história **relevante** do processo. Vale dizer: deve ser escoimado de dados desnecessários, que nada acrescentam ao conhecimento do feito e que só servem para tornar mais volumosas as razões além de engrossar os autos. Assim, como há casos e casos, o relatório irá variar em sua extensão em função de cada processo como também em decorrência dos incidentes que o cercaram. No relatório devem ser evitadas repetições inúteis de depoimentos e de peças processuais; basta a simples alusão à página dos autos em que se encontram aqueles dados, ficando, quando necessário, breve referência a algum fato que possa merecer relevo. Explica-se a parcimônia: no momento da fundamentação do parecer é que haverá a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundamenta o requerimento final do *Parquet*.

Portanto, em geral, o relatório poderá ser sucinto.

18 A respeito do uso do vocábulo ementa ou, ainda, das palavras súmula, resumo, síntese ou índice de assuntos, para indicar o conjunto das matérias versadas nas razões, não há consenso. Há puristas no Ministério Público que entendem deva ser evitada a palavra ementa, já que esta ficaria reservada somente para encimar os acórdãos dos juízes. Veja-se, a respeito do dissentimento, meu estudo "A Técnica do Parecer", *apud op. cit. in* nº 01 dessas notas.

18-A Para um exame do tratamento devido aos magistrados e aos membros do Ministério Público, veja-se a ob. cit in nº 01 dessas notas.

Já se afirmou, com certa razão, que na exigência de relatório há uma desconfiança em relação ao juiz e ao promotor visando a saber se eles **efetivamente** leram todo o processo. Porém, há um aspecto que, pelo menos para mim, foi proveitoso; na medida em que ia relatando os fatos relevantes do processo, “arrumava” minha *opinio* sobre a causa criminal, de maneira que a seqüência do parecer se tornava mais fácil, principalmente quando chegado o momento de enfrentar o mérito.

15. Concluído o relatório, passa-se ao exame das questões prévias. Estas podem versar a respeito das preliminares, das prejudiciais ou de outra prévia de mérito. As primeiras, envolvendo uma gama imensa de temas processuais, são muito comuns. Já as prejudiciais raramente têm lugar, sejam elas homogêneas, sejam elas heterogêneas. A questão prejudicial envolve matéria de mérito e vem regulada nos arts. 92 a 94 do CPP. Conforme a hipótese, desde que a controvérsia seja “séria e fundada” e verse a respeito da “existência da infração” (art. 92 do CPP), haverá sobrestamento necessário da ação penal desde que a prejudicial cogite a respeito do estado das pessoas, observando-se, entretanto, a parte final do art. 92 do CPP, assim também, quando necessário, o respectivo parágrafo único. Desde que a prejudicial seja diversa da questão de estado (art. 93 do CPP), o juiz gozará de mera faculdade quanto à suspensão do andamento do feito, podendo, inclusive, decidi-la em linha de cognição incidental, sem conseqüências fora dos lindes do processo criminal ou ainda, caso no juízo cível haja sido proposta ação para resolvê-la, suspender o curso do processo, marcando prazo para tanto. Expirado o prazo fixado pelo juiz criminal sem que o juiz civil tenha proferido decisão, o juiz penal retoma sua competência para decidir a prejudicial, uma vez que no prazo da suspensão já foram colhidas as provas e providenciadas as diligências necessárias de natureza urgente. Desde que se trate de crime de ação pública, o Ministério Público intervirá na causa cível para o fim de promover-lhe o rápido andamento (arts. 93, § 3º do CPP). Aqui, impõe-se uma observação: o órgão do Ministério Público que atuará no cível não será, necessariamente, aquele que oficia no crime mas sim o que for dotado de atribuição perante o juízo não-penal. Dependerá, assim, do que dispuser a lei ou ato normativo do Procurador-Geral de Justiça respectivo, de acordo com o que resultar aprovado pelo Colégio de Procuradores de Justiça ou por seu Órgão Especial (art. 12, II da LONMPE).

Portanto, quando em jogo questão prejudicial, haverá, na realidade, uma prévia de mérito, valendo notar que o Ministério Público, caso não concorde com a suspensão do processo por força da prejudicial, dispõe do recurso no sentido estrito contemplado no art. 581, XVI do CPP, que, no entanto, não terá efeito suspensivo (art. 584 do CPP). O recurso, como soa evidente, só será possível caso o *Parquet*, ele mesmo, não proponha a suspensão em alegações finais ou antes.

Outra prévia de mérito, esta muito comum de ocorrer, consiste na alegação da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva ou outra causa. Aqui, igualmente, está em foco o mérito, pois o próprio direito de punir do Estado é posto em xeque, não se relacionando, assim, com qualquer questão processual. O recurso cabível por parte do *Parquet* contra tal decisão vem catalogado no art. 581, VIII do CPP. Também aqui não ocorrerá efeito suspensivo, cabendo ao Ministério Público, se for o caso, recorrer sob pena de extinguir-se o processo, desde que, como é óbvio, ele mesmo não tenha suscitado a questão.

As mais das vezes, a genuína questão prévia cogita a respeito de material processual, tratando de nulidades e versando sobre uma infinidade de assuntos. A preliminar em sentido estrito, em geral, envolve tema que trata dos pressupostos processuais (de existência ou de validade), valendo notar que o art. 564 apresenta-se

como um bom formulário das causas de nulidade, embora, no meu entendimento, não esgote o elenco dos vícios formais que podem contaminar um processo¹⁹.

No exame das preliminares, como de resto no decorrer de todo o processo, o Ministério Público deve comportar-se com imparcialidade, aspirando sempre a efetivação de um processo justo. Caso se faça presente uma nulidade absoluta, em prol da defesa, ainda que a parte ré nada alegue, o *Parquet* deve suscitá-la. Averbese-se, por tal razão, que em relação ao Ministério Público não se aplica a parte final do art. 565 do CPP. É certo que quando em jogo nulidades relativas (art. 572 do CPP), caberá ao imputado levantá-las no momento oportuno (art. 571 do CPP), demonstrando o prejuízo sofrido. Não me parece que, em tal hipótese, haja motivo para o Ministério Público tomar a iniciativa da arguição do vício processual.

Vale ressaltar que, ainda que venha a alegar uma questão prévia, tal colocação não exime o Ministério Público de prosseguir em suas razões, abordando o mérito, pois o juiz pode desacolher a prévia levantada.

As questões preliminares devem obedecer a uma ordem de precedência, na medida em que o acolhimento de uma delas torne prejudicada qualquer discussão posterior a respeito das demais que se seguirem. Isto, evidentemente, se houver mais de uma prévia a ser examinada.

Dois preliminares guardam precedência absoluta sobre todas as demais, antecedendo mesmo o exame da questão prejudicial de estado ou a qualquer preliminar de mérito. Refiro-me, aqui, à arguição de suspeição e à suscitação de incompetência. A primeira, neste momento, só poderá estar fundada na ocorrência de “motivo superveniente” (art. 96, *in fine* do CPP), pois, na fase inicial, teria que ser enfrentada através da exceção própria (art. 95, I do CPP). Quanto à incompetência, se absoluta, pode ser manifestada pela parte a todo o tempo. Torna-se evidente que ela só será alegada em razões finais caso não haja sido oposta no prazo da defesa (art. 108 do CPP). É certo que, no processo penal, com ou sem providência da parte, o juiz pode, de ofício, dar-se por incompetente em qualquer fase do procedimento (art. 109 do CPP) o que, de certa forma, torna secundária a participação da parte em relação ao exame da competência. Não me parece tenha sido uma boa solução do legislador, que deveria ter registrado que o art. 109 do CPP só encontraria aplicação quando em jogo casos de incompetência absoluta.

16. Segue-se o exame do mérito substancial, mesmo que o Promotor de Justiça, de ofício, tenha argüido a ocorrência de uma nulidade absoluta, ou acatado o vício processual suscitado pelo réu. É que o juiz, como ficou dito, pode não vir a acolher a questão prévia. Diga-se o mesmo em relação à prévia de mérito, como também já posto em relevo anteriormente.

O exame do mérito substancial deve ater-se à *causa petendi*, cuidando dos fatos e das provas que a confirmam ou infirmam, bem assim do direito aplicável à espécie.

Aqui, faz-se mister evitar a transcrição de depoimentos ou a repetição infundável de ementas de acórdãos. Em relação aos fatos basta a indicação da página dos autos onde eles têm sítio. Quanto à jurisprudência vale a referência básica da sua orientação, registrando-se, apenas, o número dos julgados que a consagraram, com a transcrição completa do repositório de onde foram colhidas as decisões. A orientação vale também para a doutrina trazida à colação, fugindo de imensas e fastidiosas citações. O pensamento do autor invocado deve ser posto em relevo, anotando-se, igualmente, os registros bibliográficos indispensáveis para a sua localização (*vide*, 21.11, *infra*).

¹⁹ Para um estudo mais completo do tema, veja-se o meu trabalho referido in nº 15 dessas notas.

Aqui e ali se dará destaque especial a um aspecto altamente relevante para o processo, fazendo sua transcrição *ipsis litteris*. Porém, esta não deve ser a maneira habitual de proceder.

17. Concluído o exame do fato e do direito aplicáveis à espécie, chega-se ao “núcleo do mérito”. Nele o Ministério Público indicará o que pretende; a procedência (total ou parcial) ou a improcedência do pedido. Caso venha a postular o acolhimento do pedido, pouco importa se no todo ou em parte, deverá especificar as penas (ou pena) que, no seu entendimento, devam ser aplicadas ao réu, bem como o regime (inicial ou integral) em que a pena privativa de liberdade deva ser cumprida, caso seja ela a pretendida, evidentemente. Já em relação à sanção pecuniária, sobrelevará, em sua apreciação, o critério indicado no art. 60 do CP. Caso a hipótese comporte a substituição da pena privativa de liberdade, tomará o caminho apontado no art. 59, IV do C.P., particularizando a pena alternativa desejada.

A individualização concreta da sanção penal objetivada encontra sua importância no fato de que daí nasce o **interesse** para recorrer (art. 577, parágrafo único do CPP). Com efeito, o pedido de condenação constante da denúncia é, como de trivial sabença, genérico e, uma vez acolhido, retira do Ministério Público a sucumbência. Porém, pode inoportunamente subsistir o interesse em apelar, caso o *quantum* e/ou a qualidade da pena não atendam ao que o *Parquet* requereu em suas alegações finais. Averte-se que o interesse em recorrer não fica subordinado necessariamente àquela providência. Porém, ela, sem dúvida, integra umas alegações finais elaboradas com boa técnica. É evidente que todas estas considerações perdem sentido caso o Ministério Público venha a requerer a absolvição do réu em sede de finais (art. 385 do CPP).

18. Ainda nesta fase de alegações finais, incumbe ao autor postular, se necessário, a aplicação por parte do juiz dos efeitos secundários da condenação, também denominados pela doutrina de efeitos reflexos ou acessórios. Eles podem ser de natureza penal ou extrapenal. No campo penal, por exemplo, caberá ao juízo da condenação comunicar a outro juízo a providência judicial tomada para o fim de suspensão do gozo do *sursis* processual que o réu vinha usufruindo (art. 89, § 3º da Lei nº 9099/95). Poderá, ainda, pretender o confisco cogitado no art. 91, II do CP, como efeito extrapenal da condenação. As providências são aqui mencionadas a título meramente exemplificativo, cabendo, conforme o caso, outras serem requeridas.

Por fim, como consequência lógica do requerimento de condenação, caberá ao réu, como vencido na lide, o pagamento das custas do processo (art. 804 do CPP) e a inclusão do seu nome no rol dos culpados, uma vez trãnsita a sentença condenatória (art. 5º, LVII da CF).

Todas estas postulações, se cabíveis, devem integrar o fecho das alegações finais.

19. No que respeita às chamadas providências judicialiformes, caberá ao Ministério Público alertar ao juiz para que as tome. É o caso, por exemplo, da aplicação do art. 40 do CPP, quando em jogo crime de ação penal pública incondicionada. Nada impede, no entanto, que, em face do princípio da obrigatoriedade, o próprio órgão do *Parquet* remeta as peças necessárias diretamente ao Procurador-Geral. É interessante observar que, para tanto, o Ministério Público não depende de autorização judicial, pois a persecução criminal é atividade administrativa típica de sua atribuição, não cabendo ao juiz obstar a investigação criminal (art. 129, I e VIII, da CF). No momento oportuno, o Judiciário será chamado a intervir rejeitando, se for a hipótese, a denúncia que vier a ser apresentada ou trancando a própria investigação que se instaurar-se **manifestamente** ilegal.

20. A data e assinatura do membro do *Parquet* encerram as alegações finais. A primeira situa o pronunciamiento no tempo ao passo que a última é o sopro de vida daquele ato processual, como já tive a oportunidade de acentuar quando do exame dos requisitos da denúncia^{19-A}. É a parte autenticativa da fala de encerramento do *Parquet*.

21. Concluído o breve roteiro envolvendo as alegações finais escritas do Ministério Público, volto-me agora para algumas peculiaridades que podem surgir no momento da elaboração do pronunciamiento derradeiro do *Parquet*.

21.1. Ocupo-me, por primeiro, do procedimento do Júri. Ao oferecer a denúncia, o Ministério Público **pede** somente a pronúncia do réu. Assim, na fase de alegações finais do *judicium accusationis* requererá, apenas, a pronúncia, a impronúncia ou a absolvição sumária (arts. 408, 409 e 411 do CPP), conforme o caso. Eventualmente, levantará a incompetência do Tribunal Popular para julgar o feito (art. 410 do CPP). Deixando de lado esta última providência, que nos afastaria do procedimento do Júri, incumbe-lhe ofertar finais no prazo de 05 dias (art. 406 do CPP). Estas poderão ser sucintas, não necessitando do mesmo aprofundamento exigido nas demais razões finais. É que elas têm em mira obter tão-somente uma decisão processual, salvo quando pretenderem uma solução sobre o mérito da causa (art. 411 do CPP). De qualquer maneira, exige-se um mínimo de fundamentação, pois não se justifica pretender-se a pronúncia de alguém sem a indicação dos motivos que a justifiquem. Na verdade, as alegações finais de mérito serão feitas oralmente em plenário por ocasião do julgamento do réu (arts. 471, 473 e 474 do CPP).

21.2. Outra importante consideração em relação à qual o Ministério Público não pode descurar relaciona-se com o prequestionamento a respeito da questão federal constitucional, indispensável para futura e eventual interposição de recurso extraordinário (Súmulas 282 e 356, STF). Argüido em finais, servirá de base para os recursos que se seguirem (em regra, a apelação) e onde será reiterado, se for o caso, dando margem a que matéria venha a ser ventilada tal como exigido nas súmulas acima indicadas. Penso que o prequestionamento pode ser implícito; desde que a matéria tenha sido discutida bastaria para sustentar-se como prequestionada. Porém, o entendimento majoritário volta-se no sentido de que o prequestionamento deve ser expresso e, dessa forma, para evitar dissabores futuros, o Ministério Público deverá argüi-lo de forma expressa.

Diga-se o mesmo em relação ao recurso especial, onde, igualmente, a exigência de prequestionamento da questão federal infraconstitucional se faz necessária, e, uma vez suscitada quando das alegações finais, servirá de base para os recursos que, se for caso, vierem a ser interpostos no futuro (de comum, a apelação).

21.3. Pode ocorrer que, concluída a instrução criminal probatória, vislumbre o Ministério Público a necessidade de aditar a denúncia. A lei não regulou o aditamento espontâneo, por sinal, no meu entendimento, o único válido em um processo que se diz acusatório²⁰. Caso ele não venha requerido em fase de diligências (art. 499 do CPP), deverá sê-lo em alegações finais, como preliminar, oferecendo-se, do mesmo passo, em peça processual destacada, o aditamento pretendido. O fundamento filosófico básico para o Ministério Público em matéria de aditamento reside na observância do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, não sendo lícito ao *Parquet* dispensá-lo quando presentes motivos que o justifiquem. Portanto não se cogita de uma faculdade do acusador aditar ou não a denúncia.

^{19-A} *Apud op. cit.* in nº 2 dessas notas.

²⁰ Para um exame mais completo do tema, veja-se o meu estudo “O aditamento provocado, uma heresia”, in *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, pp. 09 e seguintes, nº 25 (abr.-maio – 2004).

É de se indagar: cabe recurso contra a decisão que vier a rejeitar o aditamento espontâneo? Muito embora a questão não seja pacífica, quer na doutrina, quer na jurisprudência, pois não cogitada na lei, ao meu julgamento, ela enseja o apelo residual previsto no art. 593, II, do CPP ²¹. Compreende-se a omissão da lei em relação ao recurso cabível, uma vez que o Código não tratou daquela modalidade de aditamento.

21.4. As alegações finais do Ministério Público no procedimento traçado na Lei nº 9099/95 serão orais (art. 81, *in fine*). O diploma legal em questão usa a expressão “debates orais” para indicar as razões finais das partes em audiência. Delas, dada a sua relevância, deve constar resumo para que fiquem documentadas nos autos (art. 81, § 2º), lavrando-se o competente termo. Como é natural, de acordo com o princípio da celeridade, os debates deverão ser breves embora a lei não fixe um tempo determinado para a sua realização. Por sinal, no Júri, onde as razões finais também são orais (art. 471 do CPP), a ata de julgamento descreverá fielmente os “debates orais” (art. 495, XV, segunda parte, do CPP), indicando a lei o tempo destinado à acusação e à defesa para tal fim (art. 474 do CPP).

21.5. As razões finais podem ser apresentadas por estagiários?

A Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Lei Complementar nº 106, de 03 de janeiro de 2003) regula a atividade do estagiário no art. 49 (seção VI, Capítulo V). Eles figuram como auxiliares das Promotorias e Procuradorias de Justiça, por período não superior a três anos, escolhidos dentre alunos dos três últimos anos ou dos períodos correspondentes do curso de bacharelado em Direito de escolas oficiais ou reconhecidas. Sua admissão dá-se mediante concurso público, incumbindo à Corregedoria-Geral do Ministério Público organizar o processo de admissão bem como acompanhar-lhes o desempenho e aproveitamento. Já foram realizados dois concursos para ingresso no quadro de estagiários do *Parquet* em 2003 e 2004. Portanto, há um critério de seleção e acompanhamento bastante rigoroso por parte da nossa Corregedoria.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, considerou nulidade a apresentação de alegações finais por estagiário, entendendo que se trata de ato privativo de advogado (Cf. H.C. 64.676, 2ª Turma, em 5.6.87, *DJU* 18.9.87, p. 19.670)²².

Penso, porém, que nada impedirá o ofertamento de razões finais por estagiário, desde que venham também assinadas pelo Promotor de Justiça junto ao qual servirem.

21.6. Caso o Ministério Público venha a requerer a absolvição do réu (art. 385 do CPP), suas alegações finais deverão, igualmente, exigir fundamentação, gerando o interesse para a interposição de apelação em favor do acusado (art. 577, parágrafo único, do CPP), pois ao *Parquet* somente convém a realização de um processo **justo**. Na realidade, o apelo não se fará em favor do condenado mas sim no objetivo de chegar-se a uma solução adequada para o processo, finalidade maior da atuação do Ministério Público.

21.7. Seja-me concedida breve advertência a respeito da redação das razões finais. Ela deve primar pela sobriedade e pela clareza, evitando-se, tanto quanto possível, o uso de adjetivação agressiva contra o réu. Sabe-se que *reus res sacra*. Por mais hedionda que seja sua conduta, o acusador deve conter sua pena, policiando sua linguagem.

²¹ Ob. cit., in nº 20 dessas notas.

²² Ob. cit. in nº 17 dessas notas, p. 397.

O processo, no fim de contas, nada mais é que a forma civilizada de composição dos litígios. Puna-se com justiça a infração penal praticada, mas trate-se o réu com caridade cristã. A máxima jesuítica *fortiter in re, suaviter in modo* encontra aqui inteira aplicação²³.

21.8. Com igual razão deve-se exigir respeito para com os colegas de Instituição, para com os juízes, para com os advogados e defensores públicos que tenham oficiado no processo respectivo. Qualquer crítica que se tenha a fazer à sua atuação deverá revestir-se de caráter técnico, jamais descambando para o uso de linguagem desabrida. Tome-se a via da correição, caso necessário, quando qualquer deles afastar-se dos parâmetros da boa educação²⁴. Igual respeito deverá ser deferido aos funcionários do Ministério Público e aos do Poder Judiciário que participarem do feito.

21.9. Ao requerer a absolvição, o Promotor de Justiça deverá especificar o fundamento legal em que se baseia seu pronunciamento dentre as hipóteses contempladas no art. 386 do CPP. É que não se pode dissociar os reflexos que a eventual absolvição terá em relação ao ressarcimento do dano *ex delicto*, sem falar no aspecto moral, igualmente relevante para o réu. Observe-se, porém, que, no caso de omissão, o fundamento do requerimento de absolvição poderá ser extraído do conteúdo das razões apresentadas.

21.10. Quando o caso comportar a aplicação da medida de segurança, impõe-se que o Promotor de Justiça especifique, em seu pronunciamento final, qual providência pretende (tratamento ambulatorial ou internação), com a indicação, inclusive, do prazo mínimo de duração da medida (art. 96 e seguintes do CP). Pode ocorrer ainda que o agente seja, apenas, semi-responsável (art. 26, parágrafo único do CP), caso em que, por força do sistema vicariante, o Promotor de Justiça terá que fazer opção entre requerer a aplicação de pena reduzida ou de medida de segurança²⁵.

21.11. A indicação da bibliografia por acaso trazida à colação quando do oferecimento das razões finais deve obedecer a um critério rigoroso de maneira a ensinar ao leitor pronta consulta, caso entenda necessário. Ela deve especificar o nome da obra, o do autor, a indicação da editora, da edição, do ano, do volume (quando for a hipótese) e a página onde se encontra a passagem objeto de referência. Caso ela esteja relacionada com uma revista, o nome da publicação deverá vir estampado, juntamente com o número, ano, período do ano e página da citação, bem como a designação do artigo ou ensaio referido. Diga-se o mesmo quando haja alusão à jurisprudência. Aqui também se fará menção ao repositório (contendo todas as indicações necessárias) onde ela pode ser encontrada bem como ao número e à natureza do recurso ou, se tal se der, à página e à data do Diário Oficial onde o julgado foi publicado. Quanto à disposição, os dados poderão constar no próprio corpo das alegações finais ou em nota de rodapé, esta mais usada em trabalhos de doutrina²⁶.

21.12. As finais, no rito sumário, tal como ocorre no procedimento do júri e no da Lei 9099/95, serão prestadas oralmente (art. 539 do CPP). Acontece que o procedimento sumário perdeu relevância com o advento da Lei 9099/95, pois a grande maioria dos crimes que se encontrava sob sua regência acabou sendo absorvida pelo rito sumariíssimo da Lei 9099/95.

23 Ob. cit. in nº 01 dessas notas. Ali o assunto ganhou mais amplo tratamento.

24 Ob. cit. in nº 01 dessas notas. Ali o assunto ganhou mais amplo tratamento.

25 Ob. cit. in nº 01 dessas notas. Ali o assunto ganhou mais amplo tratamento.

26 Em relação às notas de rodapé, deve ser evitado o uso, muito comum em artigos de doutrina, de textos excessivamente longos, que chegam a abranger, às vezes, metade do conteúdo do próprio trabalho.

21.13. Nos casos de competência originária por prerrogativa de função, há duas modalidades de alegações: as primeiras serão escritas (art. 11 da Lei 8038, de 28.5.90, aplicável aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais por força da Lei 8658, de 26.5.93) e as finais propriamente ditas (art. 12, I) onde se darão os debates, mediante sustentação oral. Em ambas, conforme o caso e no que couber, ficam de pé todas as exigências formais acima analisadas.

21.14. Eventualmente, caso as finais requeiram a absolvição do réu, caberá ao Ministério Público manifestar-se no sentido do levantamento de medida assecuratória consistente no seqüestro (art. 131, III do CPP), assim também quanto à hipoteca legal (art. 141 do CPP), caso aquelas medidas se façam presentes.

Igualmente, voltado agora para a caução, deverá postular a aplicação do mandamento legal externado no art. 337 do CPP, tão logo passe em julgado a absolvição.

Em sentido contrário, se, nas finais, quanto ao mérito, o *Parquet* postular a condenação do réu-afiançado, igualmente deverá requerer que o dinheiro ou objetos e valores dados como caução fiquem sujeitos ao pagamento das custas do processo (art. 804 do CPP), da indenização do dano *ex delicto* (arts. 63 e seguintes do CPP) e da sanção pecuniária (art. 336 do CPP).

21.15. Quando da elaboração de um novo Código de Processo Penal, as alegações finais deverão merecer tratamento legislativo adequado, tal como ocorre, na atualidade, com a sentença (arts. 381, 386 e 387 do CPP) e com o acórdão (art. 617 do CPP), providenciando-se a indicação de suas regras básicas nos moldes delineados no presente estudo.

Assim, para resumir, a lei deverá dispor que as alegações finais conterão:

I - o cabeçalho, com os dados necessários para a identificação da causa a que se referem;

II - o juiz ou tribunal a que são dirigidas;

III - o relatório;

IV - a fundamentação;

V - o requerimento final;

VI - a data e a assinatura do órgão de atuação do Ministério Público ou do advogado do querelante.

22. Espero que estas despreziosas anotações possam revestir-se de alguma utilidade para os meus jovens colegas de Ministério Público, valendo, quando menos, como simples roteiro para as suas atividades diárias.

Outono de 2004.

**Publicado originalmente na Revista nº 22 jul./dez. 2005, p. 319.*

O PODER DE REQUISIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

SERGIO DEMORO HAMILTON*

1. A idéia de dedicar algumas linhas ao tema em exame decorreu do fato de que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por mais de uma de suas câmaras criminais, vem manifestando entendimento no sentido de indeferir diligências pretendidas pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia (art. 399 do CPP), sob a alegação de que o *Parquet* dispõe de poder de requisição direta das diligências que entender cabíveis para o bom desenvolvimento de sua atuação no processo. Com efeito, estabelece aquele dispositivo da nossa lei processual que tanto o Ministério Público como o querelante, ao ser oferecida a denúncia ou a queixa, e a defesa, esta obrando no prazo do art. 395 do CPP, poderão **requerer** as diligências que entenderem **convenientes** (os destaques não constam do texto). Averbe-se, desde logo, que o art. 399 do CPP integra o Capítulo I, do Título I, do Livro II, que versa a respeito da instrução criminal do “Processo Comum”, encontrando complementação no art. 499, constante do Capítulo III, do mesmo Título, onde a lei volta a asseverar que o Ministério Público poderá **requerer** as diligências cuja **necessidade** ou **conveniência** se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (destaques meus). Refere-se o último texto legal a providências que não foram postuladas inicialmente mas que vieram, posteriormente, a ser necessárias (ou somente convenientes) em razão de fatos (ou de meras circunstâncias) que, somente, resultaram apurados no decorrer da instrução criminal probatória. É nessa fase, aliás, que, igualmente, podem ser reiteradas providências em relação a medidas oportunamente pretendidas, no prazo do art. 399 do CPP, mas que, ainda, não se viram atendidas.

Dessa forma, dúvida não pode haver que o Ministério Público pode **requerer** as diligências que lhe pareçam cabíveis para bem instruir o processo, sejam elas necessárias, sejam elas apenas convenientes.

Aliás, o próprio juiz não só pode como **deve** assim proceder, ainda quando o feito venha para a sua conclusão para o fim de sentenciar (art. 502 do CPP), objetivando não somente sanar nulidade como também suprir falta que possa vir a prejudicar o esclarecimento da verdade.

A parte final do dispositivo acima referido é mera decorrência do sistema da persuasão racional (art. 157 do CPP). Aliás, livre convencimento (sistema) e verdade real (princípio) são conceitos que se interpenetram.

Nesse ponto, a “Exposição de Motivos” do CPP desponta com uma clareza de ofuscar os olhos ao dizer:

“Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet* (item VII).”

* SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

Nesse ponto, a “Exposição de Motivos” do Código de Processo Penal faz entrever que o “poderá” da parte final do art. 156 da lei instrumental penal, na realidade e em consonância com o sistema adotado em matéria de prova, só admite uma compreensão: é dever do juiz assim proceder, esgotando todos os recursos para o alcance da verdade real.

Resulta do exposto a possibilidade de o juiz atuar de ofício na busca daquele princípio¹.

É interessante observar que o nosso vetusto Código de Processo Penal já previa o poder de requisição direta do Ministério Público no decorrer da ação penal, na busca de “maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção” (art. 47, constante do Título III, do Livro I, Título aquele que se ocupa da ação penal).

Também na fase do inquérito policial alude, expressamente, a tal poder de requisição do *Parquet* (Título II, do Livro I). Podem ser consultados, à guisa de exemplo, o art. 5º, II e o art. 13, II, ambos do CPP. É posição inerente ao seu poder de investigação assegurado em lei.

Portanto, fica bem claro que a nossa lei processual penal previu, expressamente, a possibilidade quer da requisição quer do requerimento, deixando ao Ministério Público uma opção quanto ao seu atuar conforme entender mais conveniente para a persecução criminal.

Observe-se que, sob este aspecto, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 e as leis infraconstitucionais que a ela se seguiram nada acrescentaram, pois, muito antes, o Código de Processo Penal já previra o poder de requisição do Ministério Público ao lado da possibilidade do mero requerimento, conforme melhor lhe aprouvesse escolher uma via ou outra.

Em outras palavras: há mais de 60 anos requisição e requerimento convivem em nossa lei processual. Estranha-se, assim, porque, somente agora, o problema tenha aflorado.

Cabe indagar: por que o Ministério Público pode, segundo a lei processual, optar por uma medida ou por outra?

Procurei esboçar uma razão para tal posição do legislador ordinário sob enfoque do exame relativo ao **direito à prova** que deve amparar o Ministério Público no processo². Sustentei, então, que, ao lado da requisição, o *Parquet* deve, igualmente, requerer as diligências que pretenda produzir. E o motivo é simples: caso sua requisição, não importa a razão, não seja atendida em tempo oportuno, restará ao Ministério Público a possibilidade de exigir a realização da diligência requerida ao juiz no prazo legal, evitando, com a providência, a ocorrência da preclusão. Dizendo melhor: enquanto em relação à primeira providência o juiz não estará obrigado a

1 Com o advento da Constituição Federal de 1988, que adotou, sem rebuços, o chamado sistema acusatório, tenho manifestado entendimento no sentido de que não mais incumbe ao juiz a iniciativa de provas *pro societate*, só lhe cabendo atuar *ex officio* em prol da defesa, em razão do princípio do *favor libertatis*. Dessa maneira, deu-se, ao meu juízo, certa mitigação ao entendimento que possa merecer o art. 156 do CPP, que cogita do ônus da prova no processo penal e mesmo em relação à peremptória indicação constante da “Exposição de Motivos” do CPP (item VII). Para um exame mais acurado do tema, o leitor interessado encontrará exposição mais ampla em meu estudo “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, in *Processo Penal – Reflexões*, pp. 127 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

2 Consulte-se a respeito meu estudo “Novas questões de Processo Penal”, in *MPM em revista*, Revista Cultural da Associação do Ministério Público Militar, nº 2, outono de 2003, pp. 10 e seguintes.

aguardar o ingresso nos autos do resultado das diligências requisitadas (privilegiando uma das partes), em relação ao requerimento, uma vez deferido, ele gera **direito à prova** em relação ao postulante, com todas as conseqüências processuais que tal direito enseja à parte que o ostenta.

Poder-se-ia objetar que o juiz pode indeferir a diligência pretendida. Porém, o magistrado, para que venha a desacolher o requerimento da parte, só poderá fazê-lo nas seguintes hipóteses:

- a) caso a prova pretendida seja ilícita ou ilegítima (art. 5º, LVI, da CF);
- b) caso a diligência ou a prova requerida seja **manifestamente** incabível no caso concreto.

Nunca, porém, em razão do poder de requisição de que é dotado o *Parquet*. Acrescente-se, ainda, que, na dúvida, o magistrado deve acolher a prova ou a diligência solicitada pela parte, seja ela originária da acusação, seja ela advinda da defesa.

Portanto, não é pelo fato de o Ministério Público dispor do poder de requisição direta que a prova ou a diligência pretendida deva merecer indeferimento.

Some-se ao que ficou dito, ainda, que as providências instrutórias requeridas pelas partes (acusação ou defesa) não precisam ser necessárias, bastando, apenas, que elas possam surgir como convenientes para o deslinde da causa penal. É o que assinala a parte final do art. 399 do CPP. Ressalte-se, porém, que, em relação à mera conveniência da medida a ser tomada, o juiz gozará de maior discricão para o fim de deferi-la ou não. O mesmo não pode ser dito quando se cogite de prova ou diligência indispensável para o julgamento da causa penal. E isto, mais uma vez precisa ser dito, vale para ambas as partes.

Vê-se, pois, que o convívio das duas providências, longe de parecer absurdo, apresenta-se extremamente salutar para o processo.

2. Suponhamos, no entanto, que o magistrado, apesar de todas as ponderações acima expostas, venha a indeferir as medidas solicitadas pelo *Parquet* no prazo do art. 399 do CPP ou mesmo na fase de diligências (art. 499 do CPP); haverá recurso contra tal decisão?

A lei não previu recurso para esta modalidade de cerceamento de prova. Por tal motivo, a questão tem sido enfrentada, entre nós (RJ), pela via da Reclamação.

Na verdade, são suscetíveis de correição, mediante reclamação da parte ou do órgão do Ministério Público, os despachos irrecorríveis proferidos pelo juiz, que importem em erro de ofício ou abuso de poder ou ainda aquelas manifestações jurisdicionais que acarretem inversão da ordem legal do processo (art. 219 do CODJERJ).

Nesse sentido, podem ser vistos julgados do nosso Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, acolhendo Reclamação do *Parquet*, entenderam ser perfeitamente possível ao Ministério Público requerer diligências no prazo do art. 399 do CPP, independentemente do seu poder de requisição, salientando ainda ser direito subjetivo processual do órgão ministerial assim proceder. Alinham-se com tal entendimento os seguintes pronunciamentos: Reclamação nº 2003.023.0002, da 1ª Câmara Criminal, rel. Des. Nildson Araújo da Cruz, julgada em 20-5-2003; Reclamação

nº 2002.023.00073, da 8ª Câmara Criminal, rel. Des. Valmir Ribeiro, julgada em 23-1-2003. Do mesmo teor podem ser registradas decisões dos Tribunais de Justiça de São Paulo, de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, onde a matéria se viu, igualmente, ventilada. Vejam-se as seguintes manifestações jurisdicionais daqueles Tribunais: Correição Parcial nº 250.527.3, São Paulo, da 6ª Câmara Criminal, de 06-08-98; TJSP, RT 645/282, SP; TJMG, Proc. 10000.03.403466-0/000 (1), de 04-10-2004; TJMG, Proc. 10000.03.403041-1/000 (1), de 03-05-2004; TJMG, Proc. 10000.03.403791-1/000 (1), de 03-05-2004; TJRS, Correição Parcial, Proc. nº 70008563314, de 06-5-2004³.

Destaque-se, ainda, acórdão da 4ª Câmara Criminal do TJRJ, publicado na íntegra pela “*Revista do Ministério Público*”, órgão cultural do *Parquet* do Estado do Rio de Janeiro, tendo como relatora a eminente Desembargadora Telma Musse Diuana, onde a matéria restou examinada por diversos aspectos e com riqueza de enfoques⁴.

3. Não se põe em dúvida o poder de requisição do Ministério Público. É bom que fique claro. O que se aduz e se defende é que aquele direito do órgão da acusação pública não interfere nem prejudica o requerimento endereçado à autoridade judicial. E, como demonstrado, não se traduz em mero *bis in idem*.

Aquele poder exsurge nítido do Texto Magno (art. 129, VI, CR) e das leis orgânicas que regem o Ministério Público da União (art. 8º, II e IV da LC nº 75, de 20.5.93) e o *Parquet* estadual (Lei 8625/93, art. 26, I, “b” e LC 106/2003, art. 35, I, “b”).

Até mesmo o nosso velho Código de Processo Penal, Decreto-Lei de 1941, já garantia tal direito ao Ministério Público no decurso da ação penal (art. 47), somando-se àqueles assegurados, como é natural, na fase de investigação preliminar (arts. 5º, II e 13, II).

4. As decisões que contrariam tal entendimento ferem, sem sombra de dúvidas, o princípio da isonomia (art. 5º da CF) que tem como corolário indiscutível, no campo do processo, o princípio da igualdade das partes.

O princípio da igualdade perante a Justiça faz nascer a impossibilidade de o juiz fazer distinção entre as partes, obrigando-o a conferir tratamento igual para ambos os contendores. A igualdade perante a lei, mera isonomia formal, se transformaria em quimera, caso ela não se fizesse presente no processo.

É certo, convém aditar, que o princípio da igualdade das partes no processo penal não se apresenta como um dogma, já que a própria **lei** se encarrega de mitigá-lo em nome de um valor maior – este sim absoluto! – consistente na liberdade individual. Em nome do princípio do *favor libertatis*, a **lei** (sempre ela!) assegura ao réu uma série de vantagens de que não se pode valer a acusação. Assim, entre outras benesses, sabe-se que somente a defesa goza do privilégio da revisão criminal, pois em nosso ordenamento jurídico a sentença absolutória, uma vez trânsita, torna-se imutável, mesmo que fundada em prova manifestamente falsa. Da mesma forma, o recurso de embargos infringentes e/ou de nulidade só pode ser interposto pelo réu (art. 609, parágrafo único, do CPP), embora no processo penal militar (art. 538 do CPPM) ambas as partes desfrutem do direito de embargar. Igualmente, o protesto por novo júri tem cabimento unicamente em favor do acusado (art. 607 do CPP)⁵.

3 Indicações extraídas do estudo do Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, CARDOSO, FRANCISCO de Assis Machado, a ser publicado na “*Revista do Ministério Público - RJ*” de nº 21, 3ª fase, na seção “Jurisprudência Comentada”.

4 “*Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*” – RJ, 3ª fase, nº 13, pp. 505/512, Reclamação nº 70/00, da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

5 Caso haja interesse no exame da matéria, será possível encontrar-se estudo mais amplo sobre o tema em

Portanto, como de fácil constatação, o princípio da igualdade das partes sofre mitigação em nossa lei processual penal em respeito ao enunciado do *favor rei*.

No caso sob vistas, estaríamos diante de nova atenuação beneficiando a defesa em detrimento da acusação?

Evidentemente que não. Em todas as hipóteses contempladas em que a isonomia formal das partes no processo sofre mutilação, é a própria lei que se encarrega de especificar a quebra do princípio geral em homenagem ao dogma do *favor innocentiae*.

Pois bem: na questão que ora se examina dá-se exatamente o contrário, pois a lei assegura ao Ministério Público as duas opções que, como visto, se justificam (requerer ou requisitar). A primeira indicada nos arts. 399 e 499 do CPP, ao passo que a última encontra guarida no art. 47 do mesmo Código, assim também na Constituição da República e em leis orgânicas que regem a Instituição (cf. nº 3, *supra*).

5. Assinale-se, em razão de tudo que ficou dito, que a ilustrada Defensoria Pública dispõe de igual poder de requisição assegurado pela Constituição de nosso Estado - RJ (art. 181, IV, "a") e, não obstante isso, nunca chegou ao meu conhecimento houvesse, da parte de nosso Tribunal de Justiça, tal procedimento em relação àquela nobre e maravilhosa Instituição, desde que lícita ou pertinente a medida pretendida. Dessa maneira, ela pode requerer ao juiz a providência desejada ou tomar a opção de requisitá-la diretamente. É, aqui também, questão de escolha por uma das vias.

Por que, então, adotar-se dois pesos e duas medidas?

Onde a base legal para o indeferimento?

6. Vedar ao Ministério Público o ato de requerer as provas e diligências que entenda necessárias ou convenientes nos prazos a que se refere a lei processual (arts. 399 e 499 do CPP), antes de ser uma violação ao direito codificado, importaria em ofender o princípio do contraditório, acarretando cerceamento da acusação, principalmente quando igual direito é concedido à defesa. A Constituição da República restaria afrontada nos seus exatos termos (art. 5º, LV), importando a providência arbitrária em violar o devido processo legal.

7. Outro dado a exigir meditação reside na aplicação do princípio da plena efetividade jurisdicional. Na verdade, o juiz, para bem decidir, não pode abrir mão da contribuição das partes no objetivo de bem instruir o processo, proporcionando-lhe, independentemente das providências que possa tomar de ofício, todos os adminículos que sirvam para a busca da verdade processual.

Estando em jogo direitos e valores indisponíveis no processo penal, não pode o magistrado comportar-se como um convidado de pedra, de braços cruzados, limitando-se a assistir ao desenrolar da lide penal.

As limitações à sua atuação serão, tão-somente, aquelas advindas da Constituição e das leis. No mais, deve buscar a verdade real. É dizer: verdade real, com efeito, somente o Padre Eterno, no Juízo Final, é que a proclamará. Na realidade, embora correntio o enunciado "verdade real", o que se tem como demonstrado, nos autos, é a "verdade processual", isto é, aquela "verdade" que se pôde trazer ao processo, a "verdade" possível, que, no mais das vezes, quero crer, coincide com os fatos que provavelmente ocorreram.

meu trabalho intitulado "A vassalagem ao direito de defesa", in *Doutrina*, nº 4, 1997, publicação do Instituto de Direito, pp. 112 e seguintes.

Daí que o juiz não pode nem deve desprezar qualquer contribuição que a parte, seja a acusação seja a defesa, possa, legitimamente, trazer ao feito que vai julgar, provendo à regularidade do processo (art. 251 do CPP) e evitando qualquer excesso que os postulantes venham a praticar, ao indeferir as providências ilegais ou manifestamente inoportunas (1, *supra*).

8. Merece destaque a interessante observação feita pelo Promotor de Justiça-RJ FRANCISCO DE ASSIS MACHADO CARDOSO no trabalho já mencionado (nº 3, das notas de rodapé), quando registra que o requerimento melhor conviria ao princípio da publicidade dos atos processuais, possibilitando, desde logo, pleno acesso à parte contrária e, até mesmo, a qualquer interessado aos atos e providências que estariam sendo realizados **dentro do processo**.

Com efeito, a publicidade dos atos processuais é assegurada na Lei Maior (art. 5º, LX), ao indicar que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Em conformidade com a Carta Política, a lei processual penal estabelece, como regra, que os atos processuais serão públicos (art. 792 do CPP), salvo no caso de escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, caso em que a audiência, a sessão ou ato processual terão a sua publicidade restrita (art. 792, §§ 1º e 2º).

É certo que, em havendo requisição por parte do órgão da acusação pública, as diligências que dela advierem, uma vez acostadas ao processo, serão, ao empós, submetidas ao contraditório diferido, uma vez que sobre elas a defesa terá que manifestar-se. A hipótese assemelha-se às chamadas “provas definitivas” (exame de corpo de delito e perícias em geral) levadas a efeito no decorrer do inquérito policial, uma vez que sobre elas a defesa, em regra, só irá manifestar-se em juízo, quando, muitas vezes ou quase sempre, já não mais poderão ser refeitas. Porém, sempre poderão ser contestadas pela defesa e, eventualmente, esclarecidas ou renovadas por ordem do juiz (art. 181 e seu único parágrafo do CPP).

Nem se ponha de lado o valor da requisição, uma vez que ela pode abreviar uma série de providências que o juízo, sempre atarefado, pode retardar. Aqui, no entanto, esbarra-se na questão mais relevante relacionada com o **direito à prova**. Para ser mais claro: a requisição levada a efeito pelo *Parquet* (parte no processo), na hipótese de ter seu atendimento retardado, não poderá acarretar a paralisação do processo, caso o juiz resolva decidir a causa sem que ela venha ao feito, com isto trazendo grave prejuízo para a sociedade. Ao revés, o requerimento, uma vez deferido, gera **direito à prova** para acusação, cabendo ao juiz aguardar seu ingresso nos autos coerente com o seu despacho de acolhimento da prova. E se ele assim não proceder? Haverá, não há negar, cerceamento para a acusação, pois os casos em que a diligência ou a prova requerida ensejam indeferimento são aqueles já examinados no início do presente estudo (1, *supra*).

9. Mas as observações a respeito da matéria não se esgotam no plano estritamente processual. A questão torna-se de fácil compreensão se analisada pelo ângulo do princípio de hermenêutica que impõe a interpretação das leis conforme a Constituição. À luz do princípio da supremacia da Constituição, que assume posição primacial, superando qualquer outro critério de interpretação da norma legal infraconstitucional, constata-se o equívoco das restrições à ampla busca da verdade processual por parte do Ministério Público. Sabe-se que a noção a respeito da supremacia formal da Constituição encontra sua raiz no famoso caso *Marbury Vs*

Madison, ocorrido nos Estados Unidos há mais de dois séculos (1803). Aliás, antes da histórica decisão de Marshall, ALEXANDER HAMILTON já sustentava tal critério de interpretação das leis em seus artigos publicados no “*The Federalist*”⁶.

Não é aqui a sede adequada para o estudo do célebre caso, merecedor de ampla abordagem pelos reflexos que traria na interpretação das leis pelos juízes a partir de então, ao ponto de ficar conhecido como a “Doutrina Marshall”⁷.

Colocada a questão nestes termos, constata-se que a Constituição Federal, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, estabelece que a ele compete promover, **privativamente**, a ação penal pública, na forma da lei. Esta, por seu turno, confere instrumentalidade ao preceito constitucional nos arts. 100, § 1º do CP e 24 do CPP, sem falar nos diversos dispositivos constantes das leis orgânicas que regulam o Ministério Público da União bem assim o *Parquet* estadual (3, *supra*).

O Texto Magno, voltado para a efetividade da atuação Ministerial, contém, ainda, norma genérica ou de encerramento ao assinalar que ao Ministério Público compete, ainda, “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade” (art. 129, IX).

Tudo, pois, a demonstrar que a atuação do *Parquet*, na busca da verdade processual, deve ser a mais ampla possível. Para tanto, pode e deve fazer uso dos direitos e das faculdades processuais que o Código lhe outorga.

Em tal contexto, vê-se que o requerimento e a requisição em busca de diligências ou provas que possam fazer aflorar a verdade real traduzem a melhor interpretação da lei conforme a Constituição, pois ambos, conforme determina a Lei Maior, são compatíveis com a finalidade de atuação do *Parquet* no processo.

10. Pensar de outro modo levaria o intérprete a negar efetividade ao tão decantado princípio da verdade processual, acarretando verdadeiro cerceamento ao exercício da atividade acusatória e, por via de consequência, impedindo a manifestação plena da própria atividade jurisdicional.

Os juízes que assim procedem estão profundamente equivocados em relação à atuação do Ministério Público no processo em geral. Esquecem-se que o Ministério Público e o Poder Judiciário, neste aspecto, integram uma mesma magistratura, que somente busca a realização de justiça. Nesse ponto, é possível dizer que somos operários do mesmo ofício. Isto resulta bem nítido dos termos da própria lei processual penal. Como parte formal, o *Parquet* pode requerer a absolvição do réu (art. 385 do CPP) e impetrar *habeas corpus* em favor do acusado ou do indiciado (art. 654 do CPP). Cabe-lhe ainda apelar em favor do réu, objetivando desconstituir uma sentença condenatória nula ou injusta. Note-se que, em tal apelo, não há falar em sucumbência por parte do Ministério Público mas em mero interesse em recorrer (art. 577, parágrafo único, do CPP). Qual interesse? O da realização de um processo **justo**. Outro não há.

Portanto, como limitar a atuação do *Parquet* em tais circunstâncias, ao mesmo tempo em que a parte ré goza de ambas as prerrogativas (requerer e requisitar), sabendo-se que esta defende interesse particular?

6 HAMILTON, Alexander, MADISON James e JAY John, “The Federalist”, *apud* JATAHY, Carlos Roberto de Castro, in “*Revista do Ministério Público*” – RJ – 3ª fase, nº 19, pp. 81 e seguintes, jan-jun-2004.

7 Para um estudo minucioso do célebre caso e da doutrina que ele engendrou, veja-se o excelente trabalho referido em o nº 6 destas notas, do Procurador de Justiça JATAHY, Carlos Roberto de Castro.

11. É chegada a hora de encerrar, alinhando algumas conclusões.

11.1. Requerimento e requisição podem e devem conviver no processo penal, conforme preceitua o Código de Processo Penal desde 01-1-1942 (art. 810);

11.2. Ambas as providências buscam a realização do princípio da verdade processual;

11.3. O requerimento assegura ao Ministério Público o **direito à prova**, o que não se dá com a requisição, pois desta o juiz não toma conhecimento, pelo menos inicialmente;

11.4. A diligência pretendida pelo *Parquet* só pode ser indeferida caso ela tenha em vista a produção de uma prova ilícita ou ilegítima ou ainda **manifestamente** incabível no caso concreto;

11.5. A diligência para merecer deferimento não precisa ser necessária, bastando, apenas, que ela seja **conveniente** para a instrução do processo;

11.6. Na dúvida, o juiz deve sempre deferir a prova pretendida pelas partes;

11.7. Cabe Reclamação do despacho que indeferir o requerimento de diligências fora dos casos indicados (11.4, *supra*);

11.8. A decisão que desacolhe a pretensão Ministerial fere, sem dúvida, o princípio da isonomia (art. 5º da CF) e a garantia da igualdade das partes no processo, tendo em conta o direito de igual providência assegurado à defesa pela Constituição Estadual (art. 181, IV, "a");

11.9. Sem prejuízo do poder de requisição de que é dotado o Ministério Público, o requerimento no curso do processo melhor atende ao princípio da publicidade dos atos processuais;

11.10. A diligência, uma vez deferida, assegura ao Ministério Público o direito à prova, evitando a ocorrência do fenômeno processual da preclusão;

11.11. O entendimento da lei processual aqui defendido é a interpretação que melhor se ajusta à luz do princípio da supremacia formal da Constituição;

11.12. O princípio da verdade processual só pode encontrar limitação nos casos previstos em **lei** por força da observância de um valor maior, qual seja o princípio do *favor rei*.

Inverno de 2005.

**Publicado originalmente na Revista nº 23 jan./jun. 2006, p. 221.*

O SANEAMENTO NO PROCESSO PENAL

WEBER MARTINS BATISTA*

Introdução

1. Quando os conflitos de interesses são demasiadamente importantes para o Estado, a ponto de não permitir este que sejam resolvidos longe dos olhos do Judiciário, ou quando, embora disponíveis os interesses, falharam todas as tentativas de conciliação e de solução amigável, os homens batem às portas da Justiça.

Nesta busca desesperada existe, ainda hoje, um pouco do drama *kafkiano*. Por mais evoluídas que estejam as leis, e por mais nobres e bem-dotados que sejam seus aplicadores, o processo moderno continua tendo alguma coisa das ordálias divinas.

Estranho aos acontecimentos que vai julgar – e nisso reside o que *Capograssi* chamou o grande drama do processo –, precisa o juiz reconstituir os fatos de que esteve ausente, numa operação *proustiana de vera e sola ricerca del tempo perduto*¹.

Em meio a essas dificuldades, não é menor o problema ocasionado pela atuação das partes, pelo desinteresse ou pela paixão. “A eloquência sempre foi, e continuará a ser extraordinário elemento de conquista e domínio. O efeito da palavra, tanto a escrita como a falada, produz-se nos juízos e tribunais em geral, e não somente no júri”².

Assim, o litigante mais bem-amparado corre sempre o risco de perder, e isso lhe dá uma sensação permanente de insegurança, que só termina muito além da sentença, com sua execução.

Além do mais, como diz *Carnelutti*, sendo processo *un medio indispensable para sanar la litis cuando sea rebelde a otros tratamientos más sencillos, es también un medio costoso: exige tiempo y dinero*³.

De tudo isso resulta que o bem atribuído a uma das partes pela sentença sofre considerável desgaste. O ideal de Justiça deve consistir, portanto, em diminuir, tanto quanto possível, esse passivo, sem prejudicar o acerto da decisão.

Como diz Galeno Lacerda, a função de economia no processo transcende à mera preocupação de poupar trabalho a juízes e partes, e visa, antes, “à ânsia de perfeição da Justiça humana”, que é o “reconhecer e proclamar o direito com o menor gravame possível”⁴.

2. Em muitos processos é impossível, ou ainda não é possível, o julgamento de mérito, seja pela ausência de pressuposto necessário à existência ou à validade do processo, seja pela falta de alguma condição da ação, seja, finalmente, pela existência de nulidade ou irregularidade sanável.

Relegar este exame para o momento da sentença final, depois de percorrido todo o *iter* procedimental, colhidas as provas, gastas as energias das partes, seria, em muitos casos, realizar um trabalho inútil, além de dispendioso.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Professor Titular da UERJ, aposentado, ex-membro da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal e da Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.099/95.

1 “Giudizio, Processo, Cienza, Verità”, in “Rivista di Diritto Processuale”, 1950, vol. 5, parte 1, p. 5.

2 Roberto Lyra, Introdução a *O Júri sob todos os aspectos*, 1950, pp. 16-17.

3 *Estudios de Derecho Procesal – Líneas Generales de la Reforma del Proceso Civil de Cognición*, vol. 1, p. 140.

4 *Despacho Saneador*, 1953, p. 6.

É de toda conveniência, portanto, que o juiz, ao ser proposta a ação, ou após contestada esta, possa pronunciar decisão que ponha termo ao processo, ou determinar as diligências necessárias para o convalidamento das nulidades ou a correção das irregularidades, evitando, em qualquer caso, a perda de tempo e de dinheiro.

Esta atividade, informada pelo que se chamou “princípio de saneamento”, realiza-se no processo brasileiro de cognição, desde o primeiro contato do juiz com a petição inicial, que pode ser por ele, indeferida quando manifestamente inepta, ou quando a parte for ilegítima (art. 160); prossegue quando ele aprecia as exceções, e encontra sua mais alta expressão no momento próprio do despacho saneador.

3. Colocado ao fim da fase postulatória, destina-se este despacho ao exame das condições de viabilidade da instância. Nesse momento, já delineados os lindes da *res in judicium deducta*, realiza o juiz o exame, quase sempre definitivo, das condições que tornam possível o prosseguimento do processo, para a decisão final da lide.

A três soluções pode chegar: ou entende que a instância é inviável, e neste caso proferirá decisão terminativa do processo; ou julga possível seu prosseguimento, expungido dos vícios e irregularidades sanáveis – caso em que ordena as diligências necessárias a tal fim; ou, finalmente, declara admissível o *judicium*, sem necessidade de qualquer providência.

Em qualquer caso ou a instância se encerra no nascedouro, por inviável, ou o processo caminha para a fase de julgamento, livre de qualquer defeito de forma.

Notável, portanto, não apenas sua contribuição à economia processual, como, também, à facilitação lógica do julgamento da causa.

Como lembra *Liebman*, a atividade do juiz para instruir e examinar a controvérsia submetida a julgamento será tanto mais eficiente quanto menos sua atenção e sua serenidade forem desviadas pela necessidade de resolver as dúvidas que podem ser levantadas a respeito da regularidade e validade do próprio processo. Para permitir um atento e sereno conhecimento da causa, a audiência deve ser, quanto possível, contínua e destinar-se ao estudo de um objeto delimitado e homogêneo⁵.

Na exata conceituação de Elézer Rosa, o saneador corresponde, no plano processual, a uma necessidade lógica do espírito humano nos fenômenos de julgamento: separar as questões acidentais, parasitas, da principal, que é o objeto precípua do julgamento⁶.

Histórico

4. Se o instituto oferece tantas vantagens, a ponto de ser considerado por alguns juristas “a mais notável contribuição ao princípio de economia processual feita ao processo e à justiça”,⁷ não teria a idéia ocorrido já em épocas anteriores, a outros povos, notáveis por sua cultura jurídica?

A resposta, mesmo sem qualquer estudo do tema, e recorrendo-se tão-só à lógica pura, somente pode ser afirmativa. Com maior ou menor acerto, dadas a época e a cultura do povo onde floresceu, houve, desde os primórdios do processo, institutos, atividades ou momentos, por empíricos que fossem, com finalidades mais ou menos semelhantes às do despacho saneador.

5 *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, 1947, p. 159.

6 *Dicionário de Processo Civil*, 1957, verbete “Despacho Saneador”, 179.

7 Elézer Rosa, *ob. cit.*, p. 179.

Galeno Lacerda aprofunda sua indagação no tempo e vai buscar traços de analogia com o instituto nas Leis de Manu e nas decisões dos tribunais atenienses, lembrando que a “economia processual realizou-se, nos sistemas orais antigos, de uma forma prática e espontânea”⁸.

Outros autores encontram essa semelhança, mais proximamente, no processo romano-clássico com sua divisão em duas fases distintas, a que se desenvolvia perante o pretor (*in jure*) e a que se desenvolvia perante o juiz particular (*in judicio*).

O próprio José Alberto dos Reis, que é o sistematizador do instituto em sua pátria de origem, pensa assim, ao declarar: “Pode até certo ponto dizer-se que esta separação (entre o julgamento de forma e o julgamento de mérito) já se encontra no processo romano, em que o julgamento de forma se verificava na fase denominada *in jure*, desenvolvida perante o pretor, e o julgamento de mérito na fase denominada *in judicio*, desenvolvida perante o juiz”⁹.

Pedro Batista Martins chega a afirmar que “o despacho saneador não constitui novidade, sendo, ao contrário, mera tendência para a repriminção da *Contentio de ordenando judicio* dos romanos e das *preparatoria judicii*, que se exauriam, no processo italiano medieval, no período anterior a *litis contestatio*”¹⁰.

Liebman afasta a idéia de semelhança, por entender que a separação do processo romano em duas fases não coincidia com a distinção que hoje fazemos entre questões processuais e mérito da controvérsia. Questões que hoje incluiríamos no mérito eram decididas pelo magistrado antes da *litis contestatio*. Depois, aquela divisão se devia a razões de caráter histórico e político¹¹.

Defendendo ponto de vista intermédio, ressalta Galeno Lacerda, no que interessa ao tema, que a apontada analogia não decorre tanto da divisão do processo romano em duas fases, mas, principalmente, da faculdade de o magistrado julgar as questões prévias antes da concessão da fórmula; no poder de conceder ou denegar a *actio*¹².

Moacyr Amaral Santos vê “o espírito que anima o despacho saneador com raízes nas Ordenações do Reino, que determinavam fosse a arguição das nulidades feita por escrito, antes da contrariedade, e, em seguida, conclusos os autos, resolvesse o juiz sobre a procedência ou não da arguição, absolvendo o réu da instância ou mandando viesse ele com a contestação. Era o que rezava a Ordenação, Liv. III, Tit. 20, § 16”¹³.

Oscar da Cunha situa-o mais perto, ao dizer que esse despacho, “na sua essência e finalidade, não é novo na nossa sistemática processual e já o Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850, o prescrevera em seus arts. 97 e 98”¹⁴.

8 *Ob. cit.*, p. 16.

9 *Breve estudo sobre a reforma do Processo Civil e Comercial*, Coimbra, 1929, p. 151. Sobre a evolução do processo civil romano, vejam-se Ebert Chamoun, *Instituições de Direito Romano*, 1962, p. 121 e segs., e José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, vol. I, 1967, p. 195 e segs.

10 *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, tomo II, 1960, p. 379.

11 *Ob. cit.*, p. 110.

12 *Ob. cit.*, p. 14.

13 *As Condições da Ação no Despacho Saneador*, 1946, p. 28.

14 “Despacho Saneador” in “*Rev. Forense*”, vol. 101, p. 263.

O texto dos artigos citados é: Art. 97 – “Na contestação deve o réu inserir, antes da alegação da matéria de defesa, a arguição das nulidades de conciliação, ação, citação e de todos os atos e termos que tiverem ocorrido até o ponto da contestação”.

Art. 98 – “Quando na contestação constar a arguição de nulidade, o juiz, tomando dela conhecimento verbal e sumário em audiência, ou mandando que os autos lhe sejam conclusos, suprirá ou pronunciará a nulidade como for de direito e se prescreva no título das Nulidades”.

5. Nem nas Ordenações, nem no Regulamento n.º 737 se pode enxergar o antecedente imediato do instituto, pois em ambos o ato do juiz era provocado pelas partes. O que caracteriza o saneador é o papel ativo do juiz, é o ato de inspeção de ofício, a sua obrigatoriedade¹⁵.

Apontam-se nas legislações contemporâneas institutos semelhantes ao saneador. Galeno Lacerda cita como exemplos a audiência preparatória da ZPO alemã e a audiência preliminar da ordenação austríaca de 1895. A tônica de sua afirmação está no fato, sempre ressaltado, de poder o juiz ou tribunal conhecer, de ofício, das questões preliminares.

Também na Inglaterra e nos Estados Unidos criaram-se, embora de modo empírico, fases preliminares de conciliação, em que, na maioria das vezes, se consegue resolver a questão de fundo.

Liebman se insurge contra a pretendida analogia com as soluções legislativas dos dois primeiros diplomas citados, e o faz com argumento que se aplica, igualmente, aos dois últimos, que é a inexistência de um conhecimento separado das questões preliminares e de mérito a serem decididas¹⁶.

6. Em Portugal, foi instituto introduzido através do Decreto n.º 3, de 1907, com o fim de, no processo sumário, conhecer das nulidades. Como relata José Alberto dos Reis, o Decreto n.º 12.353 ampliou os objetivos do despacho, fazendo-o incidir sobre a apreciação da legitimidade das partes e sobre outras questões prévias ou prejudiciais, por forma a ficar o processo desembaraçado de tudo quanto possa obstar ao conhecimento do fundo da causa.

Desta maneira, “separa o julgamento de forma, digamos assim, do *juízo de mérito*” (grifo do original), trazendo para o despacho saneador o conhecimento das questões prévias ou prejudiciais, que, pelas disposições anteriores, eram apreciadas na sentença¹⁷.

A ação da jurisprudência, confirmada, mais tarde, pelo legislador através do Decreto n.º 21.287, de 1932, e consagrada, finalmente, no atual Código de Processo Civil português, acabou por permitir nesta fase, “quando o processo lhe forneça os elementos necessários”, a apreciação e julgamento do próprio mérito da causa¹⁸.

Na audiência preliminar da Ordenação austríaca, são resolvidas não apenas as questões processuais, como, também, o próprio mérito da causa, quando há reconhecimento do pedido, renúncia ou revelia (§ 239). Sem razão Buzaid, quando, depois de citar o texto acima mencionado do Código austríaco e o comentário de *Schrutka (Grundriss, 2.ª ed., p. 178)*, afirma o contrário¹⁹.

Mas, não há separação das questões a serem decididas e, por outro lado, não é obrigatória a decisão das questões preliminares nessa fase, com efeitos preclusivos. A finalidade da primeira audiência é, sem qualquer orientação doutrinária, aliviar a tarefa do juiz na audiência de debate oral²⁰.

Já o instituto criado em Portugal obedece a um esquema doutrinário lógico, pois, separa, nitidamente, as questões de forma das de fundo, obrigando o juiz a se pronunciar, desde logo, sobre aquelas, com efeitos preclusivos.

15 Galeno Lacerda, *ob. cit.*, p. 34.

16 *Ob. cit.*, p. 112.

17 *Ob. cit.*, pp. 150-151.

18 Código de Processo Civil Português, art. 514, item 3º.

19 “Despacho Saneador”, in “*Revista de Direito Processual Civil*”, vol. I, p. 54.

20 Buzaid, *ob. cit.*, p. 55.

É verdade que lá também se admite, excepcionalmente, a decisão do mérito na fase do saneamento, mas não menos certo é que tal fase se destina, precipuamente, à solução das preliminares, que, em regra, não podem ser apreciadas posteriormente.

É Portugal, portanto, a verdadeira pátria do despacho saneador, tanto em seu conceito de “decisão de conteúdo formal”, em que o juiz “ordena ao processo, determinando as necessárias providências para a instrução da causa e o julgamento do mérito”, como em seu sentido amplo de “momento procedimental que se insere entre a fase postulatória e a de instrução”,²¹ destinada a eliminar os defeitos formais do processo e possibilitar o julgamento final.

Por isso mesmo, Martinho Garcez Neto o chamou “filho reconhecido do direito português”²² e *Liebman* proclama ser ele “a contribuição original dos legisladores portugueses e brasileiro ao desenvolvimento geral e ao progresso do direito processual civil”²³.

7. Entre nós, foi o instituto introduzido por Ferreira de Vasconcelos, através do Anteprojeto de Código de Mato Grosso, de 1928, moldado no Decreto Português n.º 12.353, de 1926, aparecendo, mais tarde, nos anteprojetos Ferreira Braga/Filadelfo Azevedo e Batista Martins.

Seu acolhimento no Direito positivo ocorreu, na forma do despacho inominado, no Decreto-Lei n.º 960, de 1938, que regula, ainda hoje, a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública (arts. 19 e 20). Daí passou para o Código de Processo Civil, que dele cuida nos artigos 293 e 296²⁴.

O modelo brasileiro se contém em lindes menos amplos que os do instituto em seu país de origem, pois, não consagra expressamente, como ocorre em Portugal, a possibilidade de o juiz decidir a lide no momento de proferi-la, ainda que para tanto esteja aparelhado.

8. Expostos, embora de maneira sucinta, os antecedentes legislativos do saneador, resta uma questão interessante, que é indagar de seus antecedentes lógicos. A respeito, parece muito feliz a opinião de Alfredo Buzaid, para quem tanto o saneador quanto a audiência preliminar do Código austríaco devem ter resultado da revolução que se operou na doutrina processual, com a separação: pressupostos processuais, condições da ação e mérito.

21 José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 1959, p. 267.

22 “Despacho Saneador – Aplicações e Deturpações”, in “Revista Forense,” vol. 101, p. 443.

23 *Ob. cit.*, p. 107.

24 Eis o texto dos artigos: art. 293 - “Decorrido o prazo para a contestação, ou reconvenção, se houver, serão os autos conclusos para que o juiz profira o despacho saneador dentro de dez dias.”

Art. 294 - “No despacho saneador, o juiz: I - decidirá sobre a legitimidade das partes e de sua representação, ordenando, quando for o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público; II - mandará ouvir o autor, dentro de três dias, permitindo-lhe que junte prova contrária, quando na contestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser, extintivo do pedido; III - examinará se concorre o requisito do legítimo interesse econômico e moral; IV - pronunciará as nulidades insanáveis ou mandará suprir as sanáveis, bem como as irregularidades; V - determinará, *ex-officio*, ou a requerimento das partes, exames, vistorias e outras quaisquer diligências, na forma do art. 295, ordenando que os interessados se louvem dentro de vinte e quatro horas em peritos, caso já não hajam feito, e indicando, o terceiro desempataador, como prescreve o art. 129. Parágrafo único: as providências referidas nos arts. I e II serão determinadas nos três primeiros dias do prazo a que se refere o artigo anterior.”

Art. 295 - “Para o suprimento de nulidades ou irregularidades e a realização de diligências, o juiz marcará prazos não superiores a quinze ou trinta dias, conforme a realização do ato seja dentro ou fora da jurisdição. Findos os prazos, serão os autos conclusos para que o juiz, dentro de 48 horas, proceda na forma dos n.ºs I e II do artigo seguinte”.

Art. 296 - “Não sendo necessária nenhuma das providências indicadas no art. 294, o juiz, no próprio despacho saneador: I - designará audiência de instrução e julgamento para um dos 15 dias seguintes: II - ordenará, quando necessário, o comparecimento à audiência, das partes, testemunhas e peritos.”

Ora, se aqueles dois primeiros grupos compõem os “requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito” e “devem ser examinados pelo juiz *ex-officio*, uma regra elementar de política legislativa “aconselhava que a verificação de tais elementos não fosse diferida para o momento de proferir a sentença definitiva, quando já todas as provas tinham sido produzidas, porque a falta de qualquer deles, longe de permitir a composição do conflito de interesses, daria lugar à determinação do processo, sem resolução do mérito”²⁵.

A solução lógica, seguindo-se a linha de raciocínio do douto processualista citado, foi a consagrada em Portugal, com a nítida separação do processo em duas fases, cada uma delas a ser encerrada com uma sentença diferente: de forma, a primeira; de fundo, a segunda.

Conceito

9. Na conceituação do instituto, assumem os doutrinadores duas posições distintas. De um lado, estão aqueles segundo os quais o despacho saneador engloba todos os atos praticados pelo juiz no momento dos artigos 293/296, inclusive as decisões terminativas do processo.

Entre estes, Pedro Batista Martins, para quem “no despacho saneador poderá o juiz verificar se existe, efetivamente, o direito que se arroga o autor, julgando-o, em caso negativo, carecedor da ação proposta; se as partes têm qualidade para agir, isto é, se o autor é o titular do direito que alega, em nome próprio (*legitimatio ad causam*) e, ao mesmo tempo, se o réu é titular do direito, invocado *ope exceptionis*; finalmente, se o autor tem interesse no exercício da ação, e, pois, ao juiz será lícito repeli-la no despacho saneador para que, em atenção ao princípio da economia processual, não evolua uma ação que há de ser fatalmente julgada improcedente”²⁶.

Comentando os efeitos do saneador, Gabriel Rezende Filho assume posição idêntica: “Quando o juiz absolve o réu no despacho saneador, por ser ilegítimo o seu interesse, ou por ser a parte ilegítima *ad causam*, o despacho saneador tem força de sentença definitiva”. E, mais abaixo: “Quando, porém, se limita a ordenar o processo, considerando-o saneado, o despacho saneador é interlocutório simples”²⁷.

Da mesma forma, Moacyr Amaral Santos: “Assim, o despacho saneador tem por finalidade - limpar o processo, liquidar o processo, ordenar o processo”. “Limpar o processo, de molde a prosseguir expungido de vícios ou questões capazes de obstar ao conhecimento do mérito da causa; extinguir o processo, pondo termo ao feito, desde que esses vícios ou questões realmente impeçam o conhecimento do mérito da causa; ordenar o processo, se isento de vícios, determinando exames, vistorias, precatórias, depoimentos e outras providências”²⁸.

No mesmo sentido são as opiniões doulas de Martinho Garcez Neto (*ob. cit.*, p. 443) e José Lopes de Oliveira (*Despacho Saneador*, 1969, p. 29).

Galeno Lacerda, depois de dar ao instituto uma definição ampla, acrescenta que a inspeção do processo, visando a realizar a economia processual, “é nitidamente saneadora, quer conclua o juiz a favor ou contra seu prosseguimento. No primeiro caso, porque aberto o caminho para o conhecimento do mérito. Saneadora, no

25 *Ob. cit.*, p. 50.

26 *Ob. cit.*, p. 380.

27 *Direito Processual Civil*, vol. II, 1953, p. 168.

28 *Ob. cit.*, pp. 46 e 107.

segundo, porque evita o desperdício de tempo e esforço. Em ambas as situações, o ato de inspeção teve o mesmo objetivo de expurgar, de limpar, de impedir o curso da demanda viciada. Saneou-a a atividade do juiz e das partes, muito embora os efeitos da decisão tenham posto termo ao processo ou à lide²⁹.

10. Em lado oposto, sustentam outros autores: “a decisão que o juiz profere nos termos dos artigos 293 e 294 será saneadora – com os efeitos de uma decisão interlocutória – unicamente no caso de sanear o processo. Se houver decisão no sentido de não poder o processo ser saneado, por motivo de nulidade insanável, ou de falta dos requisitos estabelecidos pela lei, teremos uma decisão terminativa do processo, sem resolução do mérito³⁰.”

Semelhantes são os conceitos expendidos por Frederico Marques, para quem o despacho saneador é ato decisório não terminativo do processo, mas com caráter de sentença interlocutória mista³¹.

11. As posições assumidas, pelas duas correntes não são inconciliáveis. Basta admitir que a expressão tem um sentido amplo e outro restrito. Nesta última não se compreendem, é evidente, as decisões que põem termo ao processo, absolvendo o réu da instância, em sentido lato, ou julgando o autor carecedor de ação.

Em que pese a argumentação de Galeno Lacerda, o verbo *sanear* não pode ser sinônimo de *extinguir*, pôr termo a.

Martinho Garcez Neto critica o nome de despacho saneador justamente porque o verbo *sanear* tem um significado muito restrito, equivalente a *tornar são*, *curar*, *sarar*. Ora, se o processo está em ordem, as partes são legítimas, não há nulidades ou irregularidades a sanar – raciocina ele – chamar o despacho que o juiz profere de saneador “é abuso de expressão, se não violência à gramática³².”

Se entende ele, e com razão, que a terminologia do Código peca para menos, por não compreender o simples despacho em que o juiz, sem nada sanear, manda o processo para a audiência – que dizer da interpretação de Galeno Lacerda, que dá aquele verbo como sinônimo de vocábulos que são, em realidade, verdadeiros antônimos seus!

12. Em sentido amplo, porém, a expressão designa o “momento procedimental que se insere entre a “fase postulatória e a de instrução”, abrangente de múltiplas resoluções do juiz, de sentido e efeitos diversos.

Este momento comporta, portanto, despachos e decisões, que vão da simples designação da audiência, acompanhada das providências necessárias à sua realização, até as decisões terminativas de *absolutio ab instancia* ou de carência de ação.

Como esse sentido passaremos a empregar a expressão.

Objeto

13. O procedimento comum está dividido, assim, em duas fases de julgamento, conduzindo cada uma delas a uma decisão de natureza diversa. A primeira vai até o momento do saneador e se encerra, normalmente, com uma decisão de forma, que incide sobre o processo e a ação.

29 *Ob. cit.*, pp. 7 e 12.

30 E. Tullio Liebman, *ob. cit.*, pp. 118-119.

31 *Ob. cit.*, p. 382.

32 *Ob. cit.*, p. 442.

A segunda, que se segue a esta ordenação processual e vai até o encerramento normal do processo, destina-se a receber uma sentença de mérito.

Entre elas, “marco importantíssimo, colocado a meio da lide processual”,³³ situa-se o despacho saneador.

Sua finalidade, portanto, é submeter o processo e a ação a um rigoroso exame de forma, em que o juiz verifica se é viável a instância e, em caso afirmativo, determina as providências destinadas a expungir-la de defeitos formais e a possibilitar o julgamento de mérito.

Em apertada síntese – a expressão é do próprio autor – já se disse que o saneador “é o despacho destinado a resolver todas as questões do processo, menos o mérito da causa”³⁴.

Ora, se há no processo um verdadeiro trinômio, constituído de pressupostos processuais, condições da ação e mérito, e se a matéria do saneador, como está dito, abrange todas as questões, menos o mérito, a conclusão lógica é que compreende o exame daqueles dois primeiros grupos.

14. Os pressupostos processuais constituem os requisitos mínimos necessários à existência e validade do processo. Sem eles, ou não chega a existir, ou, embora existindo, é nula a relação processual.

Este exame do juiz tem por objeto, portanto, o próprio processo e diz respeito à demanda judicial, à jurisdição, às partes (pressupostos de existência), ou à legitimação processual, à competência e insuspeição do juiz e à originalidade do feito, isto é, a não litispendência nem coisa julgada (pressupostos de validade)³⁵.

15. O segundo exame tem por alvo as condições da ação. Superada, ao que parece, a tese chiovendiana da ação como direito concreto à tutela jurisdicional, as condições da ação não mais devem ser vistas como condições de sentença favorável,³⁶ mas, tão-somente, como condições necessárias para que o juiz aprecie o mérito do pedido e profira uma decisão, num sentido ou noutro.

São três as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, legítimo interesse de agir e legitimação das partes, para a causa.

Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão do autor é admissível, em tese. O pedido será procedente (mérito) se a pretensão for admissível, na hipótese. O juiz de admissibilidade é proferido, pois, partindo-se do pressuposto de serem verdadeiras as afirmações de fato do autor. Se elas, embora corretas, não levarem a nenhuma providência prevista no direito objetivo, o pedido será juridicamente impossível.

O interesse de agir, como lembra Machado Guimarães,³⁷ não se confunde com o interesse que constitui o núcleo do direito subjetivo material. Caracteriza-se por ser instrumental e secundário e tem por objeto direto e imediato a atividade do órgão jurisdicional³⁸.

33 Garcez Neto, “artigo citado”.

34 Eliézer Rosa, *ob. cit.*, p. 180.

35 Hélio Tornaghi, *Instituições de Direito Processual Penal*, 1959, p. 322.

Consulte-se, ainda, sobre o tema: Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 2.^a ed. 1951, p. 49 e segs.

36 Este é, ainda, o entendimento de Batista Martins, que, falando das condições da ação diz: “poderá o juiz verificar se existe, efetivamente, o direito que se arroga o autor, julgando-o, em caso negativo, carecedor da ação proposta” (*ob. cit.*, p. 380).

A posição de Gabriel Rezende Filho é contraditória. Depois de expor o problema e dizer que se inclinava pela doutrina do direito abstrato de agir, define as condições de ação, tal como o faz Chiovenda, como sendo “as condições para que o autor obtenha uma sentença favorável” (*ob. cit.*, vol. I, 1952, pp. 165-166).

37 Machado Guimarães, “Carência de ação”, in *Estudos de Direito Processual Civil*, 1969, p. 101.

38 Liebman, *Corso di Diritto Processuale Civile*, 1952, p. 49.

A legitimidade *ad causam* é, na feliz expressão de Alfredo Buzaid, a pertinência subjetiva da ação³⁹. A solução dos litígios só é possível, em regra⁴⁰, quando o processo se desenrola entre aquelas pessoas que têm um interesse principal no conflito, pois só a elas confere o Estado legitimidade para estar em juízo.

16. Difícilmente, a verificação da existência das duas primeiras condições ultrapassa a fase do ajuizamento da inicial, tão manifesta é a falta de condições da ação nos casos, de pedido impossível ou de inexistência de interesse de agir.

O exame da *legitimatío ad causam*, ao contrário, é muitas vezes tão árido, que costuma ser relegado para a decisão final. Estas características, podemos dizer, normais das condições da ação: a transparência evidente das duas primeiras, e a dificuldade, em grande parte, da última, têm concorrido para um esvaziamento do saneador; nele não decide o juiz sobre a possibilidade jurídica do pedido ou o interesse de agir, porque estas condições, de tão evidentes, já foram vistas quando da propositura da ação – ocasião em que o juiz examinou se a inicial era apta ou inepta a produzir os resultados pretendidos. Não decide, igualmente, sobre a legitimidade para a causa, porque o problema, quase sempre, constitui matéria de mais demorada indagação.

Como quer que seja, na fase do saneador é que se encontra o momento próprio para o juiz proferir um julgamento de forma, que tem como objeto de decidir o próprio processo e o direito de ação.

17. Tem-se indagado se no momento do saneador pode o juiz resolver o mérito da causa.

A resposta da legislação portuguesa é no sentido afirmativo. Tendo o Decreto 12.353, de 1926, ampliado o campo de ação do juiz no saneador – antes, restrito, tão-somente, ao conhecimento das nulidades; depois, estendido ao exame de todas as questões que pudessem prejudicar o conhecimento do objeto da causa – acabou a jurisprudência alargando, ainda mais, sua área de incidência, para compreender, também todas as questões, inclusive as de mérito, para cuja decisão o processo lhe fornecesse os elementos necessários.

Esta solução acabou sendo consagrada pelo direito objetivo daquele país, onde figura hoje, expressamente, no artigo 514 do Código de Processo Civil, cujo texto dispõe:

Art. 514: “Concluída a discussão, dentro de dez dias será proferido despacho para os fins seguintes:

3.º – Conhecer do pedido, se a questão de mérito for unicamente de direito e puder ser decidida neste momento com perfeita segurança, ou se, sendo a questão de direito e de fato, o processo contiver todos os elementos necessários para uma decisão conscienciosa”.

Entre nós, no entanto, dada a inexistência de texto expresso, as opiniões são, em maioria, contra.

Pontes de Miranda é categórico: “Nada do que é mérito pode ser objeto de saneamento processual. Não importa sentir-se o juiz apto a decidir, desde logo, a controvérsia; o despacho que então lhe incumbe dar é a meio caminho da viagem, e não no fim da viagem; pode parar aí, não pular até o mérito. O despacho saneador pode resolver todas as questões que, resolvidas, não importariam em deferimento, ainda que parcial, ou indeferimento, ainda que parcial, do pedido”⁴¹.

39 Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil, 2.ª ed., p. 89.

40 A expressão “em regra” foi empregada para excepcionar os casos, previstos em lei, de substituição processual.

41 Comentários ao Código de Processo Civil, t. IV, 1959, p. 159. Pensam do mesmo modo Frederico Marques,

Liebman vai mais longe, em seus argumentos: “A oralidade tem por teatro necessário a audiência, porque só nela é que o juiz entra em contato com as partes e com as provas. Eliminar a audiência significa, pois, frustrar completamente as finalidades do legislador, não só porque impede a realização do debate oral, mas também, porque tira às partes a única oportunidade que lhes concedeu a lei para dar suficiente desenvolvimento às respectivas razões e alegações. “Não é exagero dizer que a realização da audiência é garantia essencial e imprescindível de um conhecimento suficiente da causa por parte do juiz”. Finalmente: “Só uma disposição expressa poderia autorizar o juiz a proferir sentença sem a realização da audiência; mas essa disposição legal não existe e, do exposto, surge clara a razão por que não pode existir”⁴².

18. O problema, a nosso ver, deve ser focalizado sob prismas diferentes. *De jure constituto*, a razão socorre aos doutrinadores por último citados. Ao se mirar no modelo português, cuja conceituação ampla não adotou, quis o legislador brasileiro separar, nitidamente, as duas fases de julgamento a que nos referimos, reservando para a do saneador tão-só o exame de questões não pertinentes ao mérito.

Possibilitando a limpeza e o ordenamento do processo – se não ocorrer sua terminação – a lei quis facilitar, lógica e materialmente, a decisão final. O que se propôs, portanto, foi facilitar, não antecipar o julgamento de mérito.

À luz do direito a constituir, no entanto, nada impede a apreciação do mérito, em circunstâncias excepcionais, ao fim dessa primeira fase do processo. É esta, por sinal, na feliz expressão de *Luiz Marinho*, “uma das facetas mais sedutoras do modelo luso”, mutilada pelo legislador brasileiro⁴³.

Se o processo visa a solução da lide com o mínimo de esforço e o máximo de garantia possível, nada desaconselha seu julgamento de *meritis* no momento do saneador, se, por felicidade, tiver o juiz, na prova já apresentada, todas as condições necessárias para proferir um julgamento absolutamente seguro.

A solução contrária, que ora se apresenta aos olhos dos juristas como a única doutrinariamente aceitável, não será alvo, no futuro, das mesmas críticas contundentes que hoje fazemos ao excessivo rigor formal do processo antigo?

Dizer, como *Liebman*, que só na audiência entra o juiz em contato com as partes e as provas, razão por que sua realização “é garantia essencial e imprescindível de um conhecimento suficiente da causa por parte do juiz”, é enunciar uma verdade parcial. Muitas vezes a prova se compõe, apenas, de documentos, já apresentados com a inicial (art. 159), ou a contestação (art. 180), e, sendo assim, já no momento do saneador tem o juiz toda a prova necessária para apreciar e decidir o mérito do pedido.

O contato com as partes, por sua vez, tão útil noutros casos é, nos exemplos acima citados, um dado desimportante para a solução da *res in judicium deducta*, em face da natureza da prova.

Assim, vê-se que é exagerado dizer – para usar expressão do próprio *Liebman* – que a realização da audiência é sempre imprescindível para o perfeito conhecimento da causa.

Uma visão do processo com os olhos voltados para os ideais de celeridade, economia e certeza, que devem motivar seus institutos, aconselha a que se prescindia da realização da audiência de instrução e julgamento sempre que ela se mostrar, com segurança desnecessária.

ob. cit., p. 287, e *Eliézer Rosa, ob. cit.*, p. 180.

⁴² *Ob. cit.*, pp. 121-122.

⁴³ No prefácio à monografia de José Carlos de Oliveira – *O Despacho Saneador*, p. 15.

A solução legislativa em tal sentido, além do exemplo português, não seria nova nem mesmo entre nós, pois, o Decreto-Lei n.º 960, de 1938, já citado, prevê a possibilidade de o juiz “conhecer do mérito da causa se o réu for revel, ou a defesa tiver sido apresentada fora do prazo legal” (art. 19, item IV).

Assim, será não apenas possível, como até mesmo aconselhável, a modificação do processo, para admitir, em circunstâncias especiais, o julgamento de mérito por ocasião do saneador. O bom êxito da medida dependerá, tão-somente, da perfeita aplicação que lhe derem os juízes.

A) FASES ATÍPICAS DE SANEAMENTO

O Processo penal como Garantia e como Ônus

19. A prática do ilícito penal, por mais gritante que se mostre, não acarreta para o autor punição imediata. Entre as garantias que o Estado assegura, constitucionalmente, aos acusados, está a de só poder infligir pena depois de submeter sua pretensão de punir a prévio controle jurisdicional.

“El derecho penal – comenta Manzini – no es un derecho de coerción directa, sino de coerción indirecta. El poder punitivo del Estado, derivado de la violación de una norma jurídica penal, no puede ejercerse sin una comprobación y una declaración judiciales que consientan el castigo en el caso concreto”⁴⁴.

Mas, nem sempre ocorreu assim. A.J. Carlyle situa as raízes do princípio de reserva legal das normas punitivas, a que se liga o do *nulla poena sine iudicio*, no direito ibérico medieval. Sob juramento, Afonso IX declara, nas Cortes de Leão, em 1186, que não procederá contra a pessoa dos súditos, enquanto não fossem chamados “perante a cúria”⁴⁵.

A “Magna Charta” inglesa, de 1215, continha, a seu turno, a célebre cláusula que impedia a prisão de qualquer pessoa “a não ser pelo julgamento de seus pares”, princípio que seria comum à maioria dos países europeus.

Antes dessa consagração, era usual a imposição de pena sem processo e, ao que consta, mesmo depois dela tal continuou ocorrendo na Inglaterra, através dos ignominiosos *bills of attainder*, leis com que se infligia pena sem processo.

A processualização da justiça surgiu, portanto, com uma garantia dos acusados, pois o ideal é que “não haja pena sem processo, nem processo senão pela justiça”⁴⁶.

20. Inegável, pois, a função protetora do processo⁴⁷, tão expressiva, que levou os juristas a chamarem o Código de Processo Penal de estatuto protetor dos inocentes, “que nele encontram escudo contra a pretensão dos juízes ou a má-fé dos adversários”⁴⁸.

44 *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin, tomo I, B. Ayres, 1951, p. 106.

Constitui este, na expressão de *Pessina*, um dos teoremas fundamentais do Direito Penal, pois: “Niuno può essere punito senza che questa certezza sia acquistata dalla società cioè, senza che vi sia stato un *gludizioso* secondo le forme legali” (*Elementi di Diritto Penale*, 1882, vol. I, pp. 37-40).

45 Frederico Marques, *Curso de Direito Penal*, vol. I, p. 131.

46 Rui Barbosa, “Anistia Inversa”, in *Coletânea Jurídica*, 1928, p. 120.

47 Galdino Siqueira afirmou que “as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais” (*Curso de Processo Criminal*, 1930, p. 2).

48 Hélio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, s/d, vol. I, p. 10.

Como lembra o ilustre processualista, a lei de processo penal é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e as garantias individuais.

21. Mas, não é menor sua expressão como sofrimento, imposto ao acusado, seja ele culpado ou inocente.

Desgraçadamente – brada Carnelutti – “*el castigo no comienza con la condena, sino que ha comenzado mucho antes de ésta, con el debate, con la instrucción, con los actos preliminares, incluso con la primera sospecha que recae sobre el imputado*”. – “*No se puede castigar sin juzgar ni, viceversa, juzgar sin castigar: esta irresoluble identidad del juicio con la pena es el drama del derecho penal*”⁴⁹.

Muito antes dele, Santo Agostinho, analisando o problema à luz dos sofrimentos infligidos, em nome da Justiça, aos processados de seu tempo, já dissera que “os homens torturam para saber se se deve torturar”.

Os incômodos, os vexames, os aborrecimentos decorrentes de um processo criminal são inegáveis e constituem graves sofrimentos – diz Tornaghi – que reconhece, em outro trecho de sua obra: “É possível que daqui a mil anos nos considerem bárbaros, por sujeitarmos as pessoas a tantos vexames num processo criminal”⁵⁰.

Quando o réu é considerado culpado, ao fim do processo, compensam-se os ônus sofridos com as oportunidades de defesa que lhe foram dadas. Se houve prisão cautelar, ela será computada na pena privativa de liberdade que lhe for imposta.

Mas, e se ele for inocente? É certo que o processo contribui para tal declaração, e, desta forma, se expressa a garantia que dá; mas, para afirmar aquilo que deveria ser tido como verdade até prova em contrário, que é sua inocência, sofre o acusado todos os ônus antes apontados⁵¹.

O processo só se justifica, portanto, porque, embora seja oneroso, é um instrumento insubstituível na imperiosa necessidade de colher provas para julgar.

O ideal de justiça, meta do legislador, consiste, portanto, em datá-lo de instrumento tais que possibilitem a conclusão final com um mínimo de tempo e o máximo de segurança.

22. Para tal fim, será de grande valia a adoção no processo penal, como regra, do despacho saneador amplo do processo civil português.

O instituto não é novidade na legislação processual penal pátria, pois, embora como exceção, existem, no Código e em leis extravagantes, três tipos de saneador, que vão do “arremedo de saneador” do artigo 538, passam pelo despacho do artigo 23, item IV, da Lei 1.521, e chegam ao verdadeiro despacho saneador, existente nos processos da competência do Júri.

⁴⁹ *Lecciones sobre el Proceso Penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, vol. I, 1950, p. 72. Em outra de suas obras (*El problema de la pena*), proclamava o grande jurista que o magistério penal se contém em um círculo vicioso, pois, para saber se se deve castigar, começa-se por castigar.

⁵⁰ *Ob. cit.*, pp. 31-32, e *Compêndio de Processo Penal*, 1967, vol. II, p. 576. A previsão, rigorosamente exata, parece-nos um pouco otimista.

⁵¹ A expressão “aquilo que deveria ser tido como verdade” significa, como se depreende de seu sentido aparente, que na realidade do processo não existe a tão propalada presunção de inocência do acusado. Bem analisadas as normas processuais, verifica-se que ocorre exatamente o contrário, pois, só a existência de uma presunção de culpa possibilita a denúncia contra ele, da mesma forma que só uma presunção ainda mais intensa, aliada a outros fatores, justifica sua prisão cautelar.

Em tese de concurso de Catedrático, diz o Prof. Tornaghi: “O acusado não se presume inocente nem culpado e se alguma coisa se devesse presumir era sua culpabilidade, diante dos elementos que levaram o acusador a acusá-lo (“A relação processual penal”, s/d, p. 198).

Não cremos que seja necessário esperar tanto tempo para a formulação desse juízo, que já começa a incomodar a consciência daqueles cuja missão é aplicar a legislação penal.

O que caracteriza um instituto, ressalte-se, não é sua posição topográfica no Código, ou o nome que lhe dão o legislador ou o intérprete, mas, sim o seu real conteúdo. Ora, tudo aproxima e nada diferencia os dois institutos.

O chamado processo ordinário contempla uma fase de saneamento, antes de o juiz proferir a sentença, quando já colhidas as provas e as alegações das partes (art. 502). Não creio, no entanto, se possa dar-lhe o qualificativo de despacho saneador, em sentido estrito, expressão que deve ser reservada para a decisão proferida entre a fase postulatória e a instrutória, e que tem por objeto, exatamente, declarar se o processo é, ou não, viável, se deve, ou não, prosseguir.

Os poderes que o artigo 502 confere ao juiz nem precisavam ser declarados expressamente. Se a ele se impõe o dever da prestação jurisdicional, cabe-lhe, em contraposição, o direito de recorrer a todos os meios necessários a tal fim⁵². Assim, o exame dos pressupostos e condições necessários à decisão da causa é feito pelo juiz, de ofício, e, na fase da sentença, como está, independe de previsão expressa.

Além desses momentos, consagra o processo penal outras fases de saneamento, das quais a mais importante é, sem dúvida, a do controle sobre o recebimento da denúncia ou queixa. Passemos à sua análise.

O Controle Prévio da Denúncia

23. O princípio do saneamento se exerce, no chamado processo ordinário, principalmente através do controle jurisdicional prévio da denúncia ou queixa⁵³.

Apesar disso, não falta quem queira afastá-lo, por impertinente. Odilon da Costa Manso verbera o que chama de “jurisprudência pretoriana”, que instituiu o chamado “controle jurisdicional sobre o mérito da denúncia”, que confunde inexistência de título, ou de fato típico, em tese, com alegação de improcedência da prova, em hipótese, de denúncia devidamente formalizada.

Ao órgão estatal da acusação – diz ele – e não ao juiz, é que cabe avaliar dos elementos probantes do inquérito, para o fim de dar início à ação penal. Se a denúncia estiver formalizada, seu recebimento pelo juiz é obrigatório⁵⁴.

Suas considerações estão apoiadas na lição do sempre douto João Mendes Júnior, para quem o inquérito policial tem por finalidade “guiar o Promotor Público, o queixoso ou o juiz (no caso de procedimento de ofício) na escolha das testemunhas que devem depor no sumário de culpa. Pode o Promotor iniciar a ação mesmo sem o inquérito, assim como até sem o auto de corpo de delito”⁵⁵.

24. Dois reparos se ponham, desde logo, à citação. O primeiro é que, de João Mendes para cá, a noção de respeito pelos direitos de liberdade e de dignidade dos indivíduos evoluiu muito e aquilo que se poderia considerar justo naquela época – e não é o caso, como se verá – já não o é nos dias atuais.

⁵² É de aplicar-se, no caso, o princípio dos *implied powers* ou *resulting powers*, construído através da doutrina de *Marshall*, e que pode ser expresso: “Quem quer os fins, quer os meios necessários para a sua realização” (cf. Paulino Jacques, *Curso de Direito Constitucional*, 5.^a ed., p. 98).

⁵³ Daí a crítica procedente do Prof. Nilzardo Carneiro Leão: “Quando no campo processual civil, já se cuida de aperfeiçoar o despacho saneador e tornar possível a sua ampliação – (v. José Olympio de Castro Filho. “Aperfeiçoamento e ampliação do despacho saneador no Processo Civil Brasileiro” – Comunicação ao 2.^o Congresso Internacional de Direito Processual Civil, e às 3.^{as} Jornadas Latino-Americanas de Direito Processual Civil, em São Paulo) – maneira de, com mais rapidez e objetividade, serem decididos os litígios, ainda não se procurou, no direito processual penal brasileiro, sistematizar tão importante momento procedimental e tão salutar decisão de órgão julgador” (*Do Despacho Saneador no Processo Penal Brasileiro*, 1954, p. 16).

⁵⁴ Recebimento da denúncia, in “*Justitia*”, vol. 20, pp. 84-86.

⁵⁵ Odilon Costa Manso, *ob. cit.*, pp. 81-82.

O segundo é que o trecho citado do grande processualista está incompleto, com prejuízo para o seu exato entendimento, sem o final do período, que diz: “Entretanto, as autoridades policiais, tratando-se de *crimes comuns* (grifo do original), têm o dever de proceder a essa inquirição, como um dos elementos do inquérito policial”⁵⁶.

A doutrina da época, conforme esclarece o próprio João Mendes Júnior, consagrada, mais tarde, no Aviso n.º 256, de 31 de junho de 1874, apenas dispensava o inquérito quando o crime fosse notório ou quando o réu houvesse sido preso em flagrante, “porque na prisão do delinqüente, cometendo o crime ou fugindo, perseguido pelo clamor público, tem o promotor motivos suficientes para basear a denúncia, prescindindo-se do inquérito, que em *todo o caso* deverá ser feito” (grifo nosso)⁵⁷.

Basta, portanto, reproduzir por inteiro o trecho parcialmente citado por Odilon Costa Manso, para se ver que, mesmo ao tempo em que menos intenso era o respeito pelos direitos individuais, já se exigia a presença de um *fumus boni iuris* para início de processo. A dispensa nos, casos de prisão em flagrante e de crime notório, se justificava pela existência, em ambos os casos, daquele começo de prova contra o denunciado, sem o qual será temerária a ação.

A exigência desse princípio de prova é conquista inafastável do processo. Criticando o processo acusatório na antigüidade, quando a simples acusação do ofendido ou seus parentes, a princípio, ou de qualquer do povo, mais tarde, bastava para sujeitar uma pessoa a processo criminal, independentemente de prévia verificação do fato, comenta o douto Tornaghi: “É certo que o acusado permanecia em liberdade até a sentença. Mas isso, por si só, está muito longe de ser o grau máximo de garantia da liberdade civil. Que garantia é essa, que não impede sejam os homens de bem arrastados à barra de um tribunal, sem nenhuma verificação anterior?”⁵⁸.

Pode acontecer – acrescenta – que algum inocente responda a processo criminal, o que decorre das contingências da Justiça humana. Mas, por isso, “deve a lei processual tomar todas as precauções para que tal somente aconteça quando houver, pelo menos, prova da existência do crime, em sua materialidade, e fundada suspeita de autoria. Admitir a acusação nua, totalmente desacompanhada de qualquer vestígio de prova, e só com ela submeter o indivíduo às agruras do processo criminal; não pode ser o máximo grau de garantia da liberdade civil”.

25. Dois aspectos distintos apresenta o controle que o juiz exerce sobre a propositura da ação penal. De um lado, aparece sob a forma de controle limitado da obrigatoriedade da ação, no que caracteriza uma atividade anômala dos juizes. Atribui-lhes a lei o dever de fiscalizarem os membros do Ministério Público, no exercício do *ius perseguendi* do Estado, de que são titulares.

Nesse exame, se entenderem inaceitável a não-propositura da ação, no caso concreto, provocam, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, o pronunciamento do Procurador-Geral, que será decisivo, se concluir pelo arquivamento.

A razão por que deve prevalecer a opinião do chefe do Ministério Público, nesta hipótese, é evidente: estando separadas, no processo acusatório, as funções de acusar e de julgar, e competindo ao juiz esta última, não pode ele, a não ser em casos excepcionais, ter a iniciativa da ação. “Se o juiz pudesse obrigar o Ministério Público a propor a ação, estaria violando o princípio *ne procedat iudex ex-officio*”⁵⁹.

56 João Mendes de Almeida Júnior, *O Processo Criminal Brasileiro*, vol. II, 1959, 4.ª ed.

57 *Ob. cit.*, pp. 99-100.

58 Hélio Tornaghi, *Compêndio de Processo Penal*, 1967, tomo II, pp. 561-562.

59 Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. I, tomo II, 1956, p. 54.

O princípio da legalidade não subtrai do Ministério Público o poder de apreciar os pressupostos técnicos do exercício da ação penal, o que é evidente. Dever de denunciar não significa mais que, perdoe-se o truísmo, dever de denunciar quando for caso de denunciar⁶⁰.

O controle da indisponibilidade da ação, embora seja importante, sob o aspecto do interesse público, não deve nem mesmo ser arrolado entre as funções próprias do juiz. O correto será transferi-lo aos órgãos superiores do próprio Ministério Público, como, aliás, consigna o Anteprojeto Frederico Marques. A decisão negativa sobre a pertinência da ação se esgota, portanto, em última análise, no âmbito do Ministério Público.

26. O exame positivo de sua admissibilidade, no entanto, que é a outra face do problema, constitui atividade própria do juiz e é exercida como garantia dos direitos individuais⁶¹. Como lembra *Goldschmidt*, sendo a denúncia um ato postulatório, deve passar, primeiro, pelo crivo do julgamento de admissibilidade⁶².

A denúncia ou queixa deve conter “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”, e “a classificação do crime” (art. 41), devendo ser rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa, ou for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal” (art. 43).

Nesse primeiro contato do juiz com o processo, ao lhe ser apresentada a denúncia ou queixa, examina ele se estão presentes aqueles elementos mínimos que tornam viável a instância.

Não está obrigado a receber a denúncia, pelo só fato de estar devidamente formalizada, como quer Costa Manso, citado. “Seria contra todos os princípios de direito e, mesmo, do bom senso que a denúncia ou queixa tivesse de ser recebida em qualquer hipótese, mesmo quando se sabe, de antemão, que o resultado final será, inevitavelmente, a absolvição do denunciado ou querelado”⁶³.

Também, não lhe cabe, por outro lado, transformar o ajuizamento da inicial em verdadeiro juízo de formação de culpa, para exame completo das provas precaríssimas e provisórias colhidas no inquérito policial e dizer, ao depois, se há crime a punir⁶⁴.

A solução correta está entre os dois extremos, com o que ficam garantidos os direitos do acusado, sem risco para o não menos importante interesse estatal de punição dos criminosos.

27. Examina o juiz a denúncia sob três aspectos: o de sua regularidade formal, o da viabilidade da relação processual e o da viabilidade do direito de ação.

Dessa opinião não comunga Câmara Leal, para quem a regra do art. 28, consagrando uma invasão de atribuições judiciárias pelo Ministério Público (“o direito de decidir segundo sua convicção é inerente à judicatura”) – seria, até mesmo, inconstitucional (*Comentários ao Cód. Proc. Penal*, vol. I, 1942, p. 150).

60 Roger Demain analisa o problema com acuidade. “*L’action publique appartient à la société; le Parquet n’en a que l’exercice. Il ne peut donc se soustraire à l’obligation d’exercer des poursuites quand une infraction a été commise, mais il garde, cependant, un pouvoir d’appréciation en conscience relativement au caractère délictueux des faits qui sont portés à sa connaissance*” (*Principes du Code d’Instruction Criminelle*, s/d, p. 15).

61 Desse controle não deve o juiz ser afastado, porque o direito de defesa, que é garantia constitucional, torna imperativo que se evitem procedimentos temerários e infundados (Frederico Marques, *Estudos de Direito Processual Penal*, 1960, p. 147).

62 *Teoría General del Proceso*, Barcelona, 1936, n.º 50, pp. 109 a 113.

63 F. A. Gomes Neto. *Teoria e Prática do Código de Processo Penal*, 1957, vol. I, p. 176.

64 Frederico Marques, *ob. cit.*, p. 145.

O primeiro deles diz respeito à forma e constitui exigência que se estende a todos os atos processuais, pois *forma dat esse rei*. Assim, a inicial deve estar revestida dos requisitos previstos em lei, entre os quais, estar escrita no idioma nacional, estar assinada pelo órgão da acusação etc.

O segundo exame tem em mira os pressupostos processuais, que, segundo Florian, são *las condiciones mínimas cuyo cumplimiento es necesario para que exista, genéricamente, un proceso en el qual el órgano judicial pueda prower*⁶⁵, assunto de que já tratamos no n.º 2, item IV, da primeira parte.

No caso particular do processo penal, além de seu inegável valor doutrinário, é de sumo interesse prático a divisão mencionada por Tornaghi, entre pressupostos de existência e pressupostos de validade da instância⁶⁶.

Faltando qualquer daqueles, o processo não chega a existir e, assim, a sentença absolutória acaso proferida, inexistindo juridicamente, não impede novo processo e condenação do acusado. O mesmo não ocorre por ausência de pressuposto de validade; sua falta, embora torne nulo o processo, não impede que tenha existido e, em consequência, que transite em julgado a sentença favorável ao acusado.

Esta solução, como lembra Roberto Lyra, reflete a grande preocupação com os direitos do acusado, que não admite “a revisão do erro que absolve, e sim do erro que condena”, pois, “não é a absolvição do culpado, mas a condenação do inocente, que afeta os fundamentos jurídicos, desacredita a Justiça, alarma a sociedade, ameaça os indivíduos, sensibiliza a solidariedade humana”⁶⁷.

O terceiro exame se refere às condições da ação, matéria já examinada no n.º 3, item IV, da primeira parte. Há, no processo penal, além delas, condições especiais de procedibilidade, que cabem na referência do artigo 43, item III, do Código de Processo Penal, e que são requisitos sem os quais não se pode iniciar a persecução penal. Entre estas, estão a condição arrolada no artigo 5.º, § 2.º, item *a* do Código Penal em vigor, a requisição do Ministro da Justiça e, no regime constitucional anterior, a licença da Câmara, para processo contra membro do Congresso Nacional.

Também não poderá ser instaurada a instância na falta de condição de punibilidade, que Liszt conceitua como “circunstâncias exteriores, que nada têm de comum com o ato delituoso mesmo e seus elementos, mas cuja presença se exige para que se faça efetiva a cominação legal”⁶⁸.

Destas últimas fazem parte as condições que o Código Penal arrola no artigo 5.º, § 2.º, letras *b* e *c*, cuja inexistência impede o recebimento da denúncia ou queixa.

28. Consequência lógica da exigência do controle prévio da denúncia é a necessidade de ser instruída com a *informatio delicti*, consubstanciada em inquérito policial ou em outras peças de informação, que fundamentem a suspeita de crime e o interesse de agir.

Não há disposição expressa a respeito, o que tem levado autores dos mais ilustres a uma indefinição em torno do problema, quando não a afirmarem, abertamente, o contrário. O recurso do artigo 39, § 5.º, do Código ajuda no desate da questão. Lá está que o “órgão do Ministério Público dispensará o inquérito se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal”.

65 Eugenio Florian, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. Prieto Castro, 1931, pp. 85-86.

66 *Instituições de Processo Penal*, vol. I, 1959, p. 321.

67 “Introdução ao Estudo do Direito Penal Adjetivo”, in “*Revista de Direito*”, vol. 10, p.11.

68 Franz von Liszt, *Tratado de Direito Penal*, trad. José Hygino, tomo I, 1899, pp. 306-308.

Na análise do artigo, diz Espínola Filho: “Se a representação for encaminhada inicialmente ao órgão do Ministério Público, este vendo-a escrita, com assinatura autenticada, em ordem, da pessoa autorizada a dá-la, oferecerá, dentro de 15 dias, a denúncia, eis que, para isso, lhe ofereça ela base suficiente”. Em parágrafo anterior já comentara: “Em seguida, compete-lhe (ao juiz) dar vista ao Ministério Público, que oferecerá a denúncia dentro de 15 dias, se se sentir a isso habilitado em face dos elementos constantes da mesma representação, tornando dispensável o inquérito”⁶⁹.

Os textos não são claros. As expressões “lhe forneça ela base suficiente” e “elementos constantes da mesma representação” tanto podem significar esclarecimentos do texto da narração, como elementos de prova com ela apresentados.

Esta última interpretação é a correta e neste sentido é a lição de Tornaghi: “Se ao Ministério Público forem ministrados elementos de convicção, como documentos, indicações de prova circunstancial, laudos periciais etc., que demonstrem a materialidade do fato e façam suspeitar da autoria, poderá ele dispensar o inquérito. A razão é óbvia: a investigação policial se destina a colher aqueles elementos, sem os quais a denúncia não seria possível”⁷⁰.

Igual entendimento tem Frederico Marques: “Prende-se, ainda, a inviabilidade da instância a falta de elementos que instruem a denúncia para fundamentar a *opinio delicti* do órgão da acusação. A acusação deve estar acompanhada do inquérito policial ou de elementos que habilitem o Ministério Público a promover a ação penal (art. 39, § 5.º). Caso é, portanto, de rejeição da denúncia a ausência de tais elementos entre os anexos que a instruem”⁷¹.

29. Determina o artigo 43, item I, que a denúncia ou queixa seja rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constitui crime. O advérbio usado pelo legislador traz à colação o problema das discriminantes e das dirimentes.

Muitos autores entendem que a simples prova do fato típico, acompanhada de indícios de autoria, impõe a apresentação e recebimento da denúncia, embora do bojo do inquérito ou das outras peças de informação ressalte a prova completa, inafastável, de circunstância que elida o crime ou a culpa.

Alguns o afirmam de modo implícito, como é o caso de Câmara Leal. Depois de silenciar sobre a possibilidade do arquivamento, ao tratar do oferecimento da denúncia, diz ele, comentando o artigo 310 do Código de Processo Penal: “O Código Penal declara que não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, legítima defesa... Não havendo crime, seria uma iniquidade sujeitar o agente à prisão, quando das provas resultantes do auto-flagrante, pelo depoimento das testemunhas, fica evidente que o réu não tem responsabilidade penal”⁷².

A conclusão a que se chega é de que, para o ilustre comentador, a falta de injuridicidade da ação praticada pelo acusado só traz em consequência a não sujeição à medida cautelar, não evitando, no entanto, o processo.

69 *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. I, 1954, pp. 413-414.

Nota-se que Liszt, a exemplo do que continua ocorrendo com alguns autores atuais, arrola como condições de punibilidade certas circunstâncias que, em realidade, constituem elementos do tipo.

Hungria incorre na mesma censura, incluindo entre aquelas a *exceptio veritatis*, nos crimes contra a honra (*Comentários ao Código Penal*, vol. VI, n.º 132).

70 *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. I, tomo II, 1957, pp. 79-80.

71 *Elementos de Processo Penal*, vol. II, 1.ª ed., p. 162.

72 *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, vol. II, 1942, p. 259.

A mesma posição assumem Basileu Garcia, Frederico Marques, Magalhães Noronha e Espínola Filho⁷³, sendo lícito admitir idêntica conclusão.

Frederico Marques diz que o juiz deve conceder a liberdade ao réu preso em flagrante, quando as provas revelarem que o fato, embora típico, não é antijurídico (loc. cit.). Noronha, ao recomendar a soltura do réu no caso da prisão em flagrante, usa da expressão: “tem ele a seu favor essas causas excludentes de antijuridicidade; o fato é lícito. “Não há crime”, diz a lei substantiva, pelo que não se compreenderia a custódia do acusado” (loc. cit.).

Algumas decisões jurisprudenciais levam à mesma conclusão. É o que ocorre, por exemplo, com o acórdão unânime da 1.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça deste Estado, de 22 de janeiro de 1962, composta, à época, pelos Desembargadores Milton Barcellos, Alberto Mourão Rousell e Rocha Lagoa, e onde se lê: “Só quando extreme de dúvida, a legítima defesa autoriza a liberdade provisória” (“Rev. de Jurisprudência”, vol. 2, pp. 347/348).

A solução correta, no entanto, está um pouco além e consiste, não em determinar, tão-somente, a soltura do acusado, mas em rejeitar a denúncia ou queixa contra ele oferecida, por falta de interesse de agir. É o que defende o Prof. Tornaghi: “Se a excludente estiver provada, a ponto de não deixar dúvidas, então, pode o Ministério Público pedir o arquivamento... com fundamento na falta de interesse”⁷⁴.

A lição é incensurável. Não se alegue que assim ficará sem aplicação a norma do artigo 310 – o que não seria lícito ao intérprete fazer, dada a necessidade de se conciliarem, sempre que possível, todas as normas de um sistema – porque tal não ocorre. Basta interpretar as disposições legais da seguinte maneira: havendo prova razoável da existência de circunstância que torne lícita a conduta do acusado, o juiz, tendo havido prisão, aplicará o disposto no artigo 310. Se, no entanto, a licitude do fato for evidente, inafastável, não constituirá ele crime, e a única solução correta, jurídica, será a rejeição da denúncia, na forma do artigo 43, item I, por faltar ao Estado legítimo interesse de agir.

Não se pode admitir a instauração de um processo quando se sabe, de antemão, que a decisão final só poderá ser a declaração de inocência do acusado, porque lícito o fato por ele praticado. Outra conclusão seria absurda.

De igual modo, deve agir o julgador, se evidente a presença de circunstância excludente de culpabilidade. Esta constitui um dos três elementos do crime; assim, inexistindo, não se pode dizer existente este.

É certo que alguns juristas fazem diferença entre fato criminoso e fato objetivamente criminoso, caracterizando-se este último quando presentes a tipicidade e a injuridicidade. O Prof. Tornaghi parece aceitar a solução, pois, ao tratar da absolvição sumária nos processos do Júri, consagra em seu Anteprojeto: “A existência de circunstância que exclua a responsabilidade não elimina a existência do crime, que só pelo Júri pode ser julgado” (art. 601, parágrafo único)⁷⁵.

Como quer que seja, a falta evidente de culpabilidade torna manifesto o não-crime, como um todo, atribuível ao acusado, motivo por que a solução correta será rejeitar a denúncia.

73 *Comentários ao Cód. de Proc. Penal*, Forense, 1945, p. 135; *Elementos*, vol. IV, 1965, pp. 404-405; *Curso de Dir. Proc. Penal*, 1964, p. 218 e *Código de Proc. Penal Brasileiro Anotado*, vol. 3, 1955, pp. 356-357.

74 *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. I, tomo II, p. 86.

75 A solução – não a nomenclatura – talvez se justifique pela necessidade de não subtrair do Júri, seu juiz constitucional, a apreciação de certos fatos objetivamente criminosos, arrolados como de sua competência.

As Exceções

30. O exame de viabilidade da instância, embora com menor intensidade, se exerce, ainda, em momentos posteriores ao do recebimento da denúncia, pois este despacho não torna preclusas todas as questões que poderiam ser, então, examinadas. É o que ocorre no caso das exceções, arroladas no artigo 95 do Código de Processo Penal.

Os intérpretes têm tornado equívoco o conceito de exceção, que ora significa, em sentido amplíssimo, a própria defesa do réu,⁷⁶ outras vezes traduz, em sentido menos amplo, qualquer forma de defesa indireta, ou, finalmente, em sentido estrito, corresponde à defesa processual que somente pode ser conhecida se alegada pelo réu.

Nesta última acepção, contrapõe-se ao termo objeção, que é defesa de que o juiz pode conhecer de ofício.

“As chamadas exceções processuais, diz Tornaghi, não passam, em realidade, de impedimentos resultantes da falta de certos pressupostos processuais e de certas condições do exercício regular da ação”. No processo penal, então, a expressão é ainda mais inadequada e inexata, pois o juiz conhece de todas elas de ofício e – o que é ainda mais desconcertante – algumas podem ser alegadas, até mesmo, pelo autor, como ocorre na suspeição do juiz⁷⁷.

31. Sem muito rigor doutrinário, pois, arrolou-as o Código no artigo 95, considerando como tais certas defesas processuais que devem ser, em regra, opostas antes da defesa propriamente dita. São elas as de suspeição, incompetência de juízo, litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada.

O que têm de comum, percebe-se logo, diz respeito, tão-só, “ao modo e ao tempo de sua propositura”⁷⁸.

Depois de recebida a denúncia, portanto, ainda tem o juiz a oportunidade de reexaminar estas circunstâncias, do que poderá resultar o prosseguimento normal do processo, se inexistentes, ou, no caso contrário, seu envio para outro juiz, ou seu encerramento⁷⁹.

Mesmo que a parte interessada não oponha a exceção no prazo assinado (art. 108, c/c art. 110), dela pode o juiz conhecer em qualquer outra fase do processo, evitando, assim, que a instância siga seu curso normal, inutilmente.

A Extinção da Punibilidade

32. Permite o Código que o juiz, em fase posterior ao recebimento da denúncia, examine, ainda, se ocorre o requisito do legítimo interesse de agir, uma das condições da ação, quando diz respeito ao desaparecimento do *jus puniendi* do Estado.

Diz o artigo 61: “Em qualquer fase do processo o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício”.

Se o requerimento for de qualquer das partes, o juiz ouvirá a parte contrária e, se necessário, colherá prova. Evidente o fato alegado, proferirá decisão terminativa de mérito, em que declarará extinta a punibilidade. Se, no entanto, permanecer a dúvida, deverá deixar a matéria para ser decidida na sentença final (art. 61, parágrafo único).

76 Melo Freire, citado por Tornaghi, dizia: “Chamamos hoje exceções às alegações que alguém usa em sua defesa (*Institutiones Iuris Civilis Lusitani*, L. 4, Til. 13) (*ob. cit.*, p. 242).

77 *Comentários ao Cód. de Proc. Penal*, vol. I, tomo II, p. 260.

78 Liebman, nota em *Chiovenda. Instituições de Direito Processual Civil*, 1942, vol. I, pp. 110-111.

79 A diversidade de solução decorre da diferença de efeitos, quer se trate de exceção dilatória ou preemptória.

Os casos de extinção da punibilidade estão previstos no artigo 108 do Código Penal. Alguns dizem respeito só às ações movidas por queixa, outros se referem, indistintamente, às ações privadas e às públicas. Este artigo, no entanto, não esgota a matéria, havendo, espalhadas no Código, outras causas extintivas da punibilidade, que o intérprete, facilmente, reconhecerá⁸⁰.

No caso de morte do réu, só a prova feita com a certidão de óbito possibilita a decisão antecipada. A exigência dessa prova tarifada atrita com a consagração do livre convencimento do julgador e talvez se explique, embora não se justifique, pela facilidade de tal prova, ou, porque, ainda que prossiga, o processo já não estará em condições de causar ônus ao acusado.

Consagra, assim, o Código a possibilidade de ser proferida sentença terminativa do processo pela existência de circunstância que, incidindo sobre a pretensão do Estado, faz desaparecer seu interesse de agir. Seria útil que assim procedesse não apenas nesse caso, mas, em todos os demais, quando a falta de qualquer condição da ação fosse tranqüila. No caso das discriminantes, por exemplo, mais que extinção da punibilidade, há o desaparecimento do próprio crime, razão a mais para a solução apontada.

O Exame do Artigo 516 do Código de Processo Penal

33. Quando se trata de funcionário público, acusado de crime de responsabilidade punido com pena de detenção, não se satisfaz a Lei com os exames normais de viabilidade da instância, já mencionados. Nestes casos, antes de ser recebida a denúncia ou queixa, o Código possibilita ao funcionário a apresentação de defesa preliminar, no prazo de 15 dias (art. 514).

Convencido, pela resposta, da inexistência do crime ou da improcedência da acusação o juiz rejeitará, em despacho fundamentado, a inicial (art. 516)⁸¹.

A diferença de tratamento é explicada pelo interesse do Estado de evitar que os funcionários públicos fiquem expostos aos vexames de queixas infundadas, injustas ou caluniosas, “o que poderia acarretar o entorpecimento da ação exercida por esses agentes do poder público”⁸².

A medida é excelente. A única crítica que a ela se pode fazer é sua não extensão, não apenas a todos os crimes funcionais, inclusive os punidos com reclusão (crítica menor), como por não abranger qualquer crime, de qualquer pessoa (crítica maior)⁸³.

Se a finalidade é evitar a sujeição do funcionário público a processo temerário⁸⁴,

80 Nelson Hungria cita a desistência e o arrependimento eficaz, na tentativa (art. 13 do Código Penal), o perdão judicial (art. 176, parág. único; art. 180, § 3.º; art. 240, § 4.º), a *restitutio in integrum*, na subtração de menores (art. 249, § 2.º), além da suspensão da pena e do livramento condicional (*Novas Questões Jurídico-Penais*, 1945, pp. 105-106).

Magalhães Noronha acrescenta as hipóteses do art. 59, § 2.º, letras *b* e *c* (casos de absolvição, cumprimento de pena ou perdão no estrangeiro) (*Direito Penal*, 1959, vol. I, p. 484).

A nem todas, como é evidente, se pode aplicar a norma analisada.

81 A resposta pode ser instruída com documentos ou justificações (art. 515), pois a decisão do juiz deve apoiar-se em prova já feita, não em prova por fazer, pelo que não se atendem aos pedidos de perícias, inquirições de testemunhas, ou qualquer outra diligência, que só serão consideradas no curso da causa (Espínola Filho, *ob. cit.*, vol. 5, p. 171).

82 Costa Manso, *Casos Julgados*, 1920, p. 72.

83 O Anteprojeto Tornaghi consagrou a defesa preliminar para todos os acusados (art. 549).

84 Espínola Filho, *ob. cit.*, p. 172.

O ilustre Prof. Nilzardo Carneiro Leão ressalta o inusitado da situação nestes casos, consistente em “o julgador já decidir o mérito, desprezando a fase de instrução criminal” (*ob. cit.*, p. 58).

nada desaconselha a mesma cautela em se tratando de qualquer outra pessoa, que merece do Estado igual tratamento.

O Problema da Lei 4.611, de 2 de abril de 1965

34. Um problema interessante, ligado ao tema, e já existente no Código de Processo Penal em vigor, mas que ganhou nova dimensão com a recente Lei 4.611, de 2 de abril de 1965, diz respeito à possibilidade de controle jurisdicional prévio sobre a acusação, no procedimento sumário contravencional, iniciado com o auto de prisão em flagrante ou portaria da autoridade policial.

Como se sabe, aquela lei mandou aplicar aos crimes dos arts. 121, § 3.º e 129, § 6.º do Código Penal o rito procedimental previsto para as contravenções. Em decorrência, viram-se os juízes das grandes cidades, de uma hora para outra, em face de um problema de proporções sérias: uma porcentagem muito grande dos chamados “delitos do automóvel” – compreendidos naquelas disposições de lei – chegados às Varas, se compõe de procedimentos absolutamente inviáveis, ora por inexistência de qualquer prova contra o acusado (já esgotada, praticamente, toda a prova da acusação), ora por estar provado, sem sombra de dúvida, que não agiu ele com culpa; ou, o que parece absurdo, mas é bastante freqüente, porque o fato atribuído ao indiciado é penalmente atípico.

Todos os juízes acharam que nestes casos, notadamente nos dois últimos, era absurda a idéia de levar o procedimento, normalmente, até o fim, com o que se puniria, injustamente, o acusado. Dissentiram, no entanto, na solução a seguir.

Alguns entenderam de realizar o julgamento do acusado, para absolvê-lo, no próprio dia do interrogatório, marcado em pauta especial, com o que se pretendia livrá-lo, o mais depressa possível, dos vexames e dos gastos do processo.

A solução, com não enfrentar o problema jurídico, apresentou sérios inconvenientes práticos, dado que o despacho “A interrogatório e julgamento” implicava em prejudicamento do caso, de desastrosas consequências... financeiras.

Uns poucos acharam que a solução era a concessão de *habeas-corpus* de ofício, por falta de justa causa para a coação processual.

O ilustre promotor Luiz Eduardo Rabello, cujas opiniões inteligentes são sempre sedutoras, é favorável a esta solução. Diz ele que, não cabendo o arquivamento do feito, por já estar em andamento a ação penal, ⁸⁵o remédio é recorrer ao *habeas-corpus* de ofício, previsto no art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal⁸⁶.

A solução, no entanto, não é feliz. Como lembra Costa Manso, “nenhum juiz pode conceder *habeas-corpus* contra ato do próprio Juízo”⁸⁷. A ordem só tem cabimento quando a coação provém de autoridade diversa daquela que tem o processo sob sua direção, pois, seria totalmente ilógico que o juiz ordenasse a medida a si próprio⁸⁸.

85 A afirmação, como se demonstrará, não é correta.

86 “Estudos e Atualidades”, in “Revista de Direito”, vol. 10, pp. 191-194.

87 O Processo na Segunda Instância, 1923, p. 440.

88 A medida é, ainda, desnecessária. Se o juiz entende ilegal a coação, na hipótese em que se concede o *habeas-corpus*, basta revogar o ato que a determina.

O recurso à legislação comparada e ao direito anterior mostra o acerto do raciocínio. A Lei de HC do Estado de New York e o Cód. de Processo Penal de Mendoza, Argentina, contêm disposições claras a respeito, mostrando que a ordem tem cabimento quando outra é a autoridade coatora.

Igualmente, o Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que fala claramente em “cidadão, oficial de justiça, ou autoridade pública”, reproduzindo, por sua vez, termos análogos do art. 344 do Código de Processo Criminal do Império (cf. Frederico Marques, *Estudos de Direito Processual Penal*, 1960, p. 273).

A maioria dos juízes optou pelo arquivamento do feito, como solução mais prática, o que fazem, quase que invariavelmente, sem tecer considerações de ordem doutrinária.

O problema jurídico continuava de pé, daí ter merecido de nossa parte um artigo⁸⁹, cujas linhas gerais, em síntese são as que se seguem.

35. As lições de *Tornaghi*, *Machado Guimarães*, *Pontes de Miranda* e *Frederico Marques*, no direito pátrio, e *Eugênio Florian*, *Vicenzo Manzini*, *Bartolini Ferro* e *Luigi Ferrara*, no direito estrangeiro, sobre o conceito de relação processual, permitem concluir que esta ainda não existe no procedimento instaurado na Polícia, com a portaria ou com o auto de prisão em flagrante⁹⁰.

Visando à celeridade do procedimento, meta procurada, sempre, pelo legislador, permite a lei, nestes casos, que a autoridade policial presida à colheita da prova, o que em nada contraria os cânones do processo, pois o poder instrutório é inerente à função jurisdicional, mas não é privativo dela.

A única exigência para que a prova então colhida possa servir de fundamento à decisão final é que se observe o princípio constitucional do contraditório.

Fica a Polícia, assim, investida de funções quase judiciárias, mas que não se confundem com a função jurisdicional, atributo só dos juízes.

36. Desse modo, a conclusão inafastável é que, quando o juiz recebe o procedimento da Polícia, ainda não está instaurada a instância, o que só ocorrerá com a notificação do acusado para o interrogatório, se se der prosseguimento ao feito⁹¹.

A situação é, pois, análoga à do procedimento comum, no momento em que o juiz recebe os autos de inquérito policial do Ministério Público, com denúncia ou com pedido de arquivamento.

Não apenas é lícito, como, até mesmo, imperioso que submeta a acusação, nessa oportunidade, ao crivo da admissibilidade.

O controle prévio é imperativo constitucional, visando a evitar que as pessoas sejam submetidas a processo nos casos em que este é, a toda evidência, absolutamente inviável – e dele não pode ser afastado o juiz.

37. Não se diga, por outro lado, que, na Lei 4.611, este controle foi transferido para a Polícia, porque tal não ocorre. Quando tomam conhecimento de fato que possivelmente se contenha nos lindes de figura típica descrita nos arts. 121, § 3.º, ou 129, § 6.º), as autoridades policiais lavram o flagrante ou baixam a portaria contra o indiciado, dando início, em qualquer dos casos, ao procedimento, ou, finalmente, instauram uma sindicância prévia, para verificar se há fato típico punível e indício

89 Weber Martins Batista, "O problema do arquivamento na Lei 4.611, de 2 de abril de 1965", in *Revista de Jurisprudência*, vol. 19, pp. 54-64.

90 Tornaghi, *A relação processual penal*, s/d, pp. 135 e seguintes. Machado Guimarães, "A instância e a relação processual", in *Estudos de Direito Processual Civil*, 1969. Pontes de Miranda, *ob. cit.*, pp. 122 e segs. Florian, *ob. cit.*, p. 85. Bartolini Ferro, *Acción, Jurisdicción, Proceso*, p. 259. Luigi Ferrara, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, pp. 2 e segs. Manzini, *ob. cit.*, pp. 119 e segs.

Este último autor afirma que "la relación preparatoria se inicia con la demanda judicial del público ministerio, que inviste el juez de la acción penal, esto es con la promoción de ésta. Antes, no hay relación procesal, porque falta aún la intervención del juez" (*ob. cit.*, p. 119).

Tornaghi, a seu turno, depois de dizer: "Pode, assim, afirmar-se que a relação processual surge em regra, com a demanda, e, por vezes, com um ato jurisdicional contra o indiciado, antes que haja ação penal", acrescenta, mais adiante: "Mas em qualquer caso com o primeiro ato processual que vincula o indiciado ao juiz" (*ob. cit.*, pp. 138-139).

91 O Anteprojeto de Cód. de Proc. Penal do Prof. Tornaghi dispõe: "A relação processual se inicia com o pronunciamento do juiz sobre a denúncia ou a queixa e se perfaz com a citação do acusado" (art. 44).

de autoria. Nos dois primeiros casos, não têm meios nem tempo de exercer aquele controle; quando tomam contato com a prova, já desencadearam o procedimento.

A sindicância possibilitaria tal exame, mas, foi, acertadamente, combatida e eliminada nas delegacias de São Paulo. O legislador quis tornar mais célere o procedimento. De que modo o conseguiria? Partindo do princípio de que, na quase totalidade dos casos, a prova produzida em Juízo não passa de repetição, desnecessária, da colhida na Polícia, bastaria cercar de garantias a colheita desta e acabar, pelo menos como regra, com sua repetição judicial.

Foi o que se fez com a Lei 4.611, instituindo a instrução contraditória na Polícia. Garantida a plenitude de defesa, a prova assim colhida pode servir de base à sentença final. Ora, se fosse lícito à Polícia instaurar sindicância antes de iniciar o procedimento, o problema acabaria voltando à sua primitiva dimensão, com uma primeira colheita de prova, sem contraditório, que o costume acabaria institucionalizando, seguida de sua repetição, com aquela garantia, na própria Polícia ou em Juízo. Em suma, seria a volta ao procedimento comum.

A própria finalidade da Lei 4.611 impede, portanto, que a Polícia exerça um controle prévio sobre a acusação.

38. Sendo análogas as situações – e para melhor, em favor da tese, quando se trata da Lei 4.611, onde o contato do juiz com o procedimento se realiza quando, em regra, toda a prova da acusação já foi feita –, nada mais acertado que realizar o juiz, nessa oportunidade, o exame prévio de viabilidade da instância, tal como faz no procedimento ordinário, ao lhe ser apresentada a denúncia ou queixa.

Salvo quando implique em restrições à liberdade individual ou fira outros direitos do acusado, a analogia é acolhida, expressamente, pelo processo penal (art. 3.º) e o recurso a ela, neste caso, é imposto pelos princípios gerais de direito, notadamente aqueles princípios constitucionais que garantem, de modo amplo, o *jus libertatis* dos particulares.

Esta solução, que propusemos aos mais doutos, não apenas veio dar fundamento jurídico às decisões da maioria dos nobres juizes da Guanabara, como teve o mérito de, pela originalidade, suscitar o debate doutrinário⁹².

A nobre preocupação dos juizes com a sorte dos acusados inocentes, com prova antecipadamente feita, tranqüila, inafastável – que se reflete na controvérsia acima apontada –, mostra a importância do controle prévio sobre a acusação e a necessidade de ser ele ampliado.

A criação de novos institutos, que, sem afetarem o ideal de segurança das decisões judiciais, permitam uma reapreciação do processo em momento anterior ao do julgamento final, será muito útil a tal fim.

B) AS TRÊS FORMAS DE DESPACHO SANEADOR EXISTENTES NO PROCESSO PENAL

O artigo 538 do Código de Processo Penal e a Lei 1.521, de 26-12-51

39. Consagra o artigo 538 do Código de Processo Penal um “como que despacho saneador”⁹³, que ocorre no chamado processo sumário. Diz o referido artigo:

⁹² Cf. artigo, em resposta, do ilustre magistrado e professor Epaminondas José Pontes, in “Revista de Jurisprudência”, vol. 21, pp. 25-39. (Apesar da maneira doura como é o problema aí exposto continuamos com nosso ponto de vista).

⁹³ A expressão é usada por Magalhães Noronha, em *Curso de Direito Processual Penal*, 1964, p. 417.

“Após o tríduo para a defesa, os autos serão conclusos ao juiz, que, depois de sanadas as nulidades, mandará proceder às diligências indispensáveis ao esclarecimento da verdade, quer tenham sido requeridas, quer não, e marcará para um dos oito dias seguintes a audiência de julgamento, cientificados, o Ministério Público, o réu e seu defensor.”

Este despacho é proferido após a inquirição das testemunhas de acusação, no rito sumário dos processos por crime punido com pena de detenção⁹⁴, ou após o prazo de alegações preliminares no dos processos de contravenção. Verifica o juiz, na oportunidade, se existe alguma nulidade sanável, determinando, se for o caso, seja corrigido o vício; manda realizar as diligências que reputar necessárias, tenham sido, ou não, requeridas pelas partes; designa, com intimação das partes, a audiência de instrução e julgamento. Se houver alguma nulidade insanável, deverá anular o processo, no todo ou em parte⁹⁵.

Com o intuito de dotar o processo de todos os elementos que o habilitem a uma justa apreciação dos fatos, não fica o juiz adstrito ao que tenha sido pleiteado pela acusação, ou pela defesa. Pode ordenar, de ofício, quaisquer diligências que lhe pareçam úteis ao esclarecimento da verdade, entre as quais, a reinquirição de testemunhas ouvidas na fase policial e a inquirição de testemunhas não arroladas nem referidas⁹⁶.

Como ressalta Frederico Marques, o despacho saneador do procedimento sumário apresenta uma fase inicial de verdadeiro saneamento do processo, e outra, posterior, de ordenação procedimental, em que o juiz designa audiência de instrução e julgamento.

Nesta segunda fase, cuida das diligências complementares para a descoberta da verdade⁹⁷.

40. Despacho semelhante é consagrado na Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951, quando se trata de crime da competência do Júri de Economia Popular. Diz seu artigo 23, item IV:

“Ouvidas as testemunhas e realizada qualquer diligência porventura requerida, o juiz, depois de sanadas as nulidades e irregularidades e determinar ou realizar qualquer outra diligência, que entender conveniente, ouvirá, por 48 horas, o órgão do Ministério Público e o defensor.

Item V – “Em seguida, o juiz poderá absolver, desde logo, o acusado, quando estiver provado que ele não praticou o crime, fundamentando a sentença e recorrendo *ex-officio*”.

Item VI – “Se o juiz assim não proceder, sem manifestar, entretanto, sua opinião, determinará a remessa do processo ao Presidente do Júri ou que se faça a inclusão do processo na pauta do julgamento se lhe couber a presidência”.

94 Excetuam-se os crimes previstos nos arts. 121, § 3.º e 129, § 6.º, cujo procedimento, como já foi visto, obedece ao rito previsto para as contravenções.

95 Walter P. Acosta, *O Processo Penal*, 7ª ed., pp. 245-246.

96 Espínola Filho, *ob. cit.*, vol. V, p. 320.

97 *Ob. cit.*, vol. III, p. 127.

Depois de realizada a instrução sumária, vai o processo ao juiz, que o submete a um exame de forma, em que determinará o saneamento das nulidades e irregularidades existentes e providenciará a realização das diligências necessárias ao julgamento da causa.

Já aqui, no entanto, dá a lei maiores poderes ao juiz, permitindo-lhe, depois de ouvir a acusação e a defesa, a absolvição do acusado, se provado que não praticou o crime. O que há de curioso nesta fase é o fato de que o juiz pode o mais, que é absolver o acusado da causa, mas não pode o menos, que é absolvê-lo da instância, pela falta de condição da ação.

O Saneamento no Júri

41. O despacho consagrado no artigo 538 do Código de Processo Penal se contém em lindes muito acanhados, razão por que autores há que a ele se referem usando a expressão “arremedo de despacho saneador”. O da Lei 1.521 é um pouco mais amplo, pois consagra a possibilidade da absolvição do acusado. Mas, é nos processos da competência do Tribunal do Júri que o instituto do despacho saneador encontra uma fase perfeitamente análoga.

O procedimento, em tais casos, está dividido em duas fases perfeitamente distintas. Na primeira, pede o Ministério Público, ou o querelante, que o juiz julgue se é admissível a acusação (*judicium accusationis*). Na segunda, que corre perante o Júri, pede seja ela julgada procedente (*judicium causae*).

O que está em julgamento, no primeiro caso, é o “direito de acusar”; no segundo, o “direito de punir”. Para a procedência do primeiro pedido, é preciso que haja prova do crime⁹⁸ e indícios de autoria. O fato, pois, deve ser certo e a autoria provável.

O segundo pedido encerra, na realidade, o verdadeiro *judicium*. Admissível, como foi declarado, que se formule a pretensão perante o Júri, deste se pede o seu julgamento. Já então, não basta a prova do fato, mas exige-se a do crime, como um todo⁹⁹, e o juízo de probabilidade da autoria deve dar lugar ao de certeza.

A meio caminho do procedimento, portanto, situa-se uma autêntica fase de saneamento, em que o juiz, sopesando as provas da instrução sumária, ou as colhidas nas diligências que pode ordenar (art. 407), toma uma das seguintes decisões:

1) ou se convence da existência do crime (entenda-se fato típico) e de indícios de autoria, e pronuncia o réu, com o que julga admissível sua acusação perante o Júri (art. 408);

2) ou se convence, ao contrário, de que há prova do fato típico e indícios suficientes de autoria, e impronuncia o réu, decisão que caracteriza verdadeira *absolutio ab instancia*, em sentido lato (art. 409);

⁹⁸ O Código fala em “prova do crime”, querendo dizer, evidentemente, prova do fato típico. Nesta fase não se indaga da presença dos outros elementos do crime, que se presumem existentes. Como lembra *Maurach*, a tipicidade “proporciona como se dice tradicionalmente, un indicio, una presunción juris tantum de la antijuridicidad” (*Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, vol. I, 1962, p. 265).

⁹⁹ Sob o aspecto formal, crime é o fato típico, injurídico, culpável (Anibal Bruno, *Direito Penal*, tomo I, 3.^a ed., 1967, p. 274). Compõe-se, pois, de três elementos, que são a tipicidade (conformação do fato com o modelo legal), a injuridicidade (sua contradição com a ordem jurídica) e a culpabilidade (nexo subjetivo, ligando o autor ao fato).

Costa e Silva, citando *von Hippel*, diz que a teoria da tipicidade (que é, em verdade, uma criação genial de *Beling*) “não é desacertada, mas é supérflua” (*Código Penal*, 1943, vol. I, nota 4, p. 57).

3) ou, finalmente, entendendo provada circunstância que torna lícita ou impunível a conduta do réu (Código Penal, arts. 17, 18, 19, 22 e 24 § 1.º), o absolve desde logo (art. 411). Esta última decisão, julgando a lide penal, constitui sentença definitiva¹⁰⁰.

Pode o juiz, ainda, desclassificar o crime para outro que não seja da competência do Júri, caso em que ele próprio ou outro juiz singular o julgará, depois de realizadas as diligências previstas no artigo 410. Ou, tendo pronunciado o réu, reapreciar sua decisão, no recurso interposto, absolvendo-o da instância, em sentido lato (art. 581, IV)¹⁰¹.

As três primeiras opções são semelhantes as que o processo civil oferece ao juiz na fase do saneador, acrescidas da possibilidade de uma decisão de mérito, o que não ocorre naquele.

42. Embora sem nenhum fundamento doutrinário, que o exija, ou razão prática, que o justifique, nota-se que existe total desuniformidade entre as soluções do processo sumário, da Lei 1.521 e do procedimento do Júri.

No despacho do artigo 538, citado, limita-se o juiz ao exame das nulidades e irregularidades, não podendo estender-se ao das condições da ação. Mesmo se verificar, ao receber o processo para despacho, que, por exemplo, falece interesse ao Estado para o *jus perseguendi*, dada a prova plena de ter o acusado agido em legítima defesa, ou de estar ao abrigo de qualquer outra circunstância que torne lícita a sua conduta, impossibilitado está de proferir uma decisão terminativa do processo.

Deverá, nesse caso, marcar audiência para a colheita da prova restante, que, dado o excesso de serviço nas grandes cidades, nunca poderá obedecer ao prazo do artigo 538, fim. Em face da importância dos interesses em jogo, poder dar por finda a instância apenas no caso de faltar pressuposto processual é muito pouco.

No processo da Lei 1.521, além das duas hipóteses mencionadas, ainda pode o juiz tomar uma terceira decisão, que é absolver o acusado, quando provada sua inocência. Continua não podendo proferir decisão terminativa, de carência de ação.

No procedimento do Júri, acena a lei ao juiz com uma quarta alternativa, consistente na possibilidade de apreciar e declarar a falta de condição para agir. Como se observa, a matéria está exigindo reformulação, para tratamento uniforme.

Nesse caso, poderia ser estendida às formas de procedimento comum¹⁰² do Código, como regra, a solução prevista para o processo do Júri? A resposta afirmativa parece inatacável.

A absolvição do réu, da instância ou da causa, no sumário da culpa “é uma medida que a lei adotou para libertar inocentes das delongas do julgamento perante o Júri¹⁰³”.

100 Há, no caso, normalidade processual (o processo termina com decisão de mérito) e anormalidade procedimental (o procedimento se encerra antes de atingida a fase própria do *judicium*).

101 Na absolvição ou na impronúncia poderá o juiz impor ao réu medida de segurança (Cód. de Proc. Penal, art. 155).

102 Por “procedimentos comuns” designamos o chamado “processo ordinário” e o denominado “processo sumário”, pois, como notaram alguns comentadores, ambos são formas de procedimento comum à quase totalidade dos crimes de reclusão e de detenção, respectivamente.

103 Cf. Olavo Oliveira, *O Júri na Terceira República*, 1947, p. 277. Edgar de Moura Bittencourt. *A Instituição do Júri*, 1939, pp. 94-96. Eduardo Espínola Filho, *Cód. de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. IV, 1955, p. 279. Ary Franco, *O Júri e a Constituição federal de 1946*, 2.ª ed., 1956, p. 102.

Nos processos da competência das Varas Criminais comuns estão presentes ambas as premissas:

- a) pautas longas, com julgamentos demorados;
- b) interesse do Estado em impedir a continuação do processo inviável, visando, de um lado, à economia de tempo e dinheiro, e, de outro – argumento mais forte – a evitar que se prolongue, inutilmente, o sofrimento do acusado. Sendo assim, e como a causas iguais devem corresponder iguais efeitos, é lógico esperar que a solução seja a mesma.

Nos processos do Júri, a decisão preliminar baseia-se nas provas colhidas no sumário. Nos processos das Varas comuns poderá basear-se na prova do inquérito policial, esclarecida pelas alegações e complementada com as provas que o acusado produzir com sua defesa prévia.

43. Há alguma possibilidade de prejuízo para o interesse estatal de punição dos criminosos, em comparação com igual medida nos procedimentos do Júri? A resposta é negativa, pois, ao contrário, ao acusado é que será bem mais difícil a prova de sua inocência.

A razão é lógica: o sumário de culpa é fase do processo em que se obedece à garantia constitucional do contraditório; o inquérito policial, ao contrário, é atividade administrativa, destinada a colher elementos para a acusação e, como tal, tem de ser eminentemente inquisitiva.

A Polícia investiga o crime para que o Estado possa ingressar em Juízo, e não para resolver a lide, dando a cada um o que é seu¹⁰⁴.

Sendo assim, tem a autoridade policial os olhos voltados para a colheita de prova para ser apresentada a acusação contra o indiciado, só admitindo provas por ele indicadas quando julgar conveniente¹⁰⁵.

É claro que, não se garantindo a ele, no inquérito, a plenitude de defesa a que se refere a Constituição, terá menor possibilidade de convencer, mesmo com o subsídio de prova juntada com a defesa, da desnecessidade ou da impossibilidade do prosseguimento do processo.

Além do mais, e tal como ocorre no procedimento do Júri, as decisões antecipadas de encerramento do processo, com ou sem apreciação do mérito, devem apoiar-se em prova segura, regra, vigorante nessa fase, do *in dubio pro societate*.

Ocorre, ainda, um último argumento: o próprio legislador admite como possível a apreciação de mérito, para absolvição do acusado no nascedouro do processo, com base em prova colhida antes da instrução criminal, desde que plena e indiscutível, pois não é outra coisa o que consagram os artigos 514/516 do Código, que tratam dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos. De fora parte a fase inicial, em tudo o mais são esses processos semelhantes ao processo ordinário.

Chiaradia Neto, depois de dizer que “o despacho saneador, no processo civil, se situa no ponto em que, solenemente, se reconhece o objeto da lide”, enquanto “a pronúncia se situa no ponto em que, solenemente, se reconhece o objeto da acusação”, pronuncia-se favoravelmente à aproximação mais íntima entre os dois institutos¹⁰⁶.

É o que nos parece o mais acertado.

¹⁰⁴ Frederico Marques, *Elementos de Processo Penal*, vol. I, 1961, p. 154.

Conforme diz Petrocelli a finalidade do inquérito policial é “pôr o fato em contato com o órgão da ação penal” (*Saggi di Diritto Penale*, p. 589).

¹⁰⁵ “A ação da Polícia é discricionária” (Mário Masagão, *Preleções de Direito Administrativo*, 1937, p. 155).

¹⁰⁶ “A pronúncia e sua natureza”, in “*Revista dos Tribunais*”, vol. 301, pp. 7-14.

C) NOVAS PERSPECTIVAS

A Possibilidade de Encerramento do Processo sem Decisão de Mérito

44. Na evolução do processo penal, *“eterna lucha entre los intereses de la sociedad y el individuo, que aquél – el proceso – debe tutelar”*,¹⁰⁷ o Anteprojeto Frederico Marques, ora entregue a uma Comissão Revisora, de que fazem parte o autor, o Prof. Benjamin de Moraes e o Prof. Salgado Martins, traz importante contribuição neste setor¹⁰⁸.

Seu mérito principal reside em ter adotado o instituto do despacho saneador, em sua formulação mais ampla, consagrando-o, como regra, nos procedimentos comuns. Só não adotam esta fase os processos sumaríssimos, previstos no Livro IV, Títulos I e II, que, pela celeridade do rito, a dispensam.

Assim, apresentada a denúncia ou queixa, o juiz, a exemplo do que ocorre no Código em vigor, a submete a um primeiro exame, indeferindo-a liminarmente, se inepta, ou quando faltar pressuposto para a constituição regular do processo.

Não havendo indeferimento liminar, determina o Anteprojeto – no que aproveitou idéia já consagrada no Anteprojeto Tornaghi, artigo 549 – que o acusado ofereça uma defesa preliminar. Feito isso, e ouvido o Ministério Público ou o querelante sobre as preliminares acaso argüidas, vai o processo ao juiz para o saneamento.

Nesta oportunidade, a três soluções pode esse chegar:

- 1) ou profere uma decisão de encerramento do processo, sem apreciar-lhe o mérito;
- 2) ou põe termo ao processo, com uma sentença de mérito;
- 3) ou, finalmente, recebe a denúncia ou queixa, determinando as medidas necessárias ao perfeito andamento do processo.

45. Da primeira solução cuida o artigo 300 do Anteprojeto:

“O juiz declarará encerrado o processo sem decisão de mérito, rejeitando a queixa ou denúncia:

- 1) se não houver justa causa para a acusação;
- 2) nos casos do artigo 242.”

Este último artigo, por sua vez, dispõe:

“Extinguir-se-á o processo sem julgamento de mérito, quando reconhecida a falta insuprível de pressuposto processual, de ofício ou por provocação da parte”.

§ 1.º – Ao acolher a argüição de litispendência, o juiz mandará juntar os novos autos aos anteriores e se o primeiro processo correr em outro juízo, para ele serão remetidos os novos autos. A litispendência resulta da citação do réu.”

§ 2.º – Se o juiz reconhecer a existência de coisa julgada, declarará extinto o processo, mandando arquivá-lo.”

¹⁰⁷ Velez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1969, 2.ª ed., pp. 15-16.

¹⁰⁸ As citações de textos do Anteprojeto estão de acordo com as modificações feitas pela douda Comissão Revisora, até o dia 8 de janeiro passado.

46. A primeira preocupação do intérprete, dado o silêncio da exposição de motivos do Anteprojeto, é conceituar o que se entende por justa causa.

Os autores têm cuidado da expressão ao tratar do instituto do *habeas-corpus*.

Sady Cardoso de Gusmão, citando Oliveira Machado, diz que “justa causa não pode ser definida em absoluto. Depende da integridade e escrupulosa apreciação do juiz, que, aquilatando os motivos ocasionais determinantes da prisão, qualificará a justiça ou injustiça da causa, para declarar legal ou não o constrangimento corporal ou ameaça”¹⁰⁹.

F. A. Gomes Neto é mais sucinto: “Quanto à falta de justa causa, caracteriza-a, por exemplo, um processo por fato que não seja crime e em que tenha sido decretada prisão preventiva do réu ou tenha ele sido preso em flagrante”¹¹⁰.

Ary Franco ainda o é mais, limitando-se a dizer que justa causa “não pode ser definida em maneira absoluta, ficando à apreciação do juiz”¹¹¹.

Semelhantes são os pronunciamentos de Florêncio de Abreu e Câmara Leal¹¹².

Magalhães Noronha, depois de dizer que se trata “da antijuridicidade do fato” e acrescentar que faltará justa causa, também, “se o fato imputado ao preso não é típico, não se subsume no tipo”, ou “quando se acha extinta a punibilidade”, dá alguns exemplos de situações em que ocorre justa causa e termina por definir, em um círculo vicioso, a justa causa como sendo “o fato cuja ocorrência torna lícita a coação”¹¹³.

O que se nota é que os intérpretes encontram certa dificuldade no conceituar a expressão, o que pode ser explicado pelo fato de vir empregada impropriamente no atual Código de Processo Penal, em lugar de “abuso de direito”, consagrada na Constituição (art. 153, § 20)¹¹⁴.

Por isso mesmo – lembra o douto Ministro Vitor Nunes Leal, em voto recente – os tribunais têm interpretado a expressão justa causa “com suficiente amplitude, para abranger, pelo menos, a maior parte dos casos ocorrentes de abuso de poder”¹¹⁵.

Criticando, em artigo de doutrina, a imprecisão de conceitos, o talentoso membro do Ministério Público paulista José Raimundo Gomes da Cruz identifica a expressão com a falta de condição da ação, dizendo: “Para efeito de propositura da ação penal, justa causa corresponde à existência das condições da ação descritas no artigo 43 do Código de Processo Penal, ou sejam, crime em tese, punibilidade deste (que o autor identifica com interesse de agir) e legitimidade para a causa”¹¹⁶.

Sua conceituação está certa, mas incompleta, pois a expressão deve abranger, também, aquelas condições especiais que, nalguns casos, são exigidas, para o exercício da ação penal, e que são as chamadas condições de procedibilidade, ou de perseguibilidade, que cabem no item III do artigo 43.

109 *Ob. cit.*, p. 215.

110 *Ob. cit.*, p. 200.

111 *Código de Processo Penal*, vol. 3.º, 7.ª ed., p. 214.

112 *Comentários ao Cód. Proc. Penal*, vol. V, 1945, p. 567 e *Comentários ao Cód. Proc. Penal Brasileiro*, vol. IV, 1943, pp. 176-177.

113 *Curso de Direito Processual Penal*, 1964, pp. 544-545.

114 O Prof. Tornaghi elimina a impropriedade, consagrando esta última expressão em seu Anteprojeto, na parte em que cuida do *habeas-corpus* (arts. 525 a 527).

115 STF, HC n.º 42.697, “*Rev. Trim. de Jur.*”, vol. 35, p. 534.

116 “Justa causa e abuso de poder referentes à propositura da ação penal”, in “*Justitia*”, vol. 58, pp. 54-71.

As condições de punibilidade, que Frederico Marques arrola à parte, estão, a meu ver, implícitas no interesse de agir. Não realizada a condição de punibilidade, falta ao Estado interesse para acusar.

Assim, se ao receber o processo para o saneamento, verifica o juiz que é juridicamente impossível o pedido da acusação, por ser penalmente atípico o fato nela narrado; que falta legítimo interesse ao Estado para o processo, por irrealizada condição de punibilidade do fato; ou que falta legitimidade *ad causam*, ativa ou passiva (o Ministério Público formula a acusação em crime de ação privada; há evidente troca de pessoa contra quem é formulada a acusação), deve o juiz proferir decisão terminativa, por falta de justa causa para o seu prosseguimento.

47. O item II do artigo 300 trata dos casos de falta insuprível de pressuposto processual, cuidando, em parágrafos separados, da litispendência e da coisa julgada. O assunto já foi motivo de comentário, não demandando outros esclarecimentos.

Sentença e Mérito

48. A segunda solução acima mencionada está prevista no artigo 299. Diz ele:

“Na fase do saneamento será proferida sentença de mérito, com o conseqüente encerramento do processo:

I – quando estiver extinta a punibilidade;

II – quando o juiz, considerando plenamente provada a defesa do réu, o absolver desde logo;

III – quando o réu, inimputável por ser doente ou deficiente mental (C. Penal, art. 31, *caput*), deva ficar isento de pena e ser submetido à medida de segurança, e tal fato se encontre desde logo devidamente comprovado”¹¹⁷.

Antes de proferir a decisão, pode o juiz ordenar diligências necessárias para elucidar questão preliminar argüida pelo réu e suspender o curso do procedimento para submeter este a exame psiquiátrico.

Na forma do artigo analisado, pode o juiz proferir três tipos de decisão: ou uma sentença terminativa de mérito (item I); ou uma sentença definitiva de absolvição (item II), ou uma sentença definitiva impropriamente absolutória (item III).

O primeiro item diz respeito à extinção da punibilidade, matéria já examinada neste trabalho, na parte segunda, item IV.

49. Trata o item II da absolvição do réu, quando ficar plenamente provada sua defesa. Esta é, talvez, a mais importante inovação proposta pelo Anteprojeto. No processo atual, acontece, não raro, que o réu, já no seu interrogatório, convence plenamente o juiz de sua inocência. Apesar disso, não pode o julgador evitar que o processo percorra todas as fases do procedimento, desde a da apresentação da defesa prévia, passando pela colheita da prova, dividida em duas partes, até a das diligências e alegações, para, só então, absolvê-lo.

Nesse ponto, dá o Anteprojeto um grande passo à frente na eterna busca de aperfeiçoamento das instituições do processo. A possibilidade de absolver o acusado logo no nascedouro da instância reduz seu sofrimento ao mínimo, sem nenhum risco para o interesse social de punição dos criminosos, dada a exigência de prova plena.

¹¹⁷ Foi cortado o item IV do artigo, que tratava do problema dos menores entre 16 e 18 anos, o que parece confirmar a modificação do Código Penal a entrar em vigor, voltando-se ao limite de idade do Código atual.

50. Segundo o Código em vigor, deve o réu ser absolvido quando o juiz reconhecer, na sentença final:

- 1) estar provada a inexistência do fato;
- 2) não haver prova da existência do fato;
- 3) não constituir o fato infração penal;
- 4) não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- 5) existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena;
- 6) não existir prova suficiente para a condenação (art. 386).

Os três primeiros itens referem-se ao fato típico e dizem respeito à sua existência (1), à falta de prova de sua existência (2) e à sua inexistência como fato penalmente ilícito (3).

Nos casos dos itens 1 e 3 poderá o juiz proferir sentença absolutória na fase do saneador. Havendo prova plena de existência do fato, ou de que, embora existindo, não constitui infração penal, a solução é evidente.

Quanto ao item 2, é preciso distinguir, dado que a expressão “não haver prova” pode ter um sentido absoluto ou relativo.

Se não estiver plenamente provado o fato, ao atingir o processo a fase da sentença final, já esgotados todos os meios de prova, deve o juiz absolver o acusado. O mesmo não ocorre, no entanto, se esta falta relativa existir na fase do saneamento.

Um começo de prova, que é insuficiente para a condenação, basta para o prosseguimento do processo.

Se, no entanto, a expressão for compreendida em sentido absoluto de inexistência de qualquer prova, o encerramento do processo será imperativo, já na fase do saneador. Exemplifiquemos: alguém é processado por homicídio e não há no processo o corpo de delito, direto ou indireto, que prove a materialidade do fato. Outro: ao réu se imputa o furto de certo objeto, cuja existência este nega, com veemência, desde o princípio. O objeto não foi apreendido e não existe qualquer prova no processo, nem mesmo por declarações do lesado, de sua existência.

O item 4 cuida do problema da autoria. Existe o fato criminoso, mas inexistente prova de ter o réu concorrido para ele. A solução deve ser a mesma do item anterior.

O item 5 trata das circunstâncias que excluem o crime ou isentam de pena o réu, previstas nos artigos 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º do Código Penal.

Sabido é que o crime se compõe de três elementos, que são a tipicidade, a injuridicidade e a culpabilidade. Assim, para que possa resultar a aplicação de pena, necessário é que o fato típico seja, também, injurídico e culpável.¹¹⁸

Feita a prova plena da inexistência de qualquer dos dois últimos elementos, o acusado deverá ser absolvido, ou porque o fato típico praticado é lícito, não está em contradição com a ordem jurídica, ou porque praticado sem culpa, *lato sensu*.

O item 6, finalmente, que diz respeito à insuficiência de prova, não pode levar à absolvição na fase do saneamento. O normal, mesmo, será a insuficiência de prova nesta oportunidade, dado que, para a denúncia, basta o *fumus boni juris*.

118 A tipicidade é, pois, um indício desfazível de ilicitude, e não, como quer Mezger, o “fundamento real y de validez, *ratio essendi* de la antijuridicidad” (*Tratado de Derecho Penal*, Madrid, tomo I, 2.ª Ed., p. 362).

Sobre a evolução do conceito na Alemanha, Hans Welzel, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Barcelona, 1964, p. 49 e seguintes.

Assim, se o réu alegar em sua defesa, com pleno reflexo, na prova apresentada, qualquer das circunstâncias, mencionadas nos itens 1, 3 e 5, o juiz deverá absolvê-lo. Se ocorrerem as faltas de que cuidam os itens 2 e 4 (na forma absoluta atrás mencionada), deverá rejeitar a denúncia, encerrando o processo. Só no caso do item 6 é que deverá receber a inicial e determinar o prosseguimento do processo para sua decisão final.

51. O item III do artigo 299 do Anteprojeto cuida do encerramento do processo quando o réu, por inimputável, deve ser submetido à medida de segurança. A sentença que então é proferida só impropriamente pode ser chamada de absolutória.

Os conceitos de pena e medida de segurança cada ano mais se aproximam. Em ambas está presente o sentido finalístico de recuperação; de ambas não se pode afastar a idéia de sofrimento. Por isso, há uma tendência cada vez mais acentuada de absorção de um conceito no outro, o que só não ocorreu até agora devido à resistência de alguns penalistas tradicionais¹¹⁹.

Só impropriamente, pois, pode chamar-se absolutória a sentença que impõe medida de segurança, que é uma das sanções previstas pela ordem jurídico-penal.

A imposição de medida de segurança em uma sentença – diz *Siracusa* – importa em condenação no significado filológico e jurídico do termo, por implicar *una restrizione d'indole personale o patrimoniale inflitta per sentenza del giudice*¹²⁰.

Mesmo aqueles que se apegam às diferenças entre pena e medida de segurança – doutrina do douto Professor Roberto Lyra – “não negarão a natureza de título executivo no sentido estrito ao que provê à execução da medida de segurança aplicada em sentença absolutória”¹²¹.

No caso de inimputabilidade, podem ocorrer duas hipóteses: ou há no processo prova plena da doença, ou deficiência mental do réu, no momento em que o juiz o recebe, ou há indícios de sua existência. No primeiro caso, profere ele a sentença impropriamente chamada de absolutória, impondo ao acusado a medida de segurança aplicável. No segundo, deverá suspender o curso do procedimento para submeter o réu a exame psiquiátrico.

Se a conclusão pericial for no sentido da inimputabilidade do réu e o julgador por ela se convencer, o resultado será o mesmo, com a imposição de medida de segurança e o encerramento do processo.

O Despacho de Recebimento da Denúncia

52. Verificando, no entanto, que não é caso de proferir sentença de mérito ou decisão de rejeição da denúncia ou queixa, com encerramento, em qualquer dos casos, do processo, profere o juiz o despacho saneador.

Deu o Anteprojeto especial ênfase a este momento, quando o juiz deve determinar todas as providências no sentido de sanear e ordenar o processo. Assim,

119 Aqueles que estiveram presentes ao Congresso de Direito Penal de Roma, em 1953, atestam que um passo definitivo à frente não foi dado por causa da posição contrária do grande penalista *Grispigni*.

120 *Il Pubblico Ministero*, 1929, p. 91.

121 *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. VI, 1944, p. 33.

Já bem antes da realização do Congresso de Direito Penal em Roma, em 1953, quando da publicação de seus comentários, Roberto Lyra não encontrava diferenças conceituais entre os dois institutos, tanto assim que dizia ser difícil aos dualistas explicar “dentro da intransigente dogmática jurídica, o cômputo, na pena privativa de liberdade, do tempo de internação em hospital ou manicômio (art. 34 do Código Penal)” (*ibidem*).

menciona, expressamente, algumas medidas mais importantes, tais como a reunião ou a separação de processos; a apreciação da prova requerida com a inicial ou a defesa, para determinar a realização dos exames e indeferir, desde logo, a prova impertinente ou meramente protelatória; a decretação da prisão preventiva do acusado, sua libertação, com ou sem fiança, bem como a imposição provisória de penas acessórias; a suspensão do curso do procedimento etc. (arts. 301 e 302).

Ao mesmo tempo, ou após a realização das diligências ordenadas, designa a audiência de instrução e julgamento, determinando a presença das partes e, se for o caso, do ofendido, dos peritos e das testemunhas.

Entre as providências que menciona, uma é particularmente feliz: a possibilidade de ser alterada, nessa fase, a qualificação do fato delituoso, segundo o estado da causa, com repercussão na forma do procedimento ou nas medidas cautelares que possam ser decretadas (art. 302, item I)¹²².

Muitas vezes acontece estar a classificação da denúncia em completo desacordo com a natureza do fato imputado ao réu. Nalguns casos, a correção é importante, pois dela podem resultar conseqüências processuais de vulto.

É o que ocorre, por exemplo, se a alteração tiver como resultado a modificação da pena prevista para o fato, do que pode sobrevir, ou cessar, a prática de atos de coação processual, como a prisão preventiva, antes não permitida (Antep., arts. 482, II, e 539, § 1.º); a substituição desta pela fiança (art. 485, c/c arts. 505 e 506); a proibição da prestação de fiança (art. 510) etc.

Outra conseqüência importante poderá ser a modificação do rito procedimental, ou por levar o julgamento do processo para o Tribunal do Júri (Liv. VI, Tít. V), ou deixá-lo entregue ao juiz singular, dando-lhe forma ordinária (Liv. IV, Tít. I), sumária (Liv. V, Tít. I e II), ou especial (Liv. VI, Tít. I a V).

Muito útil, assim, que o juiz aprecie o processo sob esse aspecto, logo após a fase de postulação.

53. Três caminhos, portanto, pode o juiz tomar, ao receber o processo para saneamento. Se não há defeito insanável que lhe impeça o prosseguimento para a apreciação final da pretensão do autor, recebe a denúncia ou queixa e determina as providências necessárias para a realização, com êxito, da audiência de instrução e julgamento.

Se verifica que o processo é inviável, por falta insuprível de pressuposto necessário à sua existência ou validade, ou se falta à ação condição para receber uma sentença de mérito, profere uma decisão terminativa do processo.

Se, finalmente, a prova até então colhida possibilita a apreciação do próprio mérito do pedido, para absolver o acusado ou impor-lhe medida de segurança, profere uma sentença nesse sentido.

Fica o julgador munido de amplos poderes para fazer do processo uma arma de Justiça. Se há uma possibilidade de ser satisfeita a pretensão punitiva do Estado, deve o processo prosseguir. Mas, se se verifica que ela é irrealizável, por defeito próprio, da ação ou do processo, deve o juiz, em nome do princípio de economia e, principalmente, atendendo à promessa solene feita pelo Estado aos indivíduos, de não lhes molestar os direitos individuais de liberdade e de dignidade, a não ser quando absolutamente necessário, deve dar por findo o processo ou a causa.

¹²² É a seguinte a redação do item, após a reunião de 12 de janeiro passado, da Comissão Revisora: "Ordenar o processo, segundo a definição do fato delituoso e o conteúdo da acusação".

Nenhum risco advém para a sociedade de qualquer dessas medidas. Ao contrário, os processos “inviáveis, mas irremediáveis” é que, refletindo um formalismo medieval, abastardam a Justiça, tornam uma burla a nobre missão de julgar, que tanto aproxima os homens do Criador. A crítica inteligente de *Kafka* não pode encontrar apoio nos dias atuais, pois a Justiça deve ter as portas sempre abertas para os homens e as soluções humanas.

Desde os mais antigos pactos entre governos e povos – diz o Professor Roberto Lyra – os principais cuidados do processo penal versam sobre “o respeito à dignidade humana, o amparo à liberdade contra qualquer restrição não autorizada, expressamente, em lei (lei propriamente dita), a apuração da verdade e, portanto, a garantia da inocência”¹²³.

Que respeito, que amparo, que garantia, que cuidados são esses – senão mera utopia –, se o juiz não puder encerrar o processo em uma fase anterior ao julgamento final, quando provada, sem sombra de dúvida, a inocência do acusado?

D) CONCLUSÃO

54. Com sua excepcional capacidade de expor verdades jurídicas de forma poética, disse *Carnelutti* que “*el derecho penal es el derecho de Idolor: dolor doble, de antes y después del pecado y del castigo*”¹²⁴.

Eu diria tríplice *dolor*; de antes, depois e durante. Dor do pecado, dor do castigo e dor da apuração.

Diminuir aquela é meta da Política Criminal. Tirar da pena o que ela tem de dispensável como sofrimento, e, ao mesmo tempo, fazê-la, realmente, mais útil, é tarefa da Penologia. Tornar menos onerosa a realização prática do direito penal deve ser a principal preocupação do processualista.

O sofrimento do processo, quando infligido ao inocente como não raro acontece, é injusto e deve – na impossibilidade de sua eliminação – ser reduzido ao mínimo possível.

O processo penal precisa, a nosso ver, estruturar seus institutos obedecendo a dois princípios fundamentais: dificultar a afirmação da culpa do acusado e tornar mais fácil a declaração de sua inocência.

Para condenar, que se esgotem todas as oportunidades de defesa; mas, para absolver, que se faça tão logo haja certeza plena. O interesse social na punição dos criminosos, um dos dois valores essenciais diante dos quais se move o processo,¹²⁵ não sofre com a demora, se esta tende à certeza de culpa; mas, cada dia a mais de inútil coação processual constitui punição injusta do inocente.

O processo só se justifica enquanto houver legítimo interesse de agir do Estado, o que é o mesmo que legítimo interesse de punir, e este desaparece no momento em que fica evidenciada a inocência do acusado.

55. Ao juiz, portanto, devem ser ministrados os meios necessários para atingir tais fins, entre os quais, ocupa posição saliente o saneamento processual, exercido em sentido amplo.

123 “Introdução ao Estudo do Direito Penal Adjetivo”, in “*Revista de Direito*”, vol. 10, p. 6.

124 *Lecciones sobre el Proceso Penal*, trad. Santiago Sentis Melendo, B. Aires, vol. I, 1950, p. 37.

125 Heleno Fragoso, “Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva”, in “*Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*”, n.º 13, p. 75.

Assim, consideramos importante as seguintes conclusões:

o juiz deve exercer o controle sobre a denúncia ou queixa, rejeitando-as quando ineptas ou quando o fato nelas narrado evidentemente não constitui crime.

Deve considerar-se inepta a denúncia não apoiada em um começo de prova (inquérito policial ou outras peças de informação), que convença da existência do fato típico e forneça indícios de autoria.

O fato narrado na peça inicial evidentemente não constitui crime se há prova plena de ter sido praticado em circunstância que torne lícita a conduta do agente.

Do mesmo modo, não será criminoso para o indiciado se praticado o fato ao abrigo de circunstância dirimente de culpa, que torne inexistente o nexos subjetivo entre o fato e o autor.

A concessão da liberdade provisória ao detido em flagrante, ao invés do encerramento do processo, só deve ocorrer quando, a existência da circunstância for apenas provável e não certa.

No caso especial da Lei 4.611, de 2 de abril de 1965, ao receber o procedimento iniciado na Polícia, com o auto de flagrante ou a portaria do delegado, deve o juiz submeter a pretensão punitiva a um exame de admissibilidade, tal como ocorre no processo ordinário, pois:

a) até então não está instaurada a instância, o que só ocorre com o ingresso do juiz, no feito e a notificação do acusado para o interrogatório;

b) tal exame prévio ainda não foi feito.

A defesa prévia que o Código possibilita ao funcionário público, nos processos por crimes de responsabilidade punidos com detenção, deve ser estendida, não apenas a todos os crimes de responsabilidade, como, também, a todos os demais processos. Não há razão para tratamento diverso, dado que o respeito que o Estado deve a qualquer cidadão não é menor que o tributado aos seus agentes.

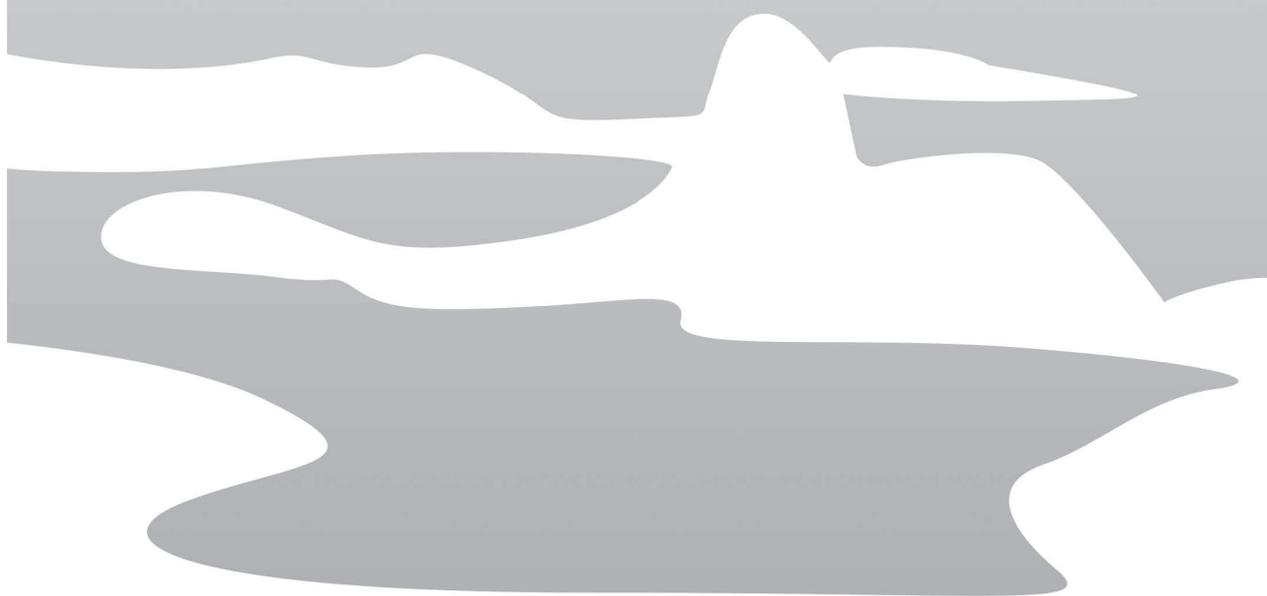
Além da inspeção constante que o juiz exerce no processo penal sobre alguns pressupostos processuais, (art. 95 c/c arts. 109 e 110) e sobre a existência do próprio interesse de agir, quando diz respeito ao *jus puniendi* do Estado (art. 61), há na legislação processual penal três tipos de despacho saneador, que são consagrados no artigo 538 do Código, no artigo 23, item IV, da Lei 1.521 e nos artigos 408 a 411, também do Código de Processo Penal.

Tudo aconselha a reformulação da matéria, para tratamento uniforme, adotando-se a fórmula ampla do processo civil português e estendendo-a a todos os tipos de procedimento, exceto, como é evidente, àqueles que, por sumarássimos, a dispensam.

Estas são as considerações que submetemos à apreciação dos mais doutos.

**Publicado originalmente na Revista nº 27 jan./jun. 1988, p. 75.*

Teoria Geral do Direito



A ÉTICA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA JUSTIÇA HUMANA À LUZ DE UM BREVE ESTUDO SOBRE A ÉTICA DA RESPONSABILIDADE DE EMMANUEL LÉVINAS

ADOLFO BORGES FILHO *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Ética da Responsabilidade de Emmanuel Lévinas. 2.1. O rosto. *A eleidade*. 2.2. A responsabilidade pelo *Outro*. 2.3. O julgamento do *Outro*. 3. A justiça humana. 4. Conclusão. 5. Notas e referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos num país onde os casos de corrupção e de tráfico de influência se sucedem continuamente ganhando espaço na mídia e causando um estardalhaço sempre passageiro perante a opinião pública. Apesar de assistirmos, através da televisão, cenas realistas de prisões e apreensões cinematográficas, pouco a pouco tudo parece entrar no imaginário e o resultado de muitas investigações acaba se tornando desconhecido com o próprio passar do tempo. Tentar identificar o porquê da impunidade que muitos processos consagram, protegidos pelo próprio esquecimento propiciado pelo tempo, pode nos conduzir ao seguinte diagnóstico: falta de ética por parte dos profissionais responsáveis pela realização da justiça humana.

O nosso objetivo, neste artigo, é focar uma ética prática, vinculada aos sujeitos que exercem funções públicas relevantes e, mais especificamente, aqueles que estão incumbidos pela sociedade de fazer cumprir as leis e de realizar a justiça humana. Entram em cena, como protagonistas principais, os policiais, os advogados, os membros do Ministério Público e os magistrados.

Já na Grécia antiga, Aristóteles, ao escrever a famosa *Ética a Nicômaco*, prenunciava a importância que o tema alcançaria *ad aeternum*, ocupando a mente de grandes filósofos e tornando-se disciplina obrigatória em praticamente todos os campos do saber humano. Escolhemos EMMANUEL LÉVINAS para esta modesta digressão porque esse pensador francês contemporâneo (1906-1995), ao lançar a sua *Ética da Responsabilidade*, tratou da justiça humana partindo, antes de qualquer outra abordagem, dos sujeitos que dela participam, demonstrando, assim, que a consciência ética se antepõe ao próprio Estado, com suas leis e instituições.

Sem essa consciência primária por parte dos operadores do Direito, a Justiça deixa de cumprir o seu papel e, num exemplo simples, as próprias leis se tornam objeto de manipulação para proteção dos mais fortes e endinheirados. Na área penal, a impunidade dos corruptos se intensifica provocando na sociedade uma espécie de entorpecimento e de conflito íntimo justificadores da anomia.

* O autor é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Professor Adjunto da PUC/RJ e pós-graduado em Filosofia e Existência pela UCB.

O que LÉVINAS nos legou, com a sua sólida cultura religiosa judaica e o seu conhecimento profundo da filosofia grega, foi a ideia magistral da responsabilidade pelo *Outro*. No decorrer deste artigo, pretendemos deixar claro, em apertada síntese, o pensamento deste grande filósofo bem como a importância de sua *Ética da Responsabilidade* para este mundo caótico em que estamos lançados. Este recurso que buscamos na Filosofia encontra eco na assertiva do ilustre Professor SERGIO DEMORO HAMILTON:

“pode-se afirmar que o direito, todo ele, resulta de uma construção filosófica que encontra sua validade na medida em que realiza os valores transcendentais de justiça e, no momento em que deles se afasta para consagrar a impunidade geral, caminha para a autofagia”. (HAMILTON, 2000, p. 266).

2. A ÉTICA DA RESPONSABILIDADE DE EMMANUEL LÉVINAS

O tempo, na filosofia levinasiana, é um tempo ético. Para que possamos entender essa ética, precisamos partir do esclarecimento daquilo que o filósofo chama de “Rosto” e da conceituação de *eleidade*.

2.1. O rosto. A *eleidade*

A simbologia do rosto é algo que vivenciamos, diariamente, em nossas vidas. E, numa reflexão superficial, percebemos o distanciamento das pessoas, seja no interior de uma casa ou de um escritório, seja nas ruas de uma cidade. Nenhum cumprimento, nenhum sorriso, nenhuma palavra. Um vai-e-vem de rostos que não se comunicam, que mal se olham a não ser quando algum interesse particular entra em cena. Se observarmos uma rua de grande movimento, veremos pessoas transitando com o olhar vazio, fixo no nada. A preocupação, no andar, direciona-se mais às coisas do que propriamente às pessoas. É comum cruzarmos com um conhecido que “nos vê” mas que não “é visto”, fato que é comentado, em geral, posteriormente. O olhar projetado sempre para a frente nos impede de constatar o rosto que vem em sentido contrário; um rosto que certamente já vimos há muito tempo e que teríamos agora a oportunidade de rever; um rosto que se está vendo pela primeira vez e que seria muito útil guardar; um rosto que tornaremos a ver no futuro, seja num momento de festa, seja num momento de dor, um rosto-ajuda, um rosto-amigo, um rosto-prazer, um rosto-conversa... um rosto-morte. Será que sempre nos cruzamos por acaso? Será sempre por mera coincidência que um mesmo rosto surge à nossa frente?

Mas, para LÉVINAS o rosto ultrapassa a individualização contextualizada simbolizando algo que está além de uma descrição meramente estética, de uma identidade, de uma qualificação profissional. Para o filósofo, “*O rosto é significação, e significação sem contexto. Quero dizer que outrem, na rectidão do seu rosto, não é uma personagem num contexto*” (Lévinas, 2007: 70). O rosto nos conduz, desde logo, a um patamar ético de responsabilidade com o Outro: “*Mas a relação com o rosto é, num primeiro momento, ética*” (ibidem: 70).

Pensamos que o Rosto, na filosofia levinasiana, corresponde a um arquétipo representativo da ética: “*O rosto é o que não se pode matar ou, pelo menos, aquilo cujo sentido*

consiste em dizer: “tu não matarás” (*ibidem*: 70). E a escolha do Rosto, no nosso entender, desvinculado de qualquer contextualização, pode ser explicada pelo fato de que o ser humano tem, no rosto, a representação mais contundente de sua humanidade. Nenhuma parte do corpo humano é mais significativa do que o rosto. É através do rosto que a imagem humana se torna visível, assimilável, compreendida. E o rosto, no âmbito da filosofia de Lévinas, ultrapassa os limites do eu-tu, transformando-se num ele (Eleidade), “o para além, de onde vem o rosto” (UEA04/UCB-aula 5: 04) que deixa entrever o caráter metafísico desse rosto: “O rosto do outro é uma presença misteriosa que está sempre em retirada e o significado do Enigma vem dum passado irreversível e irrecuperável”. Esse modo de significar, o nosso autor explica “(...) pelo pronome pessoal da terceira pessoa, pela palavra Ele. O Enigma vem-nos da ‘Eleidade’ (Illeité)” (*ibidem*).

Ao mesmo tempo em que se vê no Outro a finitude, com a possibilidade mesmo de seu aniquilamento, de sua destruição, de sua morte, surge o paradoxo de naquele Rosto estar inscrito o “Tu não matarás!”, na forma de imperativo ético inexorável. Como explicitado pelo próprio filósofo: “há sempre no Rosto de Outrem a morte e, assim, de certa maneira, incitação ao assassinato, tentação de ir até o fim, de negligenciar completamente a outrem – e, ao mesmo tempo, e esta é a coisa paradoxal, o Rosto é também o ‘Tu não matarás’” (LÉVINAS 2004:144).

2.2. A responsabilidade pelo Outro

A responsabilidade pelo Outro é, por conseguinte, “anônima” no sentido de que não recai sobre um “rosto” específico. O Rosto é tão-somente o Outrem pelo qual assumimos responsabilidade. É a morte do Outrem que nos importa e que nos remete à nossa própria morte. É como se abandonássemos completamente o egocentrismo desviando nossa atenção inteiramente para o Outro, não importa quem ele seja ou o que ele faça. Por isso que, para LÉVINAS, a relação que se forma entre o Mesmo e o Outro é assimétrica: “na relação ao Rosto, o que se afirma é a assimetria: no começo, pouco me importa o que Outrem é em relação a mim, isto é problema dele; para mim, ele é antes de tudo aquele por quem eu sou responsável” (*ibidem*:145). Esta assimetria importa dizer também que o Outro pode ser “o absolutamente fraco – ao que está absolutamente exposto, o que está nu e o que é despojado, é a relação com o despojamento e, por conseguinte, como o que está só e pode sofrer o supremo isolamento que se chama a morte” (*ibidem*:144). A sujeição do Mesmo ao Outro justifica a expressão de sermos um *ser-para-o-outro*. Mais importante ainda, o Rosto nos põe em contato com o próprio Infinito. Consoante afirmado por LÉVINAS “A relação com o Infinito é a responsabilidade de um mortal por um mortal” (LÉVINAS 1993: 131). E essa responsabilidade incondicional pelo Outro, poderia simbolizar, talvez, o desejo metafísico inconsciente de preservação da humanidade que, como multiplicidade sempre crescente de rostos, estaria num estado de relacionamento perpétuo com o Infinito. Segundo LÉVINAS “No acesso ao rosto, há certamente também um acesso à ideia de Deus” (LÉVINAS, 2007: 74). Na linha deste raciocínio o filósofo assinala que “há que admitir um Deus infinito que pôs em nós a ideia do Infinito” (*ibidem*: 74) . E acrescenta:

“Para Descartes, reside aqui uma das provas da existência de Deus: o pensamento não pôde ter produzido algo que o ultrapassa: era necessário que este algo tivesse sido posto em nós. Logo, há que admitir um Deus infinito que pôs em nós a ideia do Infinito” (ibidem: 74).

Parece difícil desvincular a ética da responsabilidade de um fundamento teológico. Veja-se que essa total abertura para o Outro, em termos de responsabilidade, significa não somente um abandono de si mesmo como também uma dedicação

completa ao Outro sem mesmo esperar dele uma atitude de reciprocidade. Trata-se, sem dúvida alguma, de um ato de bondade extremado, beirando mesmo à santidade. Tanto assim que o próprio LÉVINAS, ao responder uma pergunta formulada por FRANÇOIS POIRIÉ, afirmou: *“Há santidade, decerto, em preocupar-se com algum outro antes de ocupar-se de si, de velar por algum outro, de responder a algum outro antes de responder a si. O humano é essa possibilidade de santidade”* (POIRIÉ 2007: 93).

Outro aspecto interessante na Ética da Responsabilidade é a questão da culpa. LÉVINAS nos remete a uma frase de DOSTOIEVSKI, destacada do livro *“Irmãos Karamazov”*: *“Cada um de nós é culpado diante de todos, por todos e por tudo, e eu mais que os outros”*. Essa culpa deve ser entendida como pressuposto dessa “responsabilidade”. A situação de miséria, por exemplo, em que muitos outros se encontram decorre, em última análise, de uma falta de responsabilidade de todos nós, habitantes deste planeta. A culpa é o reconhecimento da inação generalizada de todos em relação a todos. E a nossa culpa se torna maior do que a de todos os outros justamente pelo fato de estarmos conscientes de sua existência e de nos mantermos na inação. Veja-se que até o inimigo “merece” a nossa “culpa”. Porque a situação de inimizade pode ter sido resultante de nossa própria displicência no dar-se ao Outro, suprindo-lhe a carência. Conforme acena LÉVINAS, *“Que consideremos o outro como um inimigo pode acontecer e acontece com muita frequência! Eu só falei de santidade como uma possibilidade. Mas o humano no ser é esta possibilidade”* (ibidem: 94). Veio-nos à mente a célebre frase do CRISTO, bem antes de sua morte na cruz, quando bradou: *“Pai, perdoa-lhes porque não sabem o que fazem!”* (Lucas, cap.23, versículo 34). E LÉVINAS esclarece que aquele que consegue ver no inimigo o Outro é porque conseguiu atingir a “santidade” que é uma possibilidade no ser humano: *“A possibilidade de entender a língua original do rosto de outrem em sua miséria e em seu mandamento ético, essa maneira de ultrapassar em seu próprio ser seu esforço de ser, esse desinteresse é o bem”* (ibidem: 94). E o mal se materializa justamente quando o Mesmo desvia sua atenção do Rosto do Outro, recusando-lhe responsabilidade.

Outra questão importante que merece destaque, no âmbito deste estudo sobre a Ética da Responsabilidade, é que a *identidade* do eu se constitui a partir dessa relação com o Outro, dessa “responsabilidade” que o despoja de uma consciência extremada de si-mesmo. Nos dizeres do filósofo:

“De facto, trata-se de afirmar a própria identidade do eu humano a partir da responsabilidade, isto é, a partir da posição ou da deposição do eu soberano na consciência de si, deposição que é precisamente a sua responsabilidade por outrem. A responsabilidade é o que exclusivamente me incumbe e que, humanamente, não posso recusar. Este encargo é uma suprema dignidade do único” (LÉVINAS 2007: 84).

De acordo com o Professor HUTCHENS:

“A ética da responsabilidade significa, para o objetivo inicial de esclarecimento, que nós nascemos em um mundo de relacionamentos sociais que não escolhemos e que não podemos ignorar” (HUTCHENS 2007: 35).

2.3. O julgamento do Outro

Mas a relação intersubjetiva não se encerra no face-a-face alargando-se com a aproximação de outros indivíduos, engendrando, assim, uma infinidade de contatos.

São terceiros que entram em cena, seja de forma violenta, seja de modo amistoso, exigindo, de qualquer forma, atenção e, conseqüentemente, responsabilidade. *“Mas não vivo num mundo onde só há um ‘primeiro a chegar’; sempre há no mundo um terceiro: ele também é meu outro, meu próximo. Por conseguinte, importa-me saber qual dos dois passa à frente: um não é perseguidor do outro?”* (LÉVINAS 2004: 143-144). E, diante dessa “diferença” existente entre os seres humanos, torna-se, a princípio, impossível qualquer tipo de *comparação* entre eles. Aliás, a comparação poderia significar a “quebra da responsabilidade” porque a sujeição ao Outro estaria comprometida com um prejulgamento ou um preconceito. Mas as relações, embora assimétricas, nem sempre são pacíficas. Como resolver o aparente impasse? Como realizar a comparação? *“Os homens, os incomparáveis, não devem eles ser comparados? Neste caso a justiça é, pois, anterior à assunção do destino do outro. Devo emitir juízo ali onde devia antes de tudo assumir responsabilidades. Ali está a origem do teórico, ali nasce a preocupação com a justiça que é fundamento do teórico”* (ibidem: 143). Que tipo de justiça seria essa? Uma justiça “teorizada” pelo próprio homem e formada por uma elite de pessoas comprometidas em realizar a “pesagem”, sem comprometer, entretanto, a relação intersubjetiva fulcrada no Rosto. Segundo o filósofo *“São necessários instituições e procedimentos jurídicos. Você torna a encontrar a necessidade do Estado”* (POIRIÉ 2007: 110). Mas mesmo a “justiça” não pode prescindir do Rosto que lhe serve de supedâneo e que lhe confere autenticidade. Pode-se afirmar que o Rosto, exigindo responsabilidade, passa a figurar como princípio fundamental da justiça humana. Ele, o Rosto, aquiesce a essa comparação entre “diferentes” que se faz necessária. *“Mas é sempre a partir do Rosto, a partir da responsabilidade por outrem, que aparece a justiça, que comporta julgamento e comparação, comparação daquilo que, em princípio, é incomparável, pois cada ser é único; todo outrem é único”* (LÉVINAS 2004:144).

Na visão do filósofo, a justiça pressupõe a ideia de equidade que, por sua vez, se alicerça num binômio objetivo subjetivo através da *equidade*. O lado objetivo corresponderia às leis formuladas pelo Estado; o lado subjetivo consistiria na atuação do Direito pelos juízes com o emprego da equidade: *“Nesta necessidade de se ocupar com a justiça aparece esta ideia de equidade, sobre a qual está fundada a ideia de objetividade”* (ibidem: 144). Penso que a opção pela equidade advém dos gregos. O próprio LÉVINAS declara que *“É preciso julgar, é preciso conhecer, é preciso fazer justiça. É o momento em que toda a sabedoria grega é essencial”* (POIRIÉ 2007:110). O Professor NICOLA ABBAGNANO, no seu Dicionário de Filosofia, define equidade como sendo *“apelo à justiça com o objetivo de corrigir a lei em que a justiça se expressa”* (ABBAGNANO 2007: 396). E cita ARISTÓTELES que assim a definiu: *“A própria natureza da E. é a retificação da lei no que esta se revele insuficiente pelo seu caráter universal”* (Et..nic., V, 14, 1137 b26 (ibidem:396)). E a filosofia teria o importantíssimo papel de gerar a sabedoria, *“a partir do âmago desta caridade inicial”* (LÉVINAS 2004: 144) emanada do Rosto. Percebe-se que a equidade amplia a possibilidade de participação subjetiva do julgador porque lhe permite uma aplicação mais humanitária da lei, adequando-a a cada caso concreto. Por isso que se torna possível, através da equidade, a observância da Ética da Responsabilidade por parte da justiça humana.

Mas, quem são os personagens dessa justiça humana? Mesmo com a possibilidade de aplicar-se a equidade, é preciso que os juízes estejam conscientes de sua responsabilidade para com o Outro. O próprio LÉVINAS reconhece que *“a justiça sobre a qual o Estado se baseia, nesse momento, é ainda uma justiça imperfeita. É mesmo preciso pensá-la de uma maneira mais concreta com a preocupação dos direitos do homem*

que não pode coincidir, em minha opinião, com a presença do governo” (POIRIÉ 2007: 110). E a Justiça é um dos poderes do Estado. E o Estado, segundo o filósofo, não pode deixar de existir devido à multiplicidade humana em que vivemos. Essa justiça se insere, portanto, num algo maior que a abriga e que lhe dá consistência material: o Estado. Consoante assinalado por LÉVINAS, “É então que sou obrigado a pensar o outro sob um gênero, ou no Estado. É o fato de ser cidadão e não simplesmente uma alma. O cidadão é um senhor que se colou um gênero, ou um senhor que deu a si um gênero, ou um senhor a quem eu dei um gênero” (ibidem: 110). O Estado detém a responsabilidade de impedir que a violência se transforme em denominador comum na multiplicidade de relações que se estabelecem entre os seres humanos. Se, individualmente, somos responsáveis pelo Outro, como poderíamos projetar e concretizar essa responsabilidade em relação a todos os demais seres com quem estabelecemos relações e mesmo com todos os terceiros de cuja existência temos noção tão-somente por força de estatísticas? Reside aí a importância da existência do Estado. De qualquer forma, LÉVINAS deixa claro que “O cuidado com os direitos humanos não é uma função estatal, é no Estado uma instituição não estatal, é o chamado da humanidade ainda não realizado no Estado” (ibidem: 111).

E esse “chamado da humanidade” só pode se tornar efetivo num Estado não totalitário porque num “Estado em que a relação interpessoal é impossível, em que ela é por antecipação dirigida pelo determinismo próprio do Estado, é um Estado totalitário” (LÉVINAS 2004:146). Aliás, o filósofo indaga “Que diferença existirá, entre as instituições que nascem de uma limitação da violência, e as que nascem de uma limitação da responsabilidade? Pelo menos esta: no segundo caso, podemos revoltar-nos contra as instituições em nome daquilo mesmo que as fez nascer” (LÉVINAS 1993: 199). No Estado democrático, os direitos humanos fazem parte integrante de sua Constituição como direitos impostergáveis, como cláusulas pétreas irremovíveis. E os chamados “direitos humanos” não se circunscrevem à área da justiça em sentido estrito. A justiça social é pressuposto inarredável para que se possa falar em justiça de “casos concretos”. Direitos humanos é expressão que engloba direito à educação, direito à saúde, direito à moradia, direito a julgamentos dignos. Essa responsabilidade com o Outro é muito mais abrangente e significa, na verdade, “amor ao próximo”. Nos dizeres de LÉVINAS:

“A responsabilidade pelo próximo é, sem dúvida, o nome grave do que se chama amor do próximo, amor sem Eros, caridade, amor em que o momento ético domina o momento passional, amor sem concupiscência. Não gosto muito da palavra amor, que está gasta e adulterada. Falemos duma assunção do destino de outrem. É isto a ‘visão’ do Rosto, e se aplica ao primeiro que aparece. Se ele fosse meu único interlocutor, eu só teria tido obrigações!” (LÉVINAS 2004: 143).

E, no julgamento de um caso concreto, no momento mesmo da “comparação”, “a filosofia seria, nesse sentido, a aparição da sabedoria a partir do âmago desta caridade inicial; ela seria – e não brinco com as palavras – a sabedoria desta caridade, sabedoria do amor” (ibidem: 144). A relação juiz-réu se orienta, a princípio, pela imparcialidade ditada pelas leis objetivas. Em seguida, porém, quando da sentença, o Rosto passa a ter prevalência ensejando um abrandamento da própria punição, do próprio tempo de punir. É o que se deduz deste trecho de LÉVINAS que transcrevemos abaixo:

“Há, dizem os rabinos, que são vistos como pessoas terríveis, propondo problemas minuciosos e ridículos – forma sob a qual eles tratam as questões mais graves -, há uma questão na Escritura. Um versículo diz: ‘O juiz não olha o rosto de cada um’, quer dizer, que ele não olha quem está diante dele e que não considera sua situação particular. Para ele, trata-se simplesmente de alguém que tem de responder à acusação. E há um outro versículo, versículo de bênção dos

sacerdotes, que diz: 'O Eterno vira seu rosto em direção para ti'. Os rabinos respondem à sua maneira: 'Antes do veredicto, nada de rosto; mas, uma vez pronunciado o julgamento, Ele olha o rosto'. Fico muito contente de ter podido dar um exemplo do que pode ser a ilustração pelo versículo; eu não parti de maneira alguma desse texto, eu descobri a relação depois. É de fato muito estranho..." (POIRIÉ 2007: 111-112)."

Surge, afinal, a questão de se apontar quem seriam os personagens ideais para liderar as instituições e o próprio Estado. Quem seriam aqueles incumbidos de elaborar as leis e de ministrar a justiça, realizando a tão difícil comparação entre os sempre diferentes? LÉVINAS afirma que *"devido ao facto de eu estar diante do próximo e do terceiro, é preciso que eu compare, que pese e sopesse. É preciso que eu pense. É então preciso que eu tome consciência. O saber aparece aqui. É preciso que eu seja justo. Este nascimento da consciência, do saber, da justiça, é igualmente nascimento da filosofia como sabedoria do amor"* (LÉVINAS 1993: 198). Não seriam os filósofos os mais aptos para o exercício das funções estatais mais relevantes? E aí recorre-se a PLATÃO: *"Se os filósofos não governarem a cidade ou se aqueles a quem agora chamamos reis ou governantes não cultivarem verdadeira e seriamente a filosofia, se o poder político e a filosofia não coincidirem nas mesmas pessoas e a multidão dos que agora se ocupam exclusivamente de uma ou da outra não for rigorosamente impedida de o fazer, é impossível que cessem os males da cidade e até os do gênero humano"* (Rep., V., 473 d) (ABBAGNANO 2006 : 113).

Conforme assinalado por LÉVINAS: *"O cuidado com os direitos humanos não é uma função estatal, é no Estado uma instituição não estatal, é o chamado da humanidade ainda não realizado no Estado"* (POIRIÉ, 2007:111).

3. A justiça humana

Na esteira dessa assertiva feita por LÉVINAS, transcrita acima, pode-se concluir que a justiça humana só adquire legitimidade para atuar, como instituição autêntica, a partir do momento em que rompe as amarras ideológicas que a conectam a um Estado "des-humanitário". Na verdade, enquanto o Estado, através de governantes inescrupulosos, ignora os reclamos da cidadania, descambando para a corrupção generalizada e desconhecendo o seu dever de responsabilidade para com o Outro, esse mesmo Estado deixa clara a sua incapacidade de administrar uma justiça séria e atuante. Consoante assinalado por FRANCIS GUIBAL:

"Enquanto se faz absolutamente indiferente e surda à responsabilidade ética pelo outro, a organização sociopolítica não pode preservar nem manter a própria justiça que ele reivindica tomar conta. E a história do século XX está aí para nos lembrar que o Estado de César, apesar de sua participação na essência pura do Estado, é também o lugar da corrupção por excelência e, talvez, o último refúgio da idolatria".(GUIBAL, 2005: 176)¹.

Como dar início a essa mudança de paradigma numa sociedade tão injusta? Através da própria *Justiça* na forma em que ela é concebida por LÉVINAS. Na síntese de FRANÇOIS POIRIÉ:

"A Justiça rompe a relação Eu-Tu que começava a instaurar privilégios e preferências, ela é 'a entrada do terceiro - entrada permanente - na intimidade do face-a-face', Totalidade e Infinito,

¹ *"Lorsqu'elle se fait absolument indifférente et sourde à la responsabilité éthique pour l'autre, l'organisation sociopolitique ne peut pas préserver ni maintenir la justice même dont elle revendique la prise en charge. Et l'histoire du XXe siècle est là pour nos rappeler que l'État de César, malgré sa participation à l'essence pure de l'État, est aussi le lieu de la corruption par excellence et, peut-être, l'ultime refuge de l'idolâtrie"* (ADV, p. 216) (Guibal, 2005:176).

ela me obriga a ocupar-me de um outrem que nada é para mim, e obriga outrem a ocupar-se do terceiro que é o outro de meu outro. 'O terceiro me olha nos olhos de outrem', Totalidade e Infinito" (POIRIÉ, 2007: 46-47).

Concordamos com a Doutora ETELVINA NUNES quando afirma que *"...toda a filosofia de Levinas é uma filosofia da justiça. Não de uma justiça positiva e equitativa, mas da justiça na sua raiz mais fundamental; uma justiça que começa em reconhecer o apelo do rosto, em reconhecer a sua miséria que se confunde com a sua dignidade (33). Em Levinas a conjuntura que une a ipseidade do – eu e o reconhecimento do Outro cria a ordem social, a ordem de justiça – e esta é o fundamento de uma nova metafísica. 'São necessárias obras de justiça – a rectidão do face-a-face para que se produza a abertura que conduz a Deus – e a 'visão' coincide aqui com esta obra de justiça' (34) (NUNES, 1991, p. 3).*

O que se pode constatar da citação acima é que a justiça em LÉVINAS não se prende a um sistema judiciário estruturado em instituições e mantido pelo Estado. A justiça está muito além dessa exteriorização formal ou legal. Na verdade, LÉVINAS nos revela a própria fonte da justiça humana que emana dessa relação ética primordial estabelecida entre o Eu e o Outro, tendo como princípio inarredável a *responsabilidade*. As *"obras de justiça"* demonstram claramente que o ideal de justiça se insere no âmago de cada indivíduo, numa permanente exigência de responsabilidade para com o Outro. Podemos sugerir que os profissionais do direito vejam na *"ordem de justiça"* levinasiana *"o fundamento de uma nova metafísica"*, conforme sinalizado por NUNES. Seria primordialmente através dos sujeitos que integram as instituições encarregadas de fazer justiça que essa mudança de paradigma poderia se concretizar. Pensamos, com LÉVINAS, que se trata de *"questão de consciência"*:

"O terceiro é outro como o próximo, mas também um outro próximo, mas também um próximo do Outro e não simplesmente seu semelhante. Que são eles então, o outro e o terceiro, um-para-o-outro? Que fizeram eles um ao outro? Qual vem antes do outro? [...] O outro e o terceiro, meus próximos, contemporâneos um do outro, distanciam-se do outro e do terceiro. 'Paz, paz ao próximo e ao distante' (ISAÍAS, 57,19), compreendemos agora a acuidade desta aparente retórica. O terceiro introduz uma contradição no Dizer [...]. É, por si, limite da responsabilidade, nascimento da questão: que é que eu tenho a ver com a justiça? Questão de consciência. É preciso a justiça, quer dizer a comparação, a contemporaneidade, a reunião" (LÉVINAS apud DERRIDA, 2008: 47).

Voltamos a colacionar o texto de LÉVINAS constante do item precedente que, a nosso sentir, lança uma luz mais direta sobre o questionamento apresentado:

"Há, dizem os rabinos, que são vistos como pessoas terríveis, propondo problemas minuciosos e ridículos – forma sob a qual eles tratam as questões mais graves -, há uma questão na Escritura. Um versículo diz: 'O juiz não olha o rosto de cada um', quer dizer, que ele não olha quem está diante dele e que não considera sua situação particular. Para ele, trata-se simplesmente de alguém que tem de responder à acusação. E há um outro versículo, versículo de bênção dos sacerdotes, que diz: 'O Eterno vira seu rosto em direção para ti'. Os rabinos respondem à sua maneira: 'Antes do veredicto, nada de rosto; mas, uma vez pronunciado o julgamento, Ele olha o rosto'. Fico muito contente de ter podido dar um exemplo do que pode ser a ilustração pelo versículo; eu não parti de maneira alguma desse texto, eu descobri a relação depois. É de fato muito estranho..." (POIRIÉ, 2007:111-112).

O Rosto do condenado começa a ser olhado a partir do momento em que a sentença é exarada. Na própria aplicação da lei ao caso concreto a *equidade* é utilizada pelo juiz como meio de evitar uma sanção abusiva. Percebe-se, a partir daí, a nítida separação da justiça formal com o ideal de justiça levinasiana. A rigidez da lei passa

pelo crivo do subjetivismo do julgador que, naquele momento, se volta para o rosto do condenado e não se atém a uma sanção que possa retirar-lhe qualquer oportunidade de reflexão ou qualquer esperança de recuperação durante o tempo de punição. No ensinamento de FÁBIO KONDER COMPARATO, a equidade

“Consiste na correção do que há de excessivamente genérico na norma legal. Por isso, a equidade tem sido qualificada como a justiça do caso concreto. Toda lei (nómos), frisou Aristóteles, tem um enunciado necessariamente geral, pois o legislador leva em consideração, tão-só, os casos mais frequentes. Nesse sentido, a lei se distingue do decreto (psephisma), que atende a situações específicas e concretas. Ao surgir um caso não incluído de modo explícito no texto da lei, é de justiça interpretá-la num sentido mais preciso e concreto, a fim de estender a norma genérica à hipótese em questão, atendendo-se, assim, mais o espírito do que à letra da lei” (COMPARATO, 2006: 528).

Conclui-se, portanto, que a partir do veredicto, *“A responsabilidade pelo outro”, no juiz, “é uma exigência que aumenta à medida que se lhe responde, uma impossibilidade de se quitar da dívida, e assim uma impossibilidade de adequação: uma excedência sobre o presente”* (LÉVINAS 1993: 210).

4. CONCLUSÃO

O princípio ético deve se constituir como cláusula pétreia gravada na subjetividade de todos os personagens da justiça humana. De nada vale uma ordem jurídica teoricamente estabelecida se aqueles incumbidos de aplicá-la não estiverem atentos à ética como paradigma maior de conduta diante de uma situação fática posta em julgamento. O Outro não se reduz a um único indivíduo mas representa, numa visão abrangente, toda a sociedade. E é justamente essa Responsabilidade pelo Outro, seja como indivíduo, seja como sociedade, que constituirá a base para uma nova concepção de Justiça. Entra em cena, obrigatoriamente, o sentimento de bondade que cada ser humano deve cultivar em relação ao seu próximo. Na verdade, é essa bondade que faz brotar naturalmente o desejo de justiça que acaba se espalhando e contaminando todo o corpo social. A visão é aparentemente utópica e parece exemplificar uma típica produção do imaginário. Entretanto, não se pode negar a existência concreta desse sentimento de bondade na vida real de inúmeros sujeitos em situações diversas de seu cotidiano. Ora, se essa bondade é detectável, ela existe no mundo real e, uma vez conscientizada como potencial de justiça, o ideal de LÉVINAS pode ser alcançado.

Após afirmar que *“a bondade é anúncio da justiça, da possibilidade da justiça; a justiça da sua parte é anúncio da bondade”* (*“la bonté est annonce de la justice, de la possibilité de la justice; la justice de son côté est annonce de la bonté”*) (ABENSOUR, 2006, p. 83), MIGUEL ABENSOUR acompanha Lévinas quando o mesmo afirma que:

“Na realidade, a justiça não me engloba no equilíbrio de sua universalidade – a justiça me determina ir além da linha certa da justiça e nada pode precisar de pronto o fim desta marcha; atrás da linha certa da lei, a terra da bondade se estende infinita e inexplorada, necessitando de todos os recursos de uma presença singular” (ibidem: 83)².

² *En réalité, la justice ne m’englobe pas dans l’équilibre de son universalité – la justice me somme d’aller audelà de la ligne droite de la justice, et rien ne peut marquer dès lors la fin de cette marche; derrière la ligne droite de la loi, la terre de la bonté s’étend infinie et inexplorée, nécessitant toutes les ressources d’une présence singulière.”* (ibidem: 83).

5. NOTAS E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. As traduções são feitas pelo autor.

2. UEA04/UCB: texto de aula do *Curso de Filosofia e Existência* da Universidade Católica de Brasília.

Livros:

ABBAGNANO, Nicola, (2007). *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi; Ivone Castilho Benedetti, 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes.

_____, (2006). *História da Filosofia, vol. 1*. Trad. Antônio Borges Coelho; Franco de Sousa; Manuel Patrício, 7ª ed. – Lisboa: Editorial Presença.

COMPARATO, Fábio Konder, (2006). *Ética – Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras.

DERRIDA, Jacques, (2008). *Adeus a Emmanuel Lévinas*. Trad. Fábio Landa. São Paulo: Perspectiva.

GUIBAL, Francis, (2005). *Emmanuel Lévinas ou les intrigues du sens*. 1ª Ed. Paris: PUF.

HUTCHENS, B.C., (2007). *Compreender Lévinas*. Trad. Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes.

LÉVINAS, Emmanuel, (1983). *Le Temps et l'autre*. 9ª ed. Paris: Quadrige/PUF.

_____. *Deus, a Morte e o Tempo*. Trad. Fernando Bernardo. Coimbra: Almedina.

_____, (2004). *Entre nós – Ensaio sobre a alteridade*. Trad. Pergentino Stefano Pivatto (coord.) et al. 3ª ed. Petrópolis: Vozes.

_____, (2006). *Rue Descartes*. College international de philosophie. Paris: QUADRIGE/PUF.

_____, (2007). *Ética e Infinito*. Trad. João Gama. Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea.

POIRIÉ, François, (2007). *Emmanuel Lévinas: Ensaio e Entrevistas*. São Paulo: Perspectiva.

Artigos:

HAMILTON, Sergio Demoro. *As provas ilícitas, A Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 11, jan./jun. 2000, pp. 253/266.

NUNES, Etelvina Pires Lopes. *O rosto e a passagem do Infinito: originalidade no pensamento levinasiano*. Revista Portuguesa de Filosofia. Braga: Janeiro-março. Tomo XVII, 1991. Fasc. 1, pp. 5-42.

ABENSOUR, Miguel. *L'extravagante hypothèse*. Rue Descartes-Emmanuel Lévinas (2006). Paris: Quadrige/PUF- pp. 55-84.

**Publicado originalmente na Revista nº 37 jul./set. 2010, p. 3.*

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HUMANA - AS DESCOBERTAS CIENTÍFICAS E O DIREITO BRASILEIRO**

ARTHUR DE CASTILHO NETO*

1 - Introdução. 2 - A Inseminação e o Direito. 3 - Novos Códigos e Projetos de Lei em tramitação. 4 - Conclusão.

1 - Introdução

Os dois últimos séculos surpreenderam todos quantos presenciaram as transformações que o desencadeamento de um processo científico-tecnológico provocou nos diversos setores de nossa atividade.

Dentre as descobertas científicas que desafiam a coragem e a liberdade de criação destaca-se, sem dúvida alguma, a inseminação artificial humana, que é hoje realizada com sucesso na Inglaterra, Estados Unidos, Japão, Bélgica, Nova Zelândia, África do Sul, Áustria, França, Alemanha, Israel, Noruega, Suécia, Dinamarca e Brasil.

A primeira notícia que se tem a respeito de inseminação não natural nos é dada pela mitologia grega, segundo a qual PERSEU teria sido fruto da fecundação provocada por ZEUS em DANAE, filha de Acrísio, enclausurada para não ter o filho que lhe viria usurpar o trono.

As lendas orientais, por sua vez, nos dão conta das inseminações feitas por VANIJIN, deusa da fertilidade, para cujo templo as mulheres se dirigiam sozinhas para de lá retornarem grávidas, após a concepção.

A ninguém é dado desconhecer, nesse Brasil Católico, o fato histórico-religioso do nascimento de Cristo provocado por inseminação não natural protegida pelo dogma da virgindade de Maria.

Em todos esses casos houve a intervenção divina. A Religião faz o registro e a História o consolidou.

Como experiência no ser humano, porém, a inseminação artificial segue a inseminação não natural provocada em animais. Atribui-se a LAZZARO SPALLANZANI, em 1.780, o primeiro resultado positivo obtido pela inoculação de sêmen de um cão de que resultou no nascimento de quatro crias normais.

Com o desenvolvimento gradativo de sua técnica, a Inglaterra tornou-se com HUNTER, em 1.790, e SIMS, em 1.866, o berço de inseminação artificial humana.

Sempre foi seu objetivo eliminar as condições subférteis de um casal ou a infertilidade total ou parcial de um dos cônjuges.

* Procurador-Geral da União.

** Conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) Rio de Janeiro.

Estabelecendo-se, para efeitos dessa exposição, a sinonímia entre infertilidade e esterilidade, diremos que a esterilidade feminina poderá ocorrer por incapacidade de copular nas dispareunias (dores incapacitantes) e no vaginismo (construções obstrutivas da vagina), por incapacidade uterina ou retenção do óvulo fecundado, por embarços criados ao líquido seminal no trajeto cervical e por obstrução dos ovidutos (Trompas de Falópio).

A esterilidade masculina pode ser motivada pela azoospermia (ausência de espermatozóides no esperma), necrospermia (nenhuma motilidade dos espermatozóides), oligospermia (quantidade pequena de espermatozóides vivos) astenospermia (reduzida mobilidade do esperma), a erecção insuficiente, a ejaculação retrógrada, o gigantismo, o infantismo, a hipoespadia e a epiespadia.

Há reconhecidamente duas espécies de inseminação ou fecundação artificial humana: a inseminação *homóloga* feita com sêmen do marido, e a *heteróloga*, praticada com sêmen de terceiro.

A inseminação artificial é realizada comumente através de aplicação de *speculum* vaginal em mulher, em ligeiro *trendelenburg*, mundificação da *portio* com gase esterelizada, enxuta e instilação ou projeção do esperma fluido por meio de seringa.

Se existe obstáculo cervical ou ístmico, a técnica aplicada é inseminação *in corpus uteri*, sempre realizada em *trendelenburg*, por meio de mundificação da *portio* com gase estéril enxuta, impelindo-se esperma além do istmo com instilação muito lenta, gradual e com pequena quantidade de material a fim de evitar a manifestação de espasmos uterinos e de dores que poderiam diminuir as possibilidades de êxito.

Em casos de oligospermia e astenospermia têm sido assinalados sucessos positivos com a adição ao esperma da solução de revigoração de Joel (cloreto de Mg e Glicose), ou centrifugando o esperma para aumentar a concentração dos elementos no líquido a injetar.

Aqui no Brasil, nessas hipóteses, desenvolveu-se um processo singular, idealizado pelo Professor Milton Nakamura, do Serviço de Esterilidade Conjugal do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP, que adaptou para uso em seres humanos uma técnica aplicada no Japão para inseminação em animais.

Por esse processo, o sêmen do marido é recolhido e conservado em gelo sob a forma de *pellets*, misturado numa solução conservadora. No momento da aplicação, os comprimidos são aquecidos em banho-maria a 37 graus Celsius, e colocados no fundo do útero por meio de seringa com agulha móvel de platina, munida de dois furos laterais na extremidade por onde passam os espermatozóides.

2 - A Inseminação e o Direito

2.1 - Considerações Gerais

As manifestações da legislação e doutrina estrangeiras dizem respeito às repercussões que a inseminação artificial provoca nas abrangidas pelo direito civil e pelo direito penal.

Os Tribunais ingleses, p. exemplo, já se manifestaram, no caso Pearce, sustentando, a propósito da inseminação homóloga, que, inobstante o casal haver

obtido o filho, o casamento não se consumara. Por esse fundamento, foi decretada a anulação do casamento.

Em outras oportunidades (caso Russel X Russel - 1924 e Oxford X Oxford - 1921), declararam que a prática de inseminação artificial heteróloga se constitui em crime de adultério.

Os doutrinadores ingleses consideram que a filiação resultante de inseminação homóloga é legítima, ao passo que a resultante de inseminação heteróloga é ilegítima (v. "Report of the Departmental Committee on Human Artificial Insemination" - Julho de 1960).

O Direito Francês não contém legislação a respeito. A Comissão encarregada de reformar o Código Civil propôs que fosse reconhecido o direito do marido de repudiar o filho de sua mulher no caso de fornecer prova de que a criança resultou de inseminação artificial homóloga ou heteróloga não consentida. Essa mesma Comissão, depois, tomou em consideração que a prática da I.A. não é suficientemente difundida para justificar uma regulamentação pelo Código Civil.

Na Alemanha, de acordo com as pesquisas realizadas, a prática da I.A. é numericamente insignificante. É importante assinalar, entretanto, que a Conferência Médica Alemã (DEUTSCHER ARZTELAG) adotou uma resolução em 1959, desaprovando a prática da Inseminação Heteróloga.

Na Itália teve grande destaque o julgamento da Pretoria Pádua, ocorrido em 1958, considerando não culpada de adultério a mulher inseminada com sêmen de terceiro, sem o consentimento do marido. O Tribunal Colegiado da mesma cidade, posteriormente, chegou a conclusão oposta.

Não é desconhecida, outrossim, na doutrina peninsular a polêmica travada entre ALBERTO TRABUCCHI ("Novissimo Digesto Italiano" - págs. 732 a 741) e SANTOSUOSSO ("La fecondazione artificiale nella donna" - Milão - 1961) a respeito de espécie de filiação resultante da inseminação heteróloga.

Em Portugal, o artigo 1799 do novo Código Civil dispõe que a fecundação artificial não pode ser invocada para estabelecer a paternidade do filho procriado por meio dela, no caso em que o sêmen seja de outro homem, que não o marido. Aquele que fornece o sêmen não pode invocar esse fato para alegar que é pai da criança.

A Noruega, a Suécia e a Dinamarca permitem a prática da inseminação artificial homóloga ou heteróloga. Nesta última espécie, exige-se, que seja ela realizada em mulheres casadas, somente por médicos especializados, com autorização por escrito do marido e com a manutenção do anonimato, quanto ao doador.

Os Estados Unidos, segundo parece, é o país em que mais se difundiu a prática da inseminação artificial, não havendo surpresa, pois, que um certo número de casos, envolvendo a IAD (Inseminação Heteróloga), tenha chegado ao conhecimento de suas Cortes de Justiça.

São vários os precedentes judiciais.

No caso Strnad (Corte Suprema do Condado de N. York - 1947), o casal tinha sido judicialmente separado e a cónyuge mulher requereu ao Tribunal a restrição de direito de visita do pai, alegando que a filha era resultante de inseminação heteróloga. A Corte indeferiu o pedido, entendendo que a criança havia sido potencialmente adotada pelo marido ou semi-adotada pelo marido, que tinha, em conseqüência, os mesmos direitos reconhecidos ao pai adotivo.

No caso HOCR (Illinois - 1949), o divórcio foi concedido com fundamento na existência de crime de adultério verificado pela prática da IAD (heteróloga).

Finalmente, no caso DOORNBOS, a Corte declarou que a prática IAD configurava o crime de adultério e que o filho dele proveniente deveria ser considerado ilegítimo.

No que tange à legislação americana, não há de sua parte, ao que conhecemos, tratamento específico para a Inseminação Artificial. Proposições foram elaboradas em N. York (1948 a 1950), Virginia (1948), Wisconsin (1949) e Indiana (1949), estabelecendo que um filho obtido através de inseminação heteróloga é legítimo.

2.2. - Legislação e doutrina Brasileiras

2.2.1 - Direito Constitucional e Administrativo

A Inseminação Artificial encontra previsão em um dispositivo do Código de Ética Médica, aprovado pelo Conselho Federal de Medicina e publicado no Diário Oficial de 11 de janeiro de 1965.

Diz seu artigo 53:

“Artigo 53: A inseminação artificial heteróloga não é permitida; a homóloga poderá ser praticada se houver o consentimento expresso dos cônjuges”.

Com a proibição expressa desse dispositivo pode parecer inútil qualquer debate sobre a permissibilidade ou não da inseminação artificial em nosso país. Entretanto, conforme se poderá deduzir dos argumentos que adiante serão alinhados, é de ilegalidade manifesta proibição estabelecida naquele artigo.

Com efeito, dispõe a Constituição Federal em seu art. 153 §§ 2.º e 23 que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” e que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”.

“Artigo 153:

.....
§ 2.º: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

§ 23: É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”.

Em atendimento ao comando constitucional, a lei federal disciplina e enumera as condições mínimas de capacidade e autoriza a limitação de exercício fundada no Poder de Polícia (fiscalização do exercício de profissões).

Como se sabe, a Polícia das Profissões exerce o controle e fiscalização do exercício das profissões, de molde a ajustá-lo ao bem estar coletivo. Essa atividade discricionária eventualmente entregue aos Conselhos e Ordens é limitada, contudo, pelos direitos que ela deve respeitar e que, pela sua excepcional importância, são declarados na própria Constituição, na legislação federal, estadual ou municipal específicas.

Ao tratar da fiscalização do exercício da medicina, a Lei Federal n.º 3.268, de 30 de dezembro de 1957, dispõe que “O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional e ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica” (art. 2.º).

Em seguida, o artigo 4.º enumerou, entre as atribuições do Conselho Federal, a de votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais (art. 4.º, letra *d*).

Esse Código de Deontologia Médica, ou Código de Ética Médica, aprovado por Resolução do Conselho Federal e publicado no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 1965, disciplinou uma série de matérias reunidas em Capítulos: Normas Fundamentais (Capítulo I), Relações com os Colegas (Capítulo II), Conferências Médicas (Capítulo III), Relações com o Doente (Capítulo IV), Segredo Médico (Capítulo V), Responsabilidade Profissional Médica (Capítulo VI), Honorários Profissionais (Capítulo VI), Relações com Instituições Assistenciais e Hospitalares, com Auxiliares do Serviço médico (Capítulo VIII), Relações com a Saúde Pública (Capítulo IX), Relações com a Justiça (Capítulo X), Publicações de Trabalhos Científicos (Capítulo XI), Observância e Aplicação do Código (Capítulo XII) e Disposições Gerais (Capítulo XIII).

No Capítulo referente à Responsabilidade Profissional Médica (Capítulo VI), inseriu recomendações de natureza profissional juntamente com outras de caráter estritamente legal, como aquelas que recomendam a abstenção da prática de anestesia geral sem a presença de anestesista ou condenam a esterilização e as que proíbem a prática de aborto e de inseminação artificial.

Não nos parece, entretanto, que simples *Resolução*, ato administrativo, emanado de um colegiado autárquico, poderá obstacular a prática de um ato que a lei não proíbe.

Não nos parece, também, acatado afirmar que a vedação da prática de inseminação esteja implicitamente compreendida no Poder de Polícia exercido pela Administração, com vistas à satisfação do interesse coletivo.

Por isso que afirmamos, em conclusão, que o artigo 53 do Código de Ética Médica não poderá ter a eficácia que se lhe pretende atribuir, para evitar ou impedir a prática da inseminação artificial homóloga ou heteróloga consentida.

2.2.2 - Direito Civil

No campo do Direito Civil, as primeiras indagações que se enfrentam são as que se referem à moralidade ou inovidade da prática da inseminação, para efeito de exame e verificação da liceidade da prática da inseminação (art. 145 n.º II do Código Civil).

Tanto a inseminação homóloga como a inseminação heteróloga enfrentam grandes restrições de ordem moral e religiosa.

Condena-se a primeira pela suposta imoralidade no meio utilizado para colheita do líquido seminal: o coito interrompido ou a auto satisfação. Repudia-se a segunda pela mesma imoralidade e pela contrariedade aos preceitos do Direito Natural.

A repulsa se dirige contra a forma de obtenção, contra a alegada imoralidade na inoculação do sêmen de terceiro e na artificialidade da fecundação e justifica-se no direito dos filhos à paternidade real.

A propósito, ARMANDO DIAS DE AZEVEDO, em trabalho publicado na Revista Forense, n.º 149, cita GIOVANNI PAPINI que satirisa e anatematiza o doador de sêmen, descrevendo-o como:

“O garanhão humano, o pai de cem filhos, que lhes desconhecera a existência e que nunca os verá. O que tem cem filhos e está só, o que tornou mãe cem mulheres e não é amado por nenhuma, o enfermo que, logo que ficou restabelecido, tem de voltar ao seu ofício de reprodutor diplomado”.

HELIO AGUINAGNA, em suas “Breves Considerações a Respeito da Inseminação Artificial”, publicadas no Brasil Médico – julho de 1955, afirmava:

“Só um homem despido de respeito a si próprio poderá permitir que sua companheira carregue dentro de si o fruto de uma semente que não a resultante do seu amor conjugal (“Breves Considerações a Respeito de Inseminação Artificial” *in* Brasil Médico, Rio, Julho de 1955).

SULVAT, no seu Derecho Argentino, pondera que:

“Antes de ser uma convenção social imposta pela tradição, a paternidade real é um anseio inato no homem, que volta sempre para sua origem.

Mas se o direito que tem os filhos à paternidade real é intocável, já se verifica, sem sombra de dúvida, que também a fecundação artificial heteróloga, mesmo consentida, é reprovável”.

Pio XII no IV Congresso Internacional dos Médicos Católicos definiu o pensamento da Igreja, ao repudiar o processo de inseminação artificial fora do matrimônio, apontando-a como altamente agressiva à Lei Natural e ofensiva à Lei Divina positiva, ao afirmar:

“Para gerar uma vida nova só os cônjuges têm direito recíproco sobre seus corpos, direito exclusivo, intransferível, inalienável. Só a procriação de uma nova vida segundo a vontade e o plano do Criador, leva consigo a realização do fim aspirado, num admirável grau de perfeição.

.....
.....

Reduzir a uma pura função orgânica para a transmissão dos germes seria como converter o lar doméstico, santuário da família, num simples laboratório biológico” (“Documentation Catolique”, volume 46/1.348).

Os teólogos luteranos, segundo RAYMOND RAMBAUR manifestam-se infensos à inseminação heteróloga pelas mesmas razões levantadas pelo insigne Pontífice.

Sensibilizamo-nos com tão dignas e ilustres manifestações mas julgamos que, em parte encerram elas conclusões preconceituosas acerca da prática da inseminação, isto porque a Fecundação não natural se dirige a um nobre objetivo que é o de eliminar a infelicidade ou a desarmonia provocada pela ausência dos filhos.

É o próprio Velho Testamento que no Gênesis nos fala da humilhação de Lia: “O Senhor vendo Jacó desprezar Lia, fê-la fecunda”. Seguindo-se o primeiro parto, Lia exclamou: “O Senhor viu a minha humilhação, e agora meu marido me amará”.

RAQUEL, filha de LABÃO, marcada no início pela esterilidade se dirigiu a JACÓ: “Dai-me filhos, do contrário, morrerei” ao que lhe retrucou o marido: “Estou eu por ventura no lugar de Deus, que te privou da fecundidade? “E quando ela pôde ter filhos exclamou: “Tirou o Senhor Deus de mim o opróbrio”.

Todas essas passagens bíblicas são transcritas para sobrelevar o fato de que a mulher se sente no dever de procriar. Sua realização existencial está toda ela condicionada à perseguição ao atingimento da maternidade.

Também o homem enobrece com a paternidade. Também ele busca na união pelo casamento a perpetuação da espécie. A infertilidade representa para ele uma diminuição difícil de ser suportada.

Em suma, o casal quando busca a inseminação artificial quer o filho. Ao contrário do que ocorre com freqüência na fecundação natural, onde o concepto não é desejado e até por vezes, rejeitado.

Defendemos a moralidade da inseminação homóloga ou heteróloga consentida porque julgamos ser um direito do ser humano o direito à liberdade individual de escolha. Recusar ao casal sub-fértil a possibilidade à alternativa se nos afigura sobremaneira injusta e injurídico.

A inseminação homóloga e a heteróloga consentida resolverão por certo os problemas que o instituto da adoção não pode solucionar: a dupla paternidade e maternidade, a rejeição, a exposição, a chantagem afetiva e a discriminação.

Outro aspecto que merece exame é o da juridicidade do ato de disposição do sêmen, como parte do corpo humano.

Muito se discutiu, à época dos transplantes, sobre a legalidade do ato de disposição de partes do corpo, em vida, para servir de alguma serventia a terceiro que dela se utilizasse.

Ficou acertado que a auto mutilação seria conforme o direito, desde que se destinasse à consecução de fim nobre e não provocasse diminuição séria na capacidade física do doador.

Nesse sentido, a doação de sêmen também não afrontaria a ordem jurídica estabelecida, nos termos da construção doutrinária que acatamos.

A prática da inseminação artificial poderá influir sensivelmente no fato jurídico de grande relevo que é o nascimento do homem, acarretando conseqüências de ordem pessoal e patrimonial.

A relação de filiação é a primeira relação jurídica provocada pelo nascimento. A espécie de filiação será determinada segundo alguns pressupostos como o

casamento, o concubinato, a inexistência de impedimentos matrimoniais, e, principalmente, a existência fática de um nexa causal entre o relacionamento sexual dos pais e a concepção.

Nesse último aspecto, como se sabe, predomina a dificuldade da prova. Com efeito, a prova da derivação causal exclusiva pressupõe e implica a segurança do emprego efetivo de um sêmen de determinada proveniência, assim como da ausência de outros possíveis atos de fecundação, naturais ou artificiais.

Da dificuldade dessa prova nasceu a necessidade de o direito se socorrer das presunções, que são, na lição de CHIOVENDA “os fatos com os quais se argumenta sobre a existência de outros” (Instituições de Direito Processual Civil – 3.º volume – São Paulo – 1969 – pág. 139).

O Direito Brasileiro elegera a presunção entre os meios de prova da relação de filiação, conforme se poderá observar da leitura dos artigos 337 e 338 do Código Civil:

Artigo 337: “São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado ou mesmo nulo, se se contraiu de boa fé”.

Artigo 338: “São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento:

I - Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339);

II - Os nascidos dentro nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação” .

Quanto ao reconhecimento forçado de filhos ilegítimos, tendo em conta o disposto no art. 363 n.ºs. I a III do Código Civil, que permite a ação dos filhos contra os pais em determinadas situações, estabeleceram a doutrina e a jurisprudência que, no caso de concubinato, milita em favor do demandante a presunção relativa de existência da relação de filiação. Já nas demais hipóteses, reconheceu-se a necessidade de se comprovar a existência de relações exclusivas entre pai e mãe do demandante.

Daí se infere que para o direito positivo brasileiro, a semelhança do Direito Italiano (v. polêmica entre A. Trabucchi – *in* “Novissimo Digesto Italiano” – págs. 729/744), leva-se mais em conta para fundamentar a relação de filiação a existência do casamento, do concubinato e das relações sexuais exclusivas entre genitores do demandante. O conceito de filiação, para o direito, se diferencia do mesmo conceito enunciado pela biologia.

Em outras palavras, enquanto para a biologia pai é sempre aquele que esteja ligado diretamente à fecundação, por nexa de causa e efeito, para o direito pai é aquele que demonstrada ou presumivelmente teve relações sexuais exclusivas com a mãe do demandante.

Na inseminação artificial inexistente contato carnal.

Por outro lado, se o atingimento da certeza real na fecundação natural é impossível, com muito maior razão, na inseminação artificial. A determinação do dia ovulatório oferece grandes dificuldades, principalmente nos casos de ciclos anovulatórios ou de insuficiência progesterônica corrigidos (v. MILTON NAKAMURA – “Atualidades Médicas” – janeiro de 1973).

Assim sendo, tendo em vista a omissão do direito positivo brasileiro, quanto à existência de relação de filiação nas hipóteses de inseminação artificial e a impossibilidade da realização da prova de existência do fato da concepção, temos que o filho resultante de inseminação artificial em mulher solteira, que não viva em concubinato, ou o filho resultante de inseminação heteróloga em mulher casada, seria tão somente de sua genitora, não cabendo, pois, ao doador reivindicar qualquer direito fundamentado na paternidade.

No campo da responsabilidade civil, se a prática da I.A. acarretar danos, assistirá à prejudicada ou prejudicado o direito à obtenção da indenização correspondente.

Assim, por exemplo, se a mulher tiver sido fecundada, com violência ou engano, não se vê motivo para negar-lhe uma ação de ressarcimento contra aqueles que tenham participado casual e diretamente da prática da inseminação.

Também por fato de um nascimento infeliz, ao médico será imputada a responsabilidade, no caso de se constatar a existência de omissão, negligência ou imprudência.

Parece-nos finalmente adequado afirmar que, com fundamento no critério da responsabilidade pelas conseqüências do ato, possa estender-se ao filho o direito de obter os meios para enfrentar a vida que recebeu de quantos colaboraram ativamente na prática da I.A., sabendo de antemão qual poderia ser a conseqüência de seu ato.

2.2.3 - Direito Penal

Há séria divergência entre os penalistas pátrios e alienígenas, quanto à caracterização ou não do crime de adultério pela prática da inseminação heteróloga não consentida.

NELSON HUNGRIA afirma, em seus Comentários ao Código Penal – pág.381 – Volume VIII – 4.^a edição “que somente o ato sexual inequívoco do cônjuge com terceiro, voluntariamente praticado, ou tolerado”.

CARRARA exige a cópula normal completa para confirmação do crime: “In genere è certo exigersi alla sua consumazione la vera e propria copula nei modi naturali: – cossichè i baci, le mollizie e la stessa venere nefanda non costituiscono adulterio” (Programa – volume III, Lucca, 1866/1884).

GUIDO BATTAGLINI (“Fecondazione Artificiale e Adulterio” *in* “Giustizia Penale” parte 1, vol. III, fascículo III) entende que o delito se constitui, não apenas, em face da conjunção carnal, mas, também, na hipótese da inseminação artificial.

O Professor ALMEIDA JUNIOR, Catedrático de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, defende o ponto de vista de que a inseminação artificial heteróloga não consentida caracteriza o crime de adultério científico (Rev. “JUSTITIA” – volume 64 – 1.^o trimestre de 1969).

ELLIS HERMYDIO FIGUEIRA, em seu trabalho apresentado no II Congresso do Ministério Público Fluminense, realizado em Teresópolis, de 20 a 24 de novembro de 1968, após discordar do ponto de vista do Prof. ALMEIDA JR., assevera que a inseminação artificial heteróloga poderá conduzir à prática de diversas modalidades delituosas, como por exemplo: a) – crime de atentado ao pudor, mediante fraude (art. 216 do Código Penal) se praticado através de procedimento enganoso em

mulher solteira, se perpetrado em mulher casada, sem o seu consentimento; crime de atentado violento ao pudor (art. 214 do Código Penal) se praticado mediante constrangimento, violência ou grave ameaça; crime de corrupção de menores (art. 218 do Código Penal) se perpetrado em menor de 18 e maior de 14 anos; crime de constrangimento ilegal (art. 146 do Código Penal) se o sujeito ativo foi constrangido pelo sujeito passivo ou terceiro.

Entretanto, como bem destacou o ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro, essas modalidades delituosas somente poderão ser configuradas se à inseminação artificial forem ajustados outros elementos circunstanciais, já que a inseminação artificial heteróloga por si só não seria suficiente para caracterizar os delitos ali enumerados:

Há quem alegue existir na declaração de filiação que lastreia a inseminação heteróloga, crime de falsidade ideológica, porquanto afirma-se ocorrer uma relação de filiação que, na realidade, inexistente. Aplicar-se-ia, no caso, as penas do art. 299 do C. Penal, que trata dessa espécie de falsidade:

“Artigo 299: Omitir, em documento público ou particular, declaração de dele devia constar ou nele inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar verdade sobre fato juridicamente relevante.

Pena: reclusão, de um a cinco anos e multa de um a dez contos de réis, se o documento é público, e reclusão, de um a três anos, e multa de quinhentos mil réis e cinco contos de réis se o documento é particular”.

Ainda nesse caso, o crime não seria o da prática de inseminação, mas, sim, de declaração que a explicita. Nessa hipótese, já têm decidido o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Estaduais, que o assentamento de registro de filiação, se não evitado de dolo ou culpa, não é penalmente incriminável.

O Ministro HERMES LIMA, ao julgar o Habeas Corpus n.º 43.515 sustentou que para se configurar o crime de falsidade nos registros de nascimento, era preciso comprovar a presença de dolo, elemento integrativo do crime de falsidade ideológica. Tendo o declarante a intenção de proteger e, não, de prejudicar, não poderia ser punido por sua nobre atitude.

Também, no mesmo sentido, outras decisões de Tribunais Estaduais encontradas em publicações feitas na Revista dos Tribunais 277 - 157; 287 - 448; 291 - 121; 292 - 115; 303 - 82; 307 - 110; 322 - 124; 329 - 137 e Revista Forense 140 - 428; 150 - 421; 182 - 334; 199 - 275; 203 - 305; 207 - 327.

Não desconhecemos a circunstância de que o Novo Código Penal regulou diversamente a matéria do registro falso. Mas, sob sua vigência, a inseminação, artificial passa a ser prevista, em determinadas condições, como crime, não ensejando o tipo de problemas que ora enfrentamos com o exame da declaração de registro.

Em nosso entendimento, inexistente delito na prática da inseminação artificial pela falta específica de sua previsão em lei. Tanto mais verdadeiro, quando se verifica que o novo Código Penal (Decreto-lei n.º 2004, de 21 de outubro de 1969)

houve por bem destacar como crime a Inseminação Artificial Heteróloga não consentida no seu artigo 267:

“Artigo 267: Permitir a mulher casada a própria fecundação por meio artificial sem que o consinta o marido.

Pena: detenção, até dois anos.

Parágrafo único – Só se procede mediante queixa”.

Pensamos com NELSON HUNGRIA que mister se faz para a configuração do crime a prática inequívoca de um ato sexual.

3 - Dos Novos Códigos e Projetos em Tramitação

3.1 - Direito Civil

O Anteprojeto do Código Civil, na parte que se refere a relações de parentesco (artigos 1765 a 1825 da 2ª Edição Revisada), não previu nem regulamentou os efeitos resultantes da prática da inseminação artificial, mas há sobre o assunto, no campo da legislação civil, um projeto de lei, atualmente na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que dispõe, nos seus artigos 1.º e 2.º:

Projeto de lei 77/73 - Senador VASCONCELOS TORRES

“Artigo 1.º: São naturais todos os filhos concebidos e nascidos de qualquer leito.

§ 1.º - Consideram-se igualmente naturais os filhos concebidos através de inseminação humana artificial, gestados e nascidos de mulher.

§ 2.º - Só se permitirão inseminações humanas artificiais sob rigorosa vigilância e assistência técnica-médica autorizada por lei, responsabilizando-se judicialmente, os agentes doadores e receptores pelo filho que nascer, assistindo-o na forma da lei.

Artigo 2.º - São legítimos todos os filhos naturais”.

Há muitas falhas neste projeto. Primeiro, seu objetivo não é especificamente de determinar os efeitos resultantes da inseminação artificial, mas, o de equiparar todas as espécies de filiação. Considera legítimos, por serem naturais, os filhos resultantes de inseminação.

Responsabiliza judicialmente (sem determinar o sujeito passivo, a maneira ou a espécie de responsabilidade) a quem pratica inseminação sem assistência médica autorizada por lei e prevê a adição de lei para autorizar a fiscalização médica no mesmo ato em que se elabora um diploma legal.

Não especifica o tipo de filiação resultante da inseminação heteróloga consentida e inseminação heteróloga não consentida, escapando-lhe também a orientação legislativa no que diz respeito à permissibilidade da prática da inseminação.

Julgamos que estes aspectos terão que ser necessariamente previstos em iniciativa de lei, emenda ou substitutivo do projeto original.

3.2 - Do novo Código Penal

No âmbito do Direito Penal, como já dissemos, o Decreto-lei 1.004, de 1969 (Novo Código Penal) já enquadrando especificamente como crime a inseminação artificial heteróloga não consentida. Inseriu esta figura delituosa no capítulo referente aos crimes contra o estado de filiação (Capítulo III) por entender que é maior o gravame infringido à filiação. Não nos adentraremos pela análise do mérito desta catalogação, à semelhança dos que repudiam a inclusão do crime ali previsto nesse capítulo para preferi-lo enquadrado entre os crimes contra o casamento.

São mais relevantes as omissões referentes à titularidade da ação penal privada, e à responsabilidade penal dos agentes que concorrem para a prática da inseminação artificial.

Determina o parágrafo único do artigo 267 do Novo Código Penal que, no caso de crime de hetero-inseminação não consentida, só se procede mediante queixa (ação penal privada), sem determinar expressamente o titular dessa ação. Em nosso entendimento, dado que o direito de ação é personalíssimo, somente ao cônjuge lesado pelo não consentimento, incumbiria a iniciativa da queixa de que trata aquele parágrafo.

Assim sendo, seria de bom alvitre incluir disposição expressa nesse sentido no Novo Código Penal.

Ainda pela leitura do citado artigo 267 do novo Código Penal, o sujeito ativo do crime é a mulher casada que permite, sem o consentimento do marido, a realização da inseminação artificial heteróloga.

Não poderá ela, entretanto, obter essa inseminação sem o necessário concurso do doador, pessoa estranha à relação conjugal, que fornece o líquido seminal e do *inseminador*, médico ou biólogo, que realiza a inseminação.

Em nosso entendimento, seria recomendável atribuir expressamente a responsabilidade penal a esses concorrentes, em determinadas circunstâncias, a fim de se evitarem futuras dúvidas.

4 - CONCLUSÃO

De tudo que se viu, leu e examinou verificou-se que pouco trouxe o Direito Positivo do Brasil e de quase todas as demais nações nesse campo de inseminação artificial.

Muito fez a doutrina, muito fez a jurisprudência. Contudo, o legislador deverá cobrir essas omissões, evitando com isso as perplexidades e incertezas que as lacunas de leis poderão acarretar.

O legislador terá que se apressar, evitando o que se previu num trecho da Moção de Nova Friburgo, resultante do I Encontro Nacional de Secretários de Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários:

“A vertiginosa velocidade imprimida ao progresso científico na última década levou o homem, em saltos extraordinários, a um desenvolvimento inimaginável, transformando fantasias em surpreendente realidade e vivificando as mais estranhas ficções. É preciso, pois, correr e correr muito, para que o nosso tempo não nos passe à frente. Se nos quedarmos em velhas contemplações, se estancarmos em refinados debates, se nos entregarmos a profundas abstrações, - perderemos a oportunidade de realizar o presente, construiremos no passado, não alcançaremos as necessidades de nossa geração”.

Julgamos que ainda não é tarde para legislar sobre o presente.

**Publicado originalmente na Revista nº 1 mar./jul. 1975, p. 61.*

AS FONTES DO DIREITO POSITIVO**

BARNA HORVATH*

I. A fonte é apenas uma relação. Identidade genérica entre o direito e sua fonte

Fonte do direito é uma expressão figurada, um excesso de linguagem metafórica. Esse caráter figurado do termo é, em si, a fonte das inexatidões cometidas em seu uso científico.

O que é uma fonte? Pode-se entender, por extensão do termo, as imediações do ponto de emergência de um curso d'água natural, o lugar onde ele passa de invisível a visível, onde sobe do subsolo à superfície.

É evidente, no entanto, que a fonte não são nem as rochas que estão em tórno, nem as árvores que a sombreiam, nem mesmo seu leito, nem a abertura do solo de onde ela jorra.

É, mais exatamente, o próprio curso d'água no ponto de transição entre dois estados ou situações, sua primeira aparição sôbre a face da terra.

A *fonte do direito* é apenas o próprio direito, em transição entre dois estados ou situações, a passagem de um estado de fluidez e de invisibilidade subterrânea ao estado de evidente certeza.

Tal materialização da noção de fonte, embora seja, na verdade, apenas uma relação, uma função de elementos variáveis, o ponto imaginário de um movimento contínuo, aparece toda vez que apelamos para as forças do direito positivo, seja o consentimento, seja o costume ou, então, a moralidade, a liberdade, a igualdade, o amor, a equidade ou a justiça.

Supondo-se que o *poder* seja a rocha que a guarda, o *consentimento*, a árvore que lhe dá sombra, o *costume*, seu leito, e a *liberdade* ou a *justiça*, a abertura do solo de onde ela jorra, mesmo então, esses fatores não seriam a própria fonte do direito. Apenas se transformam em fontes quando entendemos, por esse termo, o próprio direito positivo no ponto de transição de um estado inacabado a um estado de acabamento. É preciso identificá-los com o direito para reconhecê-los como fontes do direito.

É por isso que tôdas as teorias do direito sempre identificam a fonte do direito, que convencionamos chamar de *interior* com a noção que consideram justamente como o *genus proximum* do direito: o poder, o costume ou a justiça.

É em virtude da identidade genérica do direito e da fonte do direito que se diz ser apenas do direito que se origina o direito (*Recht rann nur aus Recht werden*), e que não se pode fazer o direito: pode-se apenas encontrá-lo (*law cannot be made but found; Rechtsfindung*). E é em virtude da *diferença específica* entre o direito e a fonte do direito que consideramos fazer o direito, segundo o direito, uma *contradictio in adjecto*.

* Jurista húngaro.

** Extraído do volume "Le Problème des Sources du Droit Positif". *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Travaux de la première session – 1934-1935 (Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934, págs. 132-142). Tradução de Maria Cecília Pereira Reis.

É uma contradição semelhante à da causalidade geral. Embora tudo tenha uma causa, nem todas as coisas podem ter uma causa, pois a causa última é, também uma coisa. Evidentemente, as coisas fora de si mesmas, não podem ser *todas* as coisas, porque suas causas são também uma causa independente delas mesmas. No entanto, fazendo das causas, ou das fontes do direito, uma série infinita, a ciência se serve da causalidade, ou do princípio de que só o direito pode ser fonte do direito, como uma hipótese útil de trabalho.

II. *Causa real, princípio de valor e princípio de conhecimento*

Concebeu-se a fonte do direito como uma *causa real* ou como uma *causa final*. Esta última, é um *princípio*, seja um *princípio de valor*, seja um *princípio de conhecimento*. O *poder* é concebido como a *causa real*, o *direito natural*, como *princípio de valor*, e a *interpretação* como o *princípio de conhecimento* do direito.

Enquanto o direito positivo, no entanto, constitui não apenas *natureza* ou *idéia*, mas a *sinopse metódica da realidade e da idealização*, a *fonte do direito* também é a *sinopse das causas reais e finais*. E embora a diferença entre o conhecimento e seu objeto seja relativa, a fonte do direito positivo compreende as três noções: de causa real, do princípio de valor e do princípio de conhecimento.

No sentido do princípio de conhecimento, a própria noção de direito positivo, ou, então, sua definição científica, é apenas uma das fontes do direito. Ela contém, portanto, os caracteres genéricos e a diferença específica do direito. Determina o que deve ser e afasta o que não deve ser concebido como direito: ela delega e derroga. Legítima ou revolucionária. ANAXIMANDRO ou HERÁCLITO ou os estóicos compreenderam, no direito, as leis do universo; SANTO TOMÁS DE AQUINO também incluiu no direito o direito divino positivo; as definições jurídicas delegam fontes do direito positivo que a maioria dos teóricos de hoje não aceitam como tais. Ao contrário, as definições de AUSTIN ou de SOMLO afastam do domínio do direito positivo o direito internacional, que a maioria dos juristas encara, hoje em dia, como direito positivo. Suas definições derrogam o direito internacional, enquanto as definições antigas delegam o direito divino positivo, sem dúvida, em outro sentido que não o de que a lei posterior derroga a anterior. Mas essa diferença é, apenas e precisamente, a diferença relativa, da causa (seja real, seja final) e do princípio do conhecimento. Esta diferença é necessariamente relativa, porquanto ninguém pode não saber, nem querer, nem sentir o direito, nem mesmo falar do direito sem ter, mesmo inconscientemente, algum princípio de conhecimento do direito. O direito é apenas a objetivação de seu conhecimento, e o conhecimento do direito é apenas a subjetivação do direito.

III. *Relatividade da classificação das fontes*

As diferenças, por vezes sutis, das fontes *materiais e formais, interiores e exteriores, escritas e não escritas, primárias e secundárias, imediatas e mediatas, legítimas e ilegítimas, estatuídas e costumeiras*, são apenas manifestações específicas da diferença entre a causa real, o princípio de valor e o princípio de conhecimento.

A origem do *conteúdo*, em oposição à *forma* do direito, é a verdadeira diferença entre as fontes materiais e formais. É precisamente a que existe entre o

princípio de valor, por um lado, e a causa real e o princípio do conhecimento, por outro. Qualificando-se a *doutrina* como fonte material do direito, compreendem-se as verdades reconhecidas pela ciência do direito, como *fundamentos do conteúdo* das regras do direito positivo, enquanto que, falando do *poder* como de uma fonte interior e formal, inclui-se aí a causa real; e, enfim, considerando-se a *Constituição*, a *lei* ou o *decreto* como fontes escritas, formais e exteriores do direito positivo, pensa-se em um princípio ou em uma fonte de conhecimento. A *expressão exterior* é, evidentemente, a fonte do conhecimento do *conteúdo interior*.

Assim, as fontes legítimas, secundárias e mediatas têm o fundamento *de sua validade* em outras fontes. As fontes não-escritas, costumeiras, trazem sempre algo de ilegítimo e de primário, pois não se supõe que sua validade deva depender de outras fontes. Por outro lado, as fontes escritas ou estatuídas, tendo, em sua qualidade de *ius vigens*, como condição preliminar de validade, sua aplicação efetiva em casos particulares, possuem, assim, algo que caracteriza o direito costumeiro. São apenas a expressão dêsse direito, em regras formuladas e abstratas, em teses normativas exatas, mas sempre problemáticas exprimem a formulação de normas e valores das fontes não-escritas ou costumeiras. Portanto, tôdas as normas e valores, dependendo de outras normas e valores que constituem o fundamento de sua validade, as fontes escritas e estatuídas, têm sempre algo de legítimo e de secundário. Por outro lado, as fontes não-escritas e costumeiras, tendo, elas próprias, como condição preliminar de sua validade jurídica a precisão do conteúdo e do alcance de sua força jurídica, sua distinção precisa dos fatos não-jurídicos, sua determinação e limitação, que são ao mesmo tempo a delegação e a derrogação de seu alcance: têm, assim, algo de escrito e de estatuído; têm, também, algo de legítimo, de secundário.

Está perfeitamente de acôrdo com nossa concepção o fato de que a fonte do direito deve ser apenas a *sinopse metódica da causa real, do princípio de valor e do princípio de conhecimento*. A conseqüência necessária desta concepção é que há apenas uma diferença relativa entre as categorias de fontes enumeradas acima. Se tôdas as fontes do direito positivo são, ao mesmo tempo, causas reais, fontes de valor e de conhecimento, podem ser, apenas, materiais e formais, interiores e exteriores, escritas e não-escritas, primárias e secundárias, legítimas e ilegítimas, estatuídas e costumeiras. O direito pode ser totalmente legítimo, estatuído, escrito, exterior, formal e secundário, apenas com a condição de ser uma *norma* um valor, idéia pura sem realidade nem causalidade, a cadeia contínua das causas finais. Por outro lado, o que é inteiramente ilegítimo, costumeiro, não-escrito, interior e primário, não pode constituir-se em direito, a não ser com a condição de ser um *fato*, uma causa real. Embora o direito não seja mais do que a combinação sinótica da *realidade* e da *idealidade*, a fonte do direito é, também, uma combinação sinótica do legítimo e do ilegítimo, do estatuído e do costumeiro, do escrito e do não-escrito, do exterior e do interior, do primário e do secundário: causas e princípios.

IV. *Relatividade das fontes legítimas e primárias; as exigências do direito costumeiro*

Será possível demonstrar que todo direito é, ao mesmo tempo, legítimo e ilegítimo? Poder-se-ia demonstrar isso provando que o direito é sempre, e ao mesmo tempo, secundário e primário, pois o direito secundário é apenas legítimo, enquanto o direito legítimo não é necessariamente secundário. O direito secundário

é o direito *em virtude* do direito, o direito legítimo é considerado direito *de acôrdo* com o próprio direito.

Nenhum direito se baseia exclusivamente em princípios, causas, normas, fatos, na idealidade ou na realidade. Uma lei ou um decreto são secundários enquanto são normas delegadas pela Constituição. Entretanto, não têm a força do direito, a menos que se apliquem efetivamente a casos particulares e que não caiam em *desuso*. A questão de saber se têm aplicação ou não, se estão em vigência ou não, se estão em vigor ou se estão ultrapassados, é uma questão de fato. Esse fato, que elide sua força jurídica do mesmo modo que a norma superior (Constituição), que lhes dá validade, é um elemento completamente primário. Conseqüentemente, todo direito é um direito primário até mesmo o poder derogatório do *desuso* – condição resolutória de sua força jurídica.

Por outro lado, não há uso, costume, *desuso*, nem mesmo direito revolucionário, que repose, exclusivamente, sôbre certas causas, e nem um direito independente de princípios ou de normas, ou seja, um direito totalmente primário.

O costume é, assim, apenas a repetição de alguma coisa *determinada* que, ao mesmo tempo, *determina*, isto é, que a *delega*. E o próprio direito revolucionário não é considerado direito antes de satisfazer aos *critérios do direito costumeiro*. Isso não quer dizer que deva satisfazer aos critérios prescritos por tal ou qual direito positivo histórico. Mas é preciso, certamente, que também êle sendo, como todo direito, a disciplina dos procedimentos, isto é, das atitudes *predeterminadas*, seja a repetição, a imitação e a representação das atitudes *determinadas* que, ao mesmo tempo, o determinam e o delegam. É preciso que satisfaça a quaisquer critérios exatos, determinados, determinantes, delegantes e derogatórios. Por conseqüência, todo direito é secundário, pelo menos em virtude da função delegadora e derogadora dos critérios *predeterminados* de sua validade jurídica.

Eis a quintessência da teoria das *exigências do direito costumeiro*. Enumeraremos diferentes condições ou exigências do direito costumeiro. São as seguintes: 1.^a *ratio*; 2.^a *opinio necessitatis*; 3.^a *opinio iuris*; 4.^a *animus inducendi consuetudinem*; 5.^a *consuetudo praescripta, inveterata*; 6.^a *frequentia actuum*. As duas últimas, sendo exigências *exteriores* são as mais características. A *doutrina inglêsa* acrescenta a essas exigências exteriores: *tempo imemorial*, fixando o ponto extremo da memória jurídica em 1189 e dando o ônus da prova a quem nega o costume, exceto no caso em que o costume não podia existir em 1189, mas presumindo, de um modo geral, sua existência desde essa época, bem como a *continuidade*, o *gôzo pacífico* e a *certeza* (“pois, como se pode dizer que alguma coisa estêve fora de foco em determinada época, quando não se sabe bem do que se trata?”) e, enfim, um critério de exigência interior da *racionalidade*: a *notoriedade do costume*.

A essência de tôdas essas exigências é apenas a necessidade de que também o direito costumeiro satisfaça a *quaisquer* exigências, que podem ser apenas *normas* que o delegam. O fato puro só se transforma em direito quando é delegado por normas, quando se torna secundário.

No mundo jurídico, não há criação *ex nihilo* (o que seria uma *partenogênese*), nem legitimidade *absoluta*.

V. O procedimento social que passa ao estado mais institucionalizado é a fonte do direito

Estamos convencidos de que o *gênero próximo* do direito positivo é o procedimento social e que sua *singularidade* consiste em ser o mais complicado dos procedimentos sociais. O direito é apenas uma parte dos procedimentos sociais. É a regularidade e o conjunto das regras de atitude social que são realizadas pela maior diferenciação dos procedimentos, regras que delegam, para sua execução, a mais complicada hierarquia dos órgãos jurídicos. É a atitude social e a regra social mais, “institucionalizada”.

Conseqüentemente, para mim, a fonte do direito positivo é o procedimento social que passa de um estado menos organizado ao estado mais diferenciado e integrado, isto é, ao mais institucionalizado. De certa forma, *procedimento*, em si, é apenas uma atitude *predeterminada*. É, portanto, um produto sinótico do pensamento, o conjunto de uma *atitude predeterminada* e delegada, de uma parte e de outra, de uma *norma* que predetermina e delega a atitude mencionada. Quando falamos dos procedimentos sociais, queremos nos referir a atitudes predeterminadas por outras atitudes sociais. Quando o procedimento é uma atitude predeterminada por outra atitude, a norma que delega uma das atitudes é apenas uma norma prescrevendo a *imitação* de outra atitude.

Quando uma camponesa usa, pela primeira vez, e de uma maneira particular, um xale de côr e que começa a ser imitada por outras mulheres de sua aldeia (procedimento social primitivo) nasce um costume popular. Pode-se, nesse exemplo, distinguir: primeiro, o *modelo* de atitude, que é uma coisa *irreal*, uma regra, uma norma, e, segundo, a *atitude real*, que é um fato, uma realidade. O aspecto de conjunto dessas duas coisas, do modelo irreal e do fato real da atitude predeterminada é o procedimento.

A atitude imitada é, ao mesmo tempo, representada pela atitude imitadora. Representa a atitude que a delega. É o *órgão* da atitude, ou melhor, da norma que contém o modelo irreal da atitude que a delega. Organizar é predeterminar cada vez mais as atitudes.

Pela *diferenciação* dos procedimentos, pode-se distinguir cada vez melhor as *diferentes espécies* de atitudes predeterminadas. Sua *integração* consiste em sua *acumulação* pelo fato de se tornarem cada vez mais *numerosas*. A função de um juiz reduz-se a um conjunto de procedimentos diferenciados e acumulados, uma competência distinta e a acumulação das atitudes dentro dessa competência.

Embora toda atitude predeterminada seja o *órgão* da norma que a delega e da atitude que ela representa, em um sentido mais restrito, falamos de órgãos apenas no caso em que a atitude é predeterminada mais em sua *origem* do que em sua *forma*. Prescrevendo as formas de saudação, o costume se serve da primeira possibilidade, mas, prescrevendo a obediência do filho ao professor, o pai determina apenas a origem dos preceitos a serem obedecidos. A saudação, prescrita pelo costume, é um procedimento, não importa quem o executa; e o que o professor ordena é um procedimento em virtude de sua predeterminação pelo pai.

Em lugar nenhum, a combinação dessas duas maneiras de predeterminação complicou-se tanto e tornou-se tão artificial como no domínio do direito. O costume, a moral, a moda não têm nem ministérios e nem tribunais que garantam a sua observância pois, quando os têm, tornam-se, por isso, parte integrante do direito. O ponto imaginário de transição entre os procedimentos sociais e o direito é apenas, portanto, o ponto de separação entre o gênero próximo e a diferença específica do direito entre os procedimentos e o maior grau de integração de organização e de *institucionalização* dos mesmos.

O direito é, assim, apenas a parte mais organizada e mais institucionalizada dos procedimentos sociais (do costume, da moral e da convenção). Tais procedimentos tornam-se parte do direito quando se originam das atitudes mais artificialmente complicadas, seja em sua forma, seja a especialmente em sua origem. Um procedimento qualquer transforma-se em direito ao inserir-se nesse corpo de procedimentos sociais, o mais diferenciado e integrado, extremamente organizado e institucionalizado. Assim, o direito repousa sobre os outros procedimentos sociais, e, ao mesmo tempo, difere desses últimos, por constituir-se apenas em sua parte mais institucionalizada. O ponto, de transição é verdadeiramente imaginário: a própria transição é freqüentemente desaparecida.

A fonte do direito positivo é, apenas, o procedimento social, em transição de um estado menos diferenciado e integrado para um estado mais organizado e institucionalizado.

As fontes do direito positivo são as formas especiais distintas e tradicionais dessa transição: a Constituição, a lei, o decreto, o costume, a autoridade, a tradição.

VI. *A crise das fontes tradicionais do direito*

As formas tradicionais das fontes não são necessariamente imutáveis, pois são apenas possibilidades variáveis. O direito tolera bem um pouco mais ou um pouco menos de constitucionalidade, de legalidade, de *decretismo*^{*}, de tradicionalismo e de autoritarismo. A comparação dos sistemas francês, anglo-americano e alemão mostra que o direito costumeiro ou legal, constitucional ou decretado, tradicional ou codificado, pode predominar em um sistema, superando as outras fontes.

Esta variabilidade de tipos não é, de modo nenhum, incompatível com a necessidade de um mínimo de tipos para o funcionamento correto do direito. Isso significa que a *durabilidade* da Constituição, a *generalidade* e a *mutabilidade* da lei, a *continuidade* e a *regularidade efetiva* do costume, a *excelência da intervenção* legislativa ou administrativa – dos quais a lei, o decreto, a sentença e os tratados internacionais são a encarnação –, são funções cuja participação mínima é indispensável à vivência de qualquer direito. Encontramos, pois, examinando os tipos históricos das fontes, na extensão de possibilidades acidentais, um pequeno núcleo de traços essenciais do direito, do qual são a representação mais ou menos feliz.

Não se pode negar que atualmente tôdas as fontes tradicionais atravessam uma crise profunda: *A crise do parlamentarismo* e do *sistema representativo* é, ao mesmo tempo, a crise da constitucionalidade e da legalidade do direito. Os parlamentos,

^{*} O autor criou, no original em francês, um neologismo – *décretisme* – que a tradutora achou conveniente representar também por neologismo, em português, mais fiel ao sentido do texto.

sendo o rochedo de bronze da mutabilidade, da constitucionalidade e da generalidade do direito, do regime democrático e representativo, não conseguem corresponder às exigências da *massa*, da *experiência* e da *rapidez* da legislação moderna. A *legislação hermética*, a delegação de poderes ilimitados ou quase ilimitados ao govêrno por parte do parlamento, não são mais do que a degenerescência da legislação, a desapropriação dos traços representativos, democráticos, mútuos e contratuais do direito. Não se inventaram, ainda, outras garantias da generalidade, da durabilidade, da mutabilidade e do caráter representativo do direito além do regime parlamentar moderno. Naturalmente, é possível que, por acaso, uma autocracia excelente seja mais mutável e mais representativa do que uma democracia corrompida. Apenas deve-se observar que, na falta de garantias inerentes ao regime parlamentar, a duração das autocracias felizes é muito problemática. Uma autocracia feliz é uma maravilha; uma democracia infeliz é uma doença, mas curar uma doença através de milagres é uma empresa problemática.

Isso não quer dizer que a forma tradicional da democracia e do parlamentarismo satisfaça às exigências do tempo. A causa mais profunda da crise do parlamentarismo, é, seguramente, o enfraquecimento do verdadeiro caráter mutável e representativo desse sistema. A representação tornou-se totalmente formal e vazia, desde que a complexidade dos problemas legislativos fez da vontade momentânea dos eleitores, desorientados por uma propaganda ardente, uma circunstância independente e não-representativa de seus interesses. O voto do eleitor não é mais uma contribuição de valor para a legislação, pois ele não vê mais a conexão entre aderir a um certo partido e satisfazer seus interesses. A desorientação do eleitor, da qual a desorientação do deputado não é mais do que um reflexo, é a crise do sistema representativo, é a crise da Constituição e da lei.

Por outro lado, uma grave crise do *direito escrito*, inteiramente causada por seu volume e complexidade, reside na impossibilidade de a sociedade o assimilar. É por um risco perpétuo de *decretismo* que as regras escritas ficam no papel. Esse risco torna-se necessariamente uma crise, quando a produção em massa das regras é tão rápida e tão efêmera que sua assimilação social, isto é, sua assimilação pela regularidade efetiva das atitudes sociais, torna-se quase impossível.

Enfim, o ritmo acelerado da vida social, da qual é um dos sintomas a crise do direito escrito, revoluciona e mobiliza a corrente retardada da fonte a que chamamos costume. Quando tal ocorre sua continuidade imemorial torna-se uma ficção. Ela se resseca cada vez mais enquanto fonte distinta e separada, renascendo enquanto regularidade efetiva e predeterminada das atitudes sociais, indicando a assimilação das normas pelos fatos, elemento indispensável de qualquer procedimento e de qualquer direito. Assim como ocorre com o costume, a aceleração da vida social também dá à *autoridade* e à *tradição* um caráter instável e flutuante: o caráter da moda variando por fases ou estações.

Tôdas essas observações evidenciam que uma crise universal das fontes tradicionais modifica apenas suas eventualidades. A representação adequada dos interesses e a acomodação imediata a um meio social sempre em transformação imprevisível a fatores da crise atual estão a exigir uma reformulação das fontes tradicionais. Um sistema de representação mais adequado dos interesses do que o parlamentarismo, um sistema de acomodação rápida melhor do que os atuais métodos diletantes de redação de estatutos, um método que permita à sociedade não confundir antiguidade com alto valor, inerente ao costume e à tradição, farão

desaparecer, talvez, as formas tradicionais da lei, do decreto e, mesmo do costume. A sociedade trocará, talvez, um pouco mais de sua acomodação por uma menor representação adequada, especialmente se um desses fatores fôr mais importante do que o outro. Mas a sociedade não sofrerá o desaparecimento da representação adequada, da acomodação imediata, da continuidade e da segurança garantidas pela lei, pelo decreto e pelo costume em suas formas tradicionais. O sistema parlamentar não cederá seu lugar a um sistema mais primitivo. O núcleo das necessidades essenciais deve permanecer intacto no centro das possibilidades relativas para que seja possível haver uma evolução normal do direito. Certamente, o direito pode evoluir ou degenerar, como a sociedade. Mas o ressecamento das fontes do direito, a degenerescência do direito ou de seus traços essenciais não são, certamente, o caminho do progresso da sociedade.

NOTA

O *Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, fundado, em 1933, em Paris, tendo por Secretário Georges Gurvitch, e Presidentes L. Le Fur e Del Vecchio, realizou três sessões, sendo a primeira, em 1934, sôbre o tema: *Le problème des sources du droit positif*. Nessa primeira sessão, foram apresentados trabalhos de Del Vecchio, Goodhart, Morin, Sinzheimer, Djuvara, Réglade, Gurvitch, Ganeff, Ross, Alexeiv, Koulicher, Kantotorowicz, Tassitch, e o que estamos publicando neste número. Êsses trabalhos foram objeto de debates, dos quais participaram Haesaert, Ripert, Mauss, Kelsen, Schindler, Weyr, Kulischer, Delos, Le Fur, Westrupp, além de seus autores. Tais trabalhos e tais observações críticas espelhavam o pensamento jurídico europeu interrompido pela II Guerra Mundial, que, entre outras conseqüências, paralisou, por que não dizer, terminou, com as atividades do referido Instituto, que, a partir da sua fundação, até 1939, teve por órgão os *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, no qual colaboraram os melhores pensadores europeus e americanos. O trabalho que ora publicamos afasta-se das posições tradicionais, tentando Horvath integrar a Filosofia do Direito com a sociologia jurídica, Kelsen com o sociologismo. Horvath, autor de uma sociologia jurídica publicada antes da La Guerra (*Rechtssociologie*, 1934), que na época em que apareceu, despertou grande interesse, e que levou Gurvitch a chamá-lo de “sábio húngaro”, tentou, nessa obra, e na comunicação ora publicada, o que pareceu a alguns impossível: conciliar Kelsen com a sociologia jurídica.

Impossível porque Kelsen não concede lugar à sociologia jurídica na *teoria pura* do direito. Kelsen não nega a validade de tal sociologia, mas considera-a fora do terreno da ciência jurídica.

Servindo-se do método sinótico, Horvath pretendeu, no livro citado, que, segundo estou informado, será reeditado na Alemanha, construir uma epistemologia sociológica. Respondendo às críticas que lhe foram feitas por Réglade, Gurvitch, Schindler, Djuvara e Ross, inicialmente acentuou que o “direito para ser direito” não precisa ser positivo, porquanto, segundo o jurista húngaro – atualmente radicado nos Estados Unidos e lecionando na Universidade de Washington – o direito “é uma combinação sinótica dos valores e dos fatos”. Apesar de reconhecer a crise do processo legislativo atual, Horvath não propõe outro processo. Limita-se a apontar

os seus males. Mais de uma vez frisou não se tratar de síntese de opostos (ser e dever ser, fato e valor, sociológico e normativo), mas de uma sinopse, tal como geralmente procede um juiz num processo. Tal sinopse, adverte Horvath, não implica sincretismo metodológico. O problema do direito como fato, como valor e como norma, e a busca de uma solução que concilie e interligue essas idéias dentro de um nexu lógico, continua a ser o problema central da Filosofia do Direito; é um problema que não pode ser descuidado pela sociologia jurídica, porquanto, como bem acentuou Horvath, ao responder às críticas que sofreu, “o direito existe como objeto da realidade e como norma, não se podendo suprimir um dos t ermos desse complexo”. As idéias de Horvath ainda são atuais, como atual e contemporâneo   qualquer problema filosófico e sociológico que, por natureza, não admite solu es definitivas.

Paulo Dourado de Gusmão

DADOS BIBLIOGRÁFICOS

BARNA HORVATH, natural da Hungria, atualmente radicado nos Estados Unidos, doutor em Direito (Budapeste, 1920), obteve o Prêmio Gorove por seu trabalho *Nature of the Moral Norm*. Depois de passar dois anos realizando pesquisas com Kelsen, Merkl e Verdross, em Viena, e com Hobhouse, Laski e Ginsberg, em Londres, foi convidado para ser Professor de Filosofia do Direito (Szeged, 1929). Foi eleito Membro da Academia de Ciências de Budapeste (1945) e foi Professor visitante na *Graduate Faculty, School for Social Research* (Nova York, 1950-56). Suas principais publica es são: *Rechtssoziologie* (1934); *English Theory of Law* (1943); *The examination of Public Opinion* (1942) ; *Legal Change* (1968); *Twilight of Government of Laws* (1968).

**Publicado originalmente na Revista n  9 set./dez. 1969, p. 3.*

A JUSTIÇA CARIOCA DE 1500 A 1822**

CARLOS SUSSEKIND DE MENDONÇA*

1. Eu poderia começar fazendo uma “chicana”.

Em se tratando de Justiça, não seria descabido, nem impertinente.

Desde que o tema, a ser aqui versado, fala da Justiça no Distrito Federal, ser-me-ia lícito tratar apenas do período republicano, pois, foi nêle que o Distrito Federal começou a existir.

O que interessa, todavia, nesta série de palestras que estamos realizando, não é dizer o que são as instituições no presente, que isto todos nós, alguns mais, outros menos, sempre conhecemos, mas o que foram no passado e, sobretudo, como evoluíram, desde o seu início, até serem aquilo em que hoje se tornaram.

Não é, pois, o Distrito Federal que aqui nos preocupa. Nem o Município Neutro. Nem a “muito leal e heróica cidade de São Sebastião”. É o Rio de Janeiro. É a terra carioca, limitada só no espaço, não no tempo.

Já agora, controlada a possibilidade de eu “chicanar” com o tema, há outro perigo, e é o do tema “chicanar” comigo.

2. Desde quando houve justiça na terra carioca?

A opinião mais generalizada fá-la datar do tempo das Capitânicas.

Mas há os que a recuam até os índios, portanto, ao Descobrimento.

Exagêro? Romantismo? Talvez. Sempre se salva, todavia, alguma coisa, que é curioso conhecer.

A JUSTIÇA ENTRE OS ÍNDIOS (1500-1534)

3. VARNHAGEN nega aos nossos aborígenes “qualquer noção jurídica”. Já ROCHA POMBO dá-lhes tudo, nesse particular.

“O direito entre os índios – diz êle – quer na tribo, quer na taba, quer mesmo na família, era fenômeno tão real como o é entre os povos mais cultos. Apenas, não havia, na sociedade, rude das selvas, o direito escrito. Não quer isso dizer, no entanto, que se não achasse perfeitamente fixado, pois de fato o estava, na consciência, ou, se preferem, no instinto, da coletividade”.

Conheciam êles o direito penal, o direito civil, o direito internacional (o ilustre historiador garante que “o que se poderia chamar o *direito das tribos* equivalia ao *direito das gentes* dos Gregos e Romanos) e, o que é mais edificante, o próprio direito judiciário”.

Os nossos índios não só estabeleciam penas severas para os crimes de morte, de deserção, de roubo, de adultério, de rapto, como as aplicavam rigorosamente.

* Procurador-Geral do Estado da Guanabara.

** A presente publicação é uma homenagem desta Revista ao grande jurista, eminente membro do Ministério Público da Guanabara, ex-Procurador-Geral da Justiça do Estado, recentemente falecido. O trabalho aqui apresentado foi primeiro publicado em 1943, extraído de “A Justiça no Distrito Federal”.

ROCHA POMBO não vacila, mesmo, em escrever que a redução progressiva da criminalidade nas tribos era devida – notai bem – “à absoluta segurança da punição”.

Aprofundando êsse aspecto, que é o que mais nos interessa aqui, o professor ROBERTO LIRA não teve dúvida em dizer da sua cátedra na Faculdade Nacional de Direito, e o transportou na íntegra para o seu *Tratado de Direito Penal*, que os nossos índios tinham não só o seu Direito, como a sua Justiça.

E desceu a minúcias.

Não eram todos os crimes que ficavam sujeitos a julgamento para a repressão. Só os mais graves. Só aquêles que importavam “mais que o simples dano individual”.

Dos outros, dos menores, não cuidavam os seus juízes.

De *minimus* – também entre eles – *non curat proetor...*

E a gradação da gravidade não parava aí.

Se o crime era de tribo para tribo, “o julgamento cabia a uma assembléia constituída em tribunal”.

E a quem a judicatura, individual ou coletiva?

Em regra, aos mais velhos. “Aos mais respeitáveis pela idade e pela experiência”.

4. Como funcionava, porém, essa justiça?

Não o dizem os historiadores. Não o referem os cronistas, nem os viajantes.

Numa academia de letras, não há mal em que se recorra aos poetas.

Diga-o, pois, GONÇALVES DIAS:

No centro da taba se estende um terreiro
onde ora se aduna o concílio guerreiro
da tribo, senhora das tribos servis:
Os velhos, sentados, praticam de outrora,
e os moços, inquietos, que a festa enamora,
derramam-se em tórno de um índio infeliz.

Por casos de guerra caiu prisioneiro
nas mãos dos Timbiras – no extenso terreiro
assola-se o teto, que o teve em prisão;
convidam-se as tribos dos seus arredores,
cuidosos se incumbem do vaso das côres
dos vários aprestos da honrosa função.

Acerca-se a lenha da vasta fogueira,
entesa-se a corda de embira ligeira,
adorna-se a maça com penas gentis:

A custo, entre as vagas do povo da aldeia,
caminha o Timbira, que a turba rodeia,
garboso nas plumas de vário matiz...

5. Não seria venal a Justiça dos índios, mas era prevaricadora e desavisada.

Não sabia defender-se, pelo menos, de dois dos seus maiores inimigos – o sentimentalismo e a astúcia.

Do primeiro nos fala o *I-Juca Pyrama*, livre da morte pela alegação do arrimo do pai velho e goço.

É verdade que a absolvição não se fez sem beleza. De parte a parte. O beneficiário prometia voltar logo que desaparecesse a razão da clemência invocada. E esta não atendeu só aos lamentos, do indivíduo, mas, também, a razões que, se ainda não eram *de Estado*, já seriam *de tribo*...

... – És livre – parte.

– E voltarei.

– Debalde.

– Sim, voltarei, morto meu pai.

– Não voltes!

E bem feliz, se existe, em que não veja
que filho tem, qual chora – és livre, parte!

– Ora não partirei! Quero provar-te
que um filho dos Tupis vive com honra
e com honra maior, se acaso o vencem,
da morte o passo glorioso afronta.

– Mentiste, que um Tupi não chora nunca
e tu choraste! Parte! Não queremos
com carne vil enfraquecer os fortes.

Em todo caso, o mais desprevenido dos jurados de quatro séculos depois já não procederia assim... Do poder corruptor da astúcia fala-nos HANS STADEN, através de MONTEIRO LOBATO, que lhe rememorou o cativo entre os selvagens.

Nu, diante dos Tupinambás, que o aprisionaram, não desfaleceu ao ver os aprestos da fogueira em que haviam de assá-lo nem a orgia de cauim com que iriam comê-lo.

Tentou, primeiro, uma preliminar – não era português, era francês. Argumentou com o louro dos cabelos e com o azul dos olhos. Mas o morubixaba se mostrava inflexível: “ – Já comi cinco portugueses e todos mentiram. Nunca houve *pero* que, diante da iverapema, não alegasse francesia”. O céptico glutão só se rendia à opinião do paladar apuradíssimo. Depois de bem assado o prisioneiro, ao trincar-lhe o pernil, é que decidia, entre estalos de língua: “– Francês, nada. É português, e dos legítimos!” Ora, a HANS não interessava, evidentemente, êsse meio de prova.

Teve, então, um lampejo de gênio, que faria empalidecer de vergonha os mais astutos defensores de hoje. Conseguiu converter o julgamento em diligência. Dilatou por oito meses a discussão do “é não é”. E, durante êsse tempo, tendo, como bom alemão que era, conhecimentos vários, prestou aos índios uma assistência médica melhor que a dos pajés. Sempre que adoecia algum, e era procurado, apontava logo a causa da doença – uso de carne humana. Criou, assim, aos poucos, a desconfiança em relação à petisqueira. E, com ela, salvou-se para sempre...

A JUSTIÇA PRÒPRIAMENTE COLONIAL (1534-1607)

6. Já é tempo, todavia, de passarmos adiante.

Os historiadores do Poder Judiciário no Brasil datam a sua instalação de 1534, com os “forais” dos donatários.

Poder-se-ia objetar que, antes dos donatários, Portugal já nos mandara outros agentes da sua autoridade: Martim Afonso, capitão-mor, “governador das terras do Brasil”; e, antes ainda, os “guarda-costas”, os “capitães de vigia”.

Todos êles trouxeram cartas-régias, dando-lhes jurisdição e alçada para “prover os ofícios de Justiça”.

E pelo menos de Martim Afonso se soube o que fêz em São Vicente, onde não só nomeava “oficiais para administrar a Justiça”, como fêz erguer, entre a Igreja, a Alfândega e a Casa da Câmara, a Cadeia, e, mais que ela a “picota” ou o “pelourinho”, como emblema do princípio da Autoridade e da Justiça.

Nosso tema é, porém, a Justiça carioca e não a do Brasil.

Que se fale dos índios, vá lá, que êles sempre existiram, como senhores da terra, com ou sem licença de Portugal.

E não é de supor que os cariocas – os Tamoios – se mostrassem menos aparelhados para as funções judiciárias que os Tupis ou os Timbiras.

7. De uma justiça regular no Rio de Janeiro só há, porém, que cogitar depois da fundação da cidade, em 1565.

Já aí estávamos em pleno domínio do Govêrno Geral, instituído desde 1549.

E a Justiça não contava mais, apenas, com o aparelhamento primitivo do famoso “regimento” de Tomé de Sousa – a ação coordenada do Ouvidor Geral com o Governador e o Provedor-mor da Fazenda Real – “independentes entre si, com funções discriminadas e próprias”, mas “só devendo agir de acôrdo”, de modo a formar “um como conselho de govêrno”.

Instalada, por coincidência, quase no mesmo local em que ora tem a sua sede, entre o Castelo, ontem morro e hoje esplanada, e o Calabouço, já a simplicidade aparente, dessas molas de fácil funcionamento, mas também de fácilimo desgaste, se complicava com os novos órgãos e sub-órgãos do alvará de 5 de março, de 1557 e com tôda a fauna atrapalhadíssima das Ordenações do Reino: Os corregedores de comarca, os ouvidores gerais e de comarca, os juizes ordinários, os juizes de fora, os juizes de vintena, os juizes de órfãos, os vereadores, os almotacés, os alcaides, os solicitadores, os procuradores, os tesoureiros, os escrivães, os tabeliães do judicial e de notas, os inquisidores, os distribuidores, os contadores, os curadores, os recebedores da siza, os quadrilheiros e os meirinhos.

Se a História se pudesse fiar da letra dos regulamentos e dos códigos, a Justiça do Rio de Janeiro já teria nascido perfeita.

Nós sabemos, entretanto, com a dolorosa experiência dos nossos quatro séculos, como as surpresas do material humano interferem nesses cálculos teimosamente baseados sôbre a argila divina.

8. Em primeiro lugar, é preciso que se atenda à qualidade dos figurantes da comédia colonial. O povo – a clientela dos pretórios – era o pior possível. Porque

o contingente de nativos era pequeno, pequeníssimo. O grosso constituía-se dos degredados – mosqueiro repelente que só dava às nossas plagas seduzido pelo açúcar do homísio. Aqui tinham acolhida “todos os criminosos” que entre nós entendessem de residir, “ainda que já condenados à sentença até à pena de morte, com permissão de irem ao Reino, de quatro em quatro anos, ali demorando até seis meses”. A única restrição que se fazia é que os beneficiários dêssem prêmios de viagem não podiam gozá-los na côrte, nem nas localidades onde houvessem delinqüido. Fora daí, a franquia era completa. Ora, é sabido que o código lusitano, “quando o crime requintava”, punia-o com degredo para a Brasil. Na metrópole só ficavam os réus de pequenos delitos, os herejes, os que levavam barregãs à côrte, os que vestiam roupas de mulher, os que nos arruídos chamavam por outro nome que não o del-Rei, os que davam música à noite, os que faziam mexericos... A conseqüência natural, humana, imperiosa, dessas facilidades, é que a escória aqui vinha despojar os nativos do pouco que possuíam, ainda que fôsse só a vida. E como teriam de ser julgados por pessoas de seu sangue, de sua côr, de sua civilização, de sua cultura, possivelmente mesmo de suas próprias terras, é claro que a punição era raríssima. E, nas demandas patrimoniais, se convertia, geralmente, em cômoda sociedade, numa tranqüila divisão de lucros ou despojos. Não vai nisso nenhuma ofensa à clássica, à proverbial honestidade portuguêsã. Mas é que a má vontade de nos povoar não era só dos desclassificados que tinham de ser aqui os mesmos zeros que eram lá. Era dos próprios conceituados, para quem os empregos representavam muito pouco em relação aos riscos a que se expunham. Só aceitavam, pois, os officios de justiça, como, de regra, qualquer outro, os mais famintos, os mais necessitados, que nunca foram as pessoas mais indicadas para decidir da sorte e da fazenda alheias.

9. Depois, não constitui mistério para ninguém que as próprias cartas-régias da metrópole mandavam aproveitar os degredados mesmo nos cargos públicos. E o regimento de Tomé de Sousa, que qualquer pessoa pode ler no tomo 61 da *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, estendia essa autorização aos próprios officios de justiça. Não se imagine que se condicionasse essa ousadia extrema à prudência elementar de uma regeneração provada, ou, pelo menos, presumida. Bastava que os homisiados “houvessem prestado bons serviços nas armadas em terra”, excetuando-se sòmente – também seria o cúmulo que nem isso se fizesse! – os “condenados por furto ou falsidades”.

10. Não admira, assim, que a Justiça colonial fôsse, entre nós, o que foi.

PEDRO CALMON escreve que “o colono não confiava na Justiça del-Rei, que era difícil, lenta e opiniática”, preferindo “exercê-la de mão própria ou por meio de seus negros”. Por isso, medrou tanto. “a forma bárbara e feudal da justiça de família”.

Outra calamidade que indispunha as autoridades com o povo – escreve, ainda, PEDRO CALMON – era o seu número. “O povo, apenas coagido pelo govêrno nos núcleos populosos, progressivamente livre de qualquer repressão à medida que o povoamento rareava, passara a ser vigiado por uma grande porção de magistrados”. Ora, essa “grande porção” de homens não tinha vencimentos certos. A metrópole, que os poderia vigiar, ficava muito longe. Sem tribunais locais de apelação, que só mais tarde se criaram, os recursos, possíveis, fartamente previstos na lei, quando chegavam a Portugal já não adiantavam nada. Os esbulhados no seu patrimônio já nem tinham com o que custear suas demandas quando a Justiça do Reino lhes reconhecia o direito e corrigia o abuso dos feitos mal julgados. Os injustamente presos mofavam nas masmorras até que a ilegalidade de sua detenção se fizesse conhecida

em Lisboa e viessem de lá as ordens terminantes para que o abuso, já fartamente consumado, cessasse.

Uma fatalidade, pois, rompia necessariamente as barreiras entre juízes e jurisdicionados. Estes, premidos, não vacilam em oferecer o máximo que pudessem para recuperar os movimentos e os haveres. Aquêles, perseguidos pelo aguilhão do desconforto, senão pelo da própria necessidade, num meio cada vez mais hostil, não punham muita força na resistência à peita, que ninguém tinha interesse em que fosse sabida das gentes de Além-mar. Quando não fosse para eles, era para a família. Qual é o estudioso do Brasil colonial que ignora o caso daquele juiz da Bahia “cujas filhas ajustavam os preços das causas e o que mais dava era o que tinha justiça”?

E pode-se dizer que a metrópole, quando sabia dessas coisas, se dispunha a corrigi-las? Qual!

Ainda em PEDRO CALMON vamos saber que “só para constar” é que a Justiça real elegia, de quando em quando, as suas vítimas.

“Aos régulos mais submissos, como aos Lemes, era que a Justiça punia, indo prendê-los com engodos e traições aos seus matos nativos. De vez em vez, para escarnamento dos maiores criminosos, uma grande comitiva de magistrados e milicianos fazia descer dos sertões algum bandeirante famoso pelas mortes de que o acusavam. Mas para ser desalojado, do alto São Francisco, Manuel Nunes Viana, comandante de uma reação emboaba contra o govêrno do Rio de Janeiro, foram necessários quatorze anos de cautelosas providências, intimações e ameaças: ao fim dêsse tempo, êle seguiu a justificar-se no reino e voltou nomeado escrivão de Sabará, que era um dos empregos mais rendosos da colônia”.

Não era à toa que OLIVEIRA MARTINS escrevia que “a Justiça, no Brasil, àquele tempo, era um mercado”. E REBELO DA SILVA declarava que “os magistrados dobravam as varas ao pêso de 4 ou 5 caixas de açúcar”.

A JUSTIÇA AO TEMPO DOS VICE-REIS (1607-1807)

11. Assim nos arrastamos, até a instituição dos vice-reis.

Com êstes, sediados, primeiro na Bahia, de 1607 a 1763, depois, aqui, no Rio, de 1763 a 1807, já as coisas foram melhorando.

A criação da Relação da Bahia, com o rótulo de Relação do Brasil, em 1609, representava, já, um grande passo.

Era a segunda instância que nos vinha, removendo o inconveniente enorme de deixar a solução final de tôdas as demandas na dependência do que decidissem os juízes da metrópole, como e quando entendessem.

E aqui convém frisar uma circunstância que não é pacífica no reconhecimento dos historiadores dos nossos tempos coloniais. Dizem êles, em sua grande maioria, que o Brasil não sofreu conseqüências da anexação de Portugal à Espanha. “Nada houve que nos livros da Câmara de São Paulo fizesse refletir um pouco do cataclisma em que desapareceu a nacionalidade lusitana” – diz AFONSO DE E. TAUNAY. O que PEDRO CALMON generaliza para afirmar, categòricamente, que “nenhuma repercussão teve aqui a catástrofe portuguesa”.

Entretanto, êsse passo, de tanta significação para a história da Justiça brasileira, foi dado durante a catástrofe e, bem se poderia dizer, por causa dela.

Portugal não se decidiria nunca, por si só, a cortar elo tão sério na cadeia que tolhia os nossos movimentos, e, sobretudo, a extinguir uma fonte de renda que tamanhos proventos lhe proporcionava. Nem Portugal, nem colonizador algum.

E a prova disso é que, criada em 1609, a Relação foi suprimida em 1626, ainda sob o domínio espanhol, para só se restabelecer em 1652, doze anos depois de desaparecida a anexação.

12. O “regimento especial”, que a instituiu em 1609, estabelecia que “a Relação seria composta de dez desembargadores, um chanceler, três agravistas, um ouvidor geral, um juiz dos feitos da Coroa e Fazenda, um promotor de justiça, um provedor de defuntos e resíduos e dois desembargadores extravagantes”.

O chanceler, segundo a recomendação expressa das Ordenações, por ser “ofício de grande confiança, de que muita parte da Justiça pende”, devia caber a “pessoa que fôsse de boa linhagem e de bom entendimento, virtuoso, letrado e de bom acolhimento às partes, para que os que com êle tiverem de negociar, sem alguma dificuldade o possam fazer, e de tal entendimento e memória que saiba conhecer os erros e faltas das escrituras que por êle hão de passar e que se lembre que não sejam contrárias umas a outras, e de tão bons costumes e autoridade que seja merecedor do lugar em que por Nós é pôsto, pelo que deve amar a Nós e a nosso Estado, de maneira que possa e saiba servir o dito ofício como é obrigado, e como cumpre a nosso serviço e a bem de nossos vassalos e povo”.

O provimento das demais funções obedecia, igualmente, a exigências rigorosas de caráter e de inteligência.

Já em 1652, quando, depois de extinta, foi restaurada, a sua constituição sofria o corte dos dois “desembargadores extravagantes”, o que não bastava, evidentemente, para sanar-lhe as extravagâncias maiores de sentar num mesmo tribunal titulares de funções tão díspares, inclusive o germe de tôda uma instituição, o Ministério Público, ali representado apenas por aquêle brôto atrofiadinho do “promotor de Justiça”, ao qual “pertencia requerer tôdas as coisas que tocavam à Justiça, com cuidado e diligência, em tal maneira que por sua culpa e negligência não pereça”, o que faria por meio de libelos “os mais breves que pudesse” e por “quaisquer outros artigos e diligências que fôssem necessários por bem da Justiça”, nunca, porém, “razoando em final, salvo em algum feito de importância, sendo-lhe mandado por acôrdo da Relação”.

13. Admite ALFREDO PINTO que a supressão de 1626 fôsse devida unicamente aos “constantes conflitos entre alguns desembargadores e o elemento clerical”. É possível que essa fôsse, realmente, uma das causas. Ninguém ignora o que representava, desde aquêlo tempo, para nós, tal elemento. Nem de outro modo se compreenderia que fizesse parte do próprio regimento que criou a Relação, a recomendação de que o Governador “guardasse escrupulosamente a jurisdição eclesiástica”, adiantando-se ainda que “se o bispo se quisesse intrometer na jurisdição secular, procedendo com censuras, poder-se-ia agravar delas para o juiz da Coroa, nos casos em que o direito o permitisse”.

Mas outras causas existiam.

E a prova disso está em que o próprio ALFREDO PINTO, estranhando, e com razão, que a Câmara da Bahia desse o seu assentimento à supressão, conveio, depois, em que “a restauração obedecia a fins políticos ou antes ao desejo de transigir com os naturais impulsos do sentimento autonomista da importante colônia, que abria as suas fontes de ouro e diamantes, nas quais o fisco português hauria elementos de vida”.

Em verdade, o próprio governo português confessava, na justificação de seu ato, que “atendera os pedidos feitos pelos oficiais da Câmara da Bahia e mais moradores do Brasil, associados pelo governador Conde de Castelo Melhor, com o fim de que fôsse a Justiça mais bem administrada, livrando os moradores das moléstias, vexações e perigos do mar, a que estavam expostos indo requerê-la aos tribunais do reino”.

14. Só um século depois do restabelecimento da Relação da Bahia é que, em 1751, por alvará de 13 de outubro, foi criada a Relação do Rio de Janeiro.

Compreendia as comarcas do Rio, São Paulo, Ouro Preto, Rio das Mortes, Sabará, Rio das Velhas, Serro Frio, Cuiabá, Goiazes, Paranaguá, Espírito Santo, Itacazes e a ilha de Santa Catarina “com tôdas as judicaturas, ouvidorias e capitânias” abrangidas.

A mero título de curiosidade, sem que isso possa servir de sugestão à Corregedoria atual, diga-se que a Relação funcionava “todos os dias que não fôssem feriados, pela manhã, cedo, porquanto o desembargo dos feitos havia de durar quatro horas inteiras ao menos, passadas pelo relógio de areia que seria pôsto na mesa, o qual tempo se não gastaria em práticas ou ocupações outras, não necessárias ao ato, em que estivessem”; “antes de começar o despacho, um sacerdote dizia missa no oratório da Relação”; acabada a missa, “os desembargadores entrariam logo em despacho, e, tanto que entrassem, não consentiria o regedor que se levantassem das mesas, em que estivessem, para outra alguma parte, salvo por tal necessidade que se não escusar, a qual sendo passada se tornarão logo a seus assentos e desembargos, de maneira que se não possa perder tempo algum”.

15. O que foi a Justiça do Rio de Janeiro, nessa época, não se procure sabê-lo nos cronistas.

É uma ilusão que a gente tem, essa, de confiar o conhecimento do passado a meia dúzia de escribas, que, mesmo quando fôssem individualmente honestos, eram socialmente de uma desonestidade a toda prova. Sua fidelidade se restringe aos aspectos inocentes da vida; pelos quais os regimes dominantes não possuem o menor interesse.

Toda vez que entre em jôgo, contudo, direta ou indiretamente, embuçado ou descoberto, esse interesse, será pura estultície confiar em tais homens.

Estudando, porém, esse período, e justamente no Rio de Janeiro, LUIZ EDMUNDO se sentiu autorizado a dizer que “o juiz, quando não era arbitrário, era ignorante, e, quando não era ignorante, era venal”. Daí, não tinha para onde fugir.

“Justiça del-Rei”, escreve êle, “mais inspiração arbitrária de conveniências e instintos do que propriamente justiça, justiça madrasta, justiça feroz, era o que a manopla de ferro dos delegados da metrópole aqui distribuía, prepotente e brutal, ao infeliz filho da terra”.

Um dos mais afamados vice-reis que nós tivemos, Luiz Vaía Monteiro, o Onça, escrevia ao Rei: “Senhor, nesta terra todos roubam, menos eu !”.

Outro, Luiz de Vasconcelos, não ficava atrás: “No tempo em que aqui residem”, dizia, “os juízes vêem como podem fazer mais lucrosos os seus lugares, de sorte que, quando se recolhem, passam levar com que fazer benefício às famílias”.

Por isso, SOUTHEY, o grande historiador, analisando cartas-régias de 1718 a 1739, escreveu que “por elas se via quanto deviam estar corrompidos os juízes e tribunais da Brasil”.

Isso, do ponto de vista moral. Do intelectual, é o já citado Luiz de Vasconcelos quem declara que uma única vez procurou conversar com os juízes da terra a respeito de justiça e “tão ignorantes e alheios se mostraram”, que resolveu “não mais tratar com eles”.

16. Quem nos vai dar, porém, ainda uma vez, o testemunho mais fiel da situação não é o cronista, não são os documentos oficiais, é a literatura.

São das *Cartas Chilenas*, êsse monumento incomparável de dignidade intelectual, que resiste há tantos anos à cretinização dos debates mais rasteios, a flagrância dêsses quadros insubstituíveis.

Desgraçada justiça! Da igualdade
tu não sabes o ponto. É a balança
do interêsse que só por ti decide...

clama o poeta, como numa epígrafe, para fixar a sùmula dos seus libelos.

Vêde, agora, o perfil dos magistrados, tementes por demais ao mau modelo:

Não há, meu Doroteu, quem não se molde
aos gestos e aos costumes dos maiores.
Brincando, os inocentes os imitam.
Se as tropas se exercitam, elas fingem
as hórridas batalhas. Se se fazem
devotas procissões, também carregam
aos ombros os andores e as charolas.
Os mesmos magistrados se revestem
do gênio e das paixões de quem governa.
Se o rei é piedoso, são benignos
os severos ministros. Se é tirano,
mostram os pios corações de feras.
Por isso, Doroteu, um chefe indigno
é muito, é muito mau, porque êle pode
a virtude estragar de um vasto Império..

E de que valeria a queixa, se a metrópole era tão longe e os queixosos tão humildes?

Infeliz, Doroteu, de quem habita
conquistas de seu dono tão remotas!
Aqui, o povo geme, e os seus gemidos
não podem, ai de nós! chegar ao trono.
E, se chegam, sucede quase sempre
o mesmo que sucede nas tormentas,
aonde o leve barco se sossobra
aonde a grande nau resiste ao vento...

A seguir, êste ferrete em brasa sôbre a facilidade com que se improvisavam delegados e juizes e se desatendiam às minguadas garantias legais:

Aos ricos taverneiros, disfarçados
em ar de comandantes, manda o chefe
que tratem da polícia e que não deixem
viver nos seus distritos as pessoas
que forem revoltosas. Quer que façam
a todos os vadios uns sumários
e que, sem mais processos, os remetam
para remotas partes, sem que destas
jurídicas sentenças se faculte
algum recurso para mor alçada.
Já viste, Doroteu, um tal desmancho?
As santas leis do Reino não concedem
ao magistrado régio que execute
no crime o seu julgado, e o nosso chefe
quer que dêem as sentenças sem apêlo.
Incultos comandantes que nem sabem
fazer um bom diário do que vendem!
Concedo, caro amigo, que êstes homens,
são uns grandes consultos, que meteram
os corpos de direito nos seus cascos.
Ainda assim, pergunto: e como pode
o chefe conceder-lhes esta alçada?
Ignora a lei do Reino que numera
entre os direitos próprios dos Augustos
a criação dos novos magistrados?

E nem se salvaram as aparências, justificando essas barbaridades com processos regulares, em que ficasse bem positivada a culpa dos réus dos meios clássicos da acusação e da defesa:

Que é dêles, dos processos, que nos mostrem
a certeza do crime? Quais dos presos
os libelos das culpas contestaram?
Quais foram os juízes que inquiriram
por parte da defesa? E quais patronos
disseram de direito sôbre os fatos?
A santa lei do Reino não consente
punir-se, Doroteu, aquêlo monstro
que é réu de majestade, sem defesa,
E podem ser punidos os vassalos
por aéreos, insultos, sem se ouvirem
e sem outro processo mais que o dito
de um simples comandante vil e néscio?

Entretanto, tôdas essas misérias não impedem que os verdugos coloniais se julguem dignos da consagração pública e projetem até monumentos em sua própria honra: Mas o poeta clama esta apóstrofe final:

...Trabalha! Esforça
por fazer imortal a tua fama.
Levanta um edifício em tudo grande,
um soberbo edifício que desperte
a dura emulação da própria Roma.
Em cima das janelas e das portas
põe sábias inscrições, põe grandes bustos
que eu lhes porei por baixo os tristes nomes
dos pobres inocentes que gereram
ao pêso dos grilhões. Porei os ossos
daqueles que os seus dias acabaram
sem Cristo e sem remédios no trabalho...
E nós, indigno chefe, nós veremos
a quais dêstes padrões não gaste o tempo!

Mais tarde, o processo dos Inconfidentes, reproduzido em tôdas as suas peças pela publicação que o Ministério da Educação tornou acessível a qualquer estudioso, viria confirmar a verdade de todos êsses comentários.

O poeta fêz-se réu.

Sentou-se, quem quer que fôsse êle, ou Alvarenga Peixoto, meu respeitabilíssimo patrono nesta Academia, ou Tomás Antônio Gonzaga, ou Cláudio Manuel da Costa, sentou-se diante da Justiça colonial!

Sôbre todos desceu, não apenas o açoite, nem mesmo o suplício; maior, extremo, mas instantâneo, da força – sobre todos desceu a tortura da prisão perpétua e, mais que ela, o opróbio da pena comutada. O monumento, todavia, não se ergueu como os régulos queriam.

Quem desafia, hoje, a ação do tempo, não é nenhum dos Fanfarrões Minésios que cevaram no sangue dos Inconfidentes. É Tiradentes, símbolo de todos êles, voz que até hoje traz o eco de todos os protestos que se não ergueram contra a nossa Justiça colonial do tempo dos vice-reis.

A JUSTIÇA NA ÉPOCA DE D. JOÃO VI (1808-1821)

17. A vinda – transmigração ou fuga, como queiram de D. João VI para o Brasil, encontrou-nos, em 1808, na mesma situação que os seus antecessores nos haviam criado desde 1609. Dois séculos inteiros de denegação, expressa ou implícita, de justiça. Tínhamos duas Relações, a da Bahia e a do Rio de Janeiro, tínhamos ouvidores, gerais e locais, corregedores, chanceleres e juizes em geral, ordinários e de fora, além dos numerosos auxiliares – provedores, contadores, vereadores, almotacés, tabeliães, escrivães, inquisidores, meirinhos, alcaides e quadrilheiros. Mas tudo isso funcionava mal e vagarosamente.

O Brasil, judicialmente, estava dividido em distritos, capitánias, comarcas e municípios.

Nos distritos tinham as suas sedes as duas Relações. Nas capitánias, a jurisdição plena era dos ouvidores gerais. Nas comarcas, a autoridade judiciária suprema era o corregedor, que superintendia os ouvidores locais e os demais juizes. Nos municípios, havia o juiz de órfãos, um ou dois juizes ordinários e o juiz de vintena, juiz pedâneo, espécie de juiz de paz das aldeias, que decidiam tôdas as pequenas questões oralmente, sem apêlo, nem agravo.

Das justiças locais dava-se recurso, primeiro para os ouvidores, depois para as Relações, havendo, destas, recursos finais para a Casa de Suplicação de Lisboa.

18. “Era indispensável”, diz ALFREDO PINTO, “a reforma dessa justiça complexa, autoritária e demorada. O govêrno de D. João VI reconheceu essa necessidade mas não teve forças para enfrentar o problema de acôrdo com as necessidades do país. Preferia o estreito ponto de vista em que se colocavam os estadistas de Portugal organizando a Justiça nos moldes das Ordenações e apenas transplantando tribunais e juizes por elas indicados”.

Como bem observou HIPÓLITO DA COSTA no *Correio Brasiliense*, “não se indagou absolutamente se o Brasil carecia ou dispensava essas fundações, algumas pesadas mesmo em Portugal, quanto mais entre nós”. Nós as adotávamos “simplesmente porque existiam, em Portugal”.

Por aí se percebe, desde logo, quanto há de grotesco nos historiadores áulicos que se apressam em ver, nisso, uma prova do “sincero empenho que tinha Portugal em nos emancipar, cortando os vínculos que nos prendiam à metróple”.

Em primeiro lugar, as providências não nos distanciavam da metrópole pela razão muito simples de que a metrópole veio para cá. Em segundo lugar, tudo estava a mostrar que o único empenho que tinha o rei não era transformar-nos para nós, ou por amor dos nossos belos olhos, mas para ele e para a sua corte.

Se substituiu os nossos cacarecos usados por mobiliário mais vistoso; se mandou pintar de novo a fachada e alguns cômodos; se ajardinou a nossa terra e enroupou a nossa gente, não foi porque nos quisesse bem – foi para ambientar-se mais condignamente, a ele e aos seus. Tanto assim, que, ao deixar-nos, não só levou tudo o que trouxe, como ainda nos arrancou o couro e o cabelo...

Essa, aliás, é, hoje, a opinião pacífica dos nossos historiadores. OLIVEIRA LIMA, que foi, de todos, o que mais se ocupou desses quatorze anos da nossa vida, escreveu: “Mercê de uma crítica sentimental, mais que de um são discernimento, tem-se, ultimamente, criado uma certa lenda de que foi impecável a administração brasileira do tempo de D. João VI. Descrevem-na muitos como totalmente diferente da que a precedeu, e progressiva, e moralizadora, ao ponto de servir de modelo perpétuo para as administrações subseqüentes. A verdade está em que, conforme temos ido verificando, o Brasil lucrou extraordinariamente com a translação da corte, porque adquiriu o que lhe escasseava no pleno regime colonial: desafogo para a sua população no domínio econômico e político, e consideração por parte dos poderes públicos. O governo, porém, não se limpou da sua mancha original...”

19. Nem poderia ser de outra maneira, que civilização não pega de galho.

“Enquanto colônia”, escreveu, certa vez, MONTEIRO LOBATO, “funcionava o Brasil como a ilha da Sapucaia de Portugal. Vinha a varredura. Despejavam-nas cá quanto criminoso, farroupilha ou malandrim azoinava os ouvidos austeros das Ordenações do Reino. Depois, canalizou-se de Angola para o eito onde o selvagem emperrara, a pretalhada inextinguível. Muito espaçados entre si, os núcleos urbanos *in fieri*, muito rarefeitos de fogos ainda os rondava o jaguar aos mios, de olho nos bacorinhos enchiquireados pelos quintais, e não raro ricocheteavam flechas no galo de lata das igrejas. Assim, celerados, meirinhos e pretos de Angola, intramuros, extramuros, sertão, papagaios, onças e aimorés sanhudos.

Durou isso até a petecada napoleônica que botou um rei cá. D. João. VI trazia nas malas, entrouxadas um tanto às pressas, tôda a forragem necessária a uma civilização incipiente: fidalgo de polpuda prosápia, nobres matronas, almotacés, estribeiros-mores, açafatas da rainha, vícios de bom tom, pitadas de arte e de ciências, modas e mais ingredientes básicos de uma monarquia preposta a pegar de alporque numa terra já atravessada de Angola”.

Mas a aclimatação atroçou os melhores propósitos que pudesse ter tido o régio itinerante.

“Uma corte das mais arrebicadas do velho mundo, armando tenda no pátio de uma colônia comercial, entre rumas de pau brasil e caixas de açúcar”, tinha forçosamente de dar no que deu – numa simples caricatura de governo, que ninguém poderia levar a sério, a começar pelos nativos. Tanto mais que “na lufa-lufa do desembarque, e em Lisboa, muita peça se quebrou, caiu no mar ou se esqueceu pelos cantos do palácio, porcas e parafusos sobretudo, de onde, ao armar o Estado aqui, ficar-se bambo, frouxo de mancais e perro”.

20. Caricatura embora, ou simples sonho de uma noite de verão, a história da Justiça no Brasil, e particularmente a da Justiça carioca, não se pode alheiar ao conhecimento mais íntimo dos atos pelos quais D. João VI lhe prestou o seu concurso.

Começou êle por criar, logo em abril de 1808, o Supremo Conselho Militar de Justiça. Quatro dias depois, a Intendência Geral de Polícia da Côrte e do Estado do Brasil. Ainda no mesmo mês de abril, a Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens, que o decreto real dizia ser “um tribunal onde se decidiriam todos os negócios que occorressem e que por bem das leis, dos decretos e das ordens do Rei fôsem da competência da Mesa do Desembargo do Paço e do Conselho Ultramarino de Lisboa”.

Já a 10 de maio, um alvará elevava a Relação do Rio de Janeiro à categoria de Casa da Suplicação do Brasil, considerada “como Superior Tribunal de Justiça do país, para nêle se findarem todos os pleitos em última instância, por maior que fôsse o seu valor, tendo os seus ministros a mesma alçada que tinham os da Casa de Suplicação de Lisboa”.

Era a Casa de Suplicação do Brasil composta de 23 membros: o regedor da Justiça, o chanceler, 8 desembargadores de agravos, 2 corregedores (um do Crime, outro do Cível), 1 procurador da Coroa, 1 juiz da Fazenda, 1 juiz da Chancelaria, 1 promotor de Justiça, 1 ouvidor do Crime e 6 juizes-extravagantes.

Em junho, eram criados no Rio de Janeiro dois juizes do Crime. Em agôsto, a Provedoria de Ausentes. Em setembro, transferia-se para o corregedor do Cível do Rio de Janeiro “tôda a jurisdição que competia em Lisboa ao juiz de fora da Índia e Mina”.

E, pelos outros anos a fora, criar-se-iam, ainda, os lugares de juiz conservador dos Privilegiados do Comércio e Falidos, de superintendente geral dos Contrabandos e Fiscal da Real Junta de Comércio do Brasil, de juiz privativo dos Feitos da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, de escrivães de Resíduos e Cativos, de porteiro de Leilões do Comércio e das Casas Falidas...

21. Se D. João VI não tivesse regressado tão depressa a Portugal, a lista, certamente, cresceria.

E é bem possível que todos êsses benefícios inegáveis ganhassem consistência e estabilidade. Mas, voltando, revogou tôdas as prerrogativas que nos dera.

Um só decreto, o de 13 de janeiro de 1822, desfez todos os outros.

E acordou o brasileiro – o carioca, sobretudo – do lindo sonho que tivera. Aliás, é preciso que se saiba que êsse próprio sonho tinha os seus bastidores bem sujinhos.

“Grande corrupção”, escreveu OLIVEIRA LIMA, “reinava entre os magistrados, que obedeciam a empenhos e peitas, quando a vontade do govêrno não agia soberanamente, pois a própria polícia se encarnava nêle, que ou remetia o caso ao ouvidor do crime, ou o julgava paternalmente. Nada havia de mais custoso do que receber judicialmente uma dívida, não só porque as isenções eram muitas, como eram onerosíssimas as custas, formidável a papelada e enormes as delongas. A fiscalização dos serventuários era praticamente nenhuma. Os cartórios, os notariados e quaisquer postos administrativos eram concedidos por mercês do soberano, mas arrendavam-se ou sublocavam-se pagando o alugador às vêzes mais do que o salário integral do lugar, sinal de que se desforrava de outro modo.”

Razão teve, portanto, o eminente historiador, de condensar seu julgamento nestes períodos incisivos: “O governo de D. João VI foi reformador. Os melhoramentos que introduziu na administração brasileira foram palpáveis e numerosas as vantagens que para o país se derivaram da presença do soberano. No entanto, nunca foram as desigualdades mais acentuadas, nunca foi mais frisante o contraste entre o que se realizava e o que se ideava, entre o que era e o que devia ser, entre o que fazia e o que se descurava”.

**Publicado originalmente na Revista nº 4 jan./abr. 1968, p. 112.*

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

CLÁUDIO HENRIQUE DA CRUZ VIANA*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A conquista dos direitos e a judicialização da política. 3. O judiciário diante da clássica tripartição dos poderes. 4. Os tribunais e o Estado moderno. 5. Repercussão do estado regulador no plano teórico do direito. 6. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

“Pedimos a los tribunales que defiendan nuestra libertad, que reduzan las tensiones raciales, que condenen la guerra y la contaminación, que nos protejan de los poderes públicos y de nuestras tentaciones privadas, que impongan penas... que compensen las diferencias entre los individuos, que resuciten la economía, que nos tutelen antes de nacer, que nos casen, que nos concedan el divorcio y, si no que nos sepulten, al menos que aseguren que se paguen los gastos de nuestro funeral (HUFSTEDDER, 1971, p. 901)”¹.

Não seria difícil continuarmos enunciando o extenso rol de demandas que diariamente são levadas aos tribunais, o que demonstra a intensa relação que a sociedade trava com o Poder Judiciário. A importância social e política da Justiça é realidade presente em todas as democracias contemporâneas.

O avanço do Estado regulador teve relevante influência sobre a tradicional relação entre os três Poderes. Verifica-se que o Executivo, ao selecionar a melhor política pública para sua agenda, precisa de se utilizar de normas jurídicas, avançando sobre um espaço até então ocupado pelo Legislativo.

O Judiciário não fica indiferente a esse processo, colocando-se como verdadeiro “escudo da sociedade” contra os avanços do Executivo, assumindo, assim, um novo perfil. Surge, então, o que se tem denominado por “Judicialização da Política”.

O item I deste trabalho ocupa-se desse tema. Primeiro é demonstrado como se chegou à denominada judicialização da política, analisando-se, sucintamente, o processo de conquista dos direitos humanos. Logo em seguida, no item II, fala-se sobre separação de Poderes, demonstrando-se como a tripartição foi concebida e qual sentido tem nos dias atuais.

No item III, focaliza-se a importância dos Tribunais no Estado Moderno, distinguindo-se em três grandes períodos no seu significado sociopolítico: o período do Estado Liberal, o do pós-guerra e o período atual, em que o Estado-providência encontra-se em crise no mundo.

* Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli. *Los jueces y la política*, 1999, p. 15.

No último tópico (item IV), demonstra-se que a nova postura do Poder Judiciário, a partir do pós-guerra, colabora para o surgimento de uma visão crítica do positivismo jurídico. A Constituição brasileira de 1988 já adota um modelo societário e comunitário, que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humana, rompendo com a cultura positivista e privatista vigente entre nós.

2. A CONQUISTA DOS DIREITOS E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Os direitos humanos são direitos históricos, surgidos a partir dos conflitos travados pelos grupos humanos em busca de sua inserção social e das transformações produzidas por tais conflitos no seio da sociedade.

Nos séculos XVII e XVIII, a luta dos indivíduos contra os Estados absolutistas faz emergir os denominados direitos civis e políticos (liberdade, consciência, expressão...), também chamados de direitos de primeira geração. O indivíduo é o titular de tais direitos, que são oponíveis ao Estado. A subjetividade é o seu traço mais característico.

Segundo BONAVIDES, entram na categoria do *status negativo*, fazendo ressaltar na ordem dos valores políticos a separação entre Sociedade e Estado: “São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil”².

Esta concepção teve grande influência do direito natural, para quem o homem tem direitos naturais, anteriores à instituição do poder civil. BOBBIO destaca que a afirmação de que o homem, enquanto tal, fora e antes da formação de qualquer grupo social, tem direitos originários representa uma verdadeira reviravolta tanto na teoria quanto na prática políticas de então.

“Tradicionalmente, tanto no pensamento político clássico quanto naquele que predominou na Idade Média, a relação política foi considerada como uma relação desigual, na qual um dos dois sujeitos da relação está no alto enquanto o outro está em baixo; e na qual o que está no alto é o governante em relação ao governado (...). Nos termos da linguagem política, a potestas vem antes da libertas, no sentido de que a esfera da liberdade reservada aos indivíduos é concedida magnanimamente pelos donos do poder”³.

O pensamento político moderno nasce justamente dessa inversão de ponto de vista, ou seja, deixa-se de lado a concepção de homem “animal político que nasce do grupo social”, para que se considere o homem como indivíduo em si mesmo. Daí a necessidade de se chegar a um estado anterior (“estado da natureza”) a toda a forma de organização. Sintetiza BOBBIO:

2 Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*, 1994, p. 518.

3 Norberto Bobbio. *A era dos direitos*, 1992, p. 116.

“Enquanto os indivíduos eram considerados como sendo originariamente membros de um grupo social natural, como a família (que era um grupo organizado hierarquicamente), não nasciam nem livres, já que eram membros submetidos à autoridade paterna, nem iguais, já que a relação entre pai e filho é a relação de um superior com um inferior. Somente formulando a hipótese de um estado originário, sem sociedade nem Estado, no qual os homens vivem sem outras leis além das leis naturais, (que não são impostas por uma autoridade externa, mas obedecidas em consciência), é que se pode sustentar o corajoso princípio contra-intuitivo e claramente anti-histórico de que os homens nascem livres e iguais, como se lê nas palavras que abrem solenemente a declaração:

‘Os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’. Na realidade, os homens não nascem livres nem iguais. Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico. É uma hipótese que permite inverter radicalmente a concepção tradicional, segundo a qual o poder político – o poder sobre os homens chamados de *imperium* – proceda de cima para baixo e não vice-versa”⁴.

Verifica-se, com essa inversão, o nascimento da concepção individualista da sociedade e da história, onde o indivíduo vem em primeiro lugar. E da concepção individualista da sociedade vem a democracia moderna⁵.

Com a revolução industrial, ocasião em que o artesão deixa a oficina em direção à fábrica, tornando-se operário, sujeito à autoridade do patrão, uma nova categoria de direitos começa a clamar proteção (os direitos sociais e econômicos). A disputa entre o capital e o trabalho exige que se lute também pela consagração de novos direitos. Assim, tanto o Manifesto Comunista de MARX e ENGELS (1848) como a doutrina social da Igreja (a encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII, em 1891) alardearam essa nova expectativa de direitos, que acabaram merecendo consagração nas constituições do pós-guerra (direitos denominados de segunda geração).

Não adiantaria a conquista de direitos políticos meramente formais, já que acompanhados de completa desigualdade social. Era preciso estender o princípio democrático da esfera política para o social e econômico. Emergiu, assim, por volta de 1850, o movimento socialista.

O projeto dos primeiros socialistas adeptos do comunismo era a construção de uma sociedade dentro da sociedade, um mundo à parte, independente do mundo “burguês”. Desejava-se desviar do capitalismo e de sua forma de vida. Entretanto, a consolidação das instituições políticas burguesas, fez com que o pensamento socialista verificasse que não seria possível uma efetiva postura de distanciamento e independência. Não se poderia ignorar as instituições políticas (“burguesas”) estabelecidas. E para que se alcançasse mudança social era preciso, também, mudança política.

4 *Id., ib.*, p. 118.

5 Segundo Bobbio, a democracia moderna deve ser entendida como “o poder dos indivíduos tomados um a um, de todos os indivíduos que compõem uma sociedade regida por algumas regras essenciais, entre as quais uma fundamental, a que atribui a cada um, do mesmo modo como a todos os outros, o direito de participar livremente na tomada das decisões coletivas, ou seja, das decisões que obrigam toda a coletividade” (*op. cit.*, p. 119).

MARX afirmou que os trabalhadores precisavam de organização, através de um partido, para que esse partido conquistasse o poder. O grande dilema era saber se para alcançar o poder o partido deveria usar do processo eleitoral (o voto).

Os anarquistas não acreditavam nesse mecanismo, seja porque viam a ação política como algo ineficaz, seja porque temiam que a utilização de instituições burguesas desnaturasse o movimento socialista.

Mas, entre os socialistas, a decisão foi de participar. Apesar de terem dúvidas de que se vencessem no voto a classe burguesa respeitaria o resultado e aceitaria as modificações, optaram pela utilização daquele instrumental já pronto, ao menos para divulgar seus projetos.

Na verdade, a participação política é fundamental no mundo capitalista, onde o detentor do capital acaba sendo, também, o detentor das decisões. A democracia proporciona aos trabalhadores a oportunidade de defender seus interesses, influenciando na esfera de decisões.

Ressalta PRZEWORSKI⁶ que a política eleitoral constitui o mecanismo pelo qual todo cidadão pode reivindicar seu direito a bens e serviços. Apesar dos trabalhadores, como produtores imediatos, não terem direito legal ao produto, como cidadãos podem obter tal direito via sistema político, chegando a intervir na própria organização da produção e na alocação dos lucros.

A participação eleitoral, porém, tem as suas dificuldades. A uma porque nem sempre o interesse da coletividade de operários é compatível com o interesse individual de cada trabalhador, sendo comum a existência de incompatibilidades. Mesmo dentre a coletividade de trabalhadores há grupos distintos, que também podem ter interesses antagônicos.

A duas porque o capitalismo e os “burgueses” acabaram por conseguir difundir ideologicamente seu modo de vida, que começou a ser visto, muitas vezes, como objetivo da própria classe operária. A luta de muitos acabaria sendo para que todos tornassem-se “burgueses”.

A três porque o “proletariado” não conseguiu, como regra, se tornar a maioria, não podendo, dessa forma, governar sozinho. Era preciso fazer concessões...

Verificou-se a necessidade da criação de estratégias para ampliação do apoio eleitoral, que não podia ficar restrito ao operariado. Era preciso que a pauta do partido do operariado fosse expandida, com a inclusão de questões que transcendessem a seus próprios interesses, como o transporte, a saúde, a educação, o consumidor... Esses não são interesses apenas do operariado como classe, mas dos pobres, dos consumidores, dos usuários de transportes públicos, etc.

Com isso, reinstalou-se uma visão da política desvinculada do conceito de classe. Quando os partidos social-democratas tornam-se partidos de toda a nação, reforçam a idéia de política como um processo de definição do bem estar da coletividade e não de uma classe apenas.

Para alcançar seus objetivos finais (abolir a exploração e a divisão da sociedade em classes, remover as desigualdades sociais e injustiças...) os social-democratas passaram a tomar medidas imediatas, que consistiram em reformas para atender às necessidades mais próximas do povo.

6 Adam Przeworski. *Capitalismo e social democracia*. Tradução de Laura Teixeira Motta, São Paulo, 1989.

A social democracia passou a sustentar a nacionalização dos meios de produção, maneira de combater a propriedade privada e realizar a revolução socialista. Entretanto, faltavam métodos para a consecução do programa social democrata. O que fazer de imediato se não tinham condições de empreender um programa de nacionalização a curto prazo? Trabalharam por medidas *ad hoc* para melhorar as condições de vida dos trabalhadores: programas habitacionais, legislação sobre salário mínimo, proteção contra desemprego, pensão para idosos, etc.

Contudo foram as idéias de KEYNES que fizeram os social-democratas descobrirem exatamente o que necessitavam: uma política econômica precisa para a gestão de economias capitalistas⁷. O Estado passa, nessa concepção, a regulador do pleno emprego, tendo um papel ativo de controlador do mercado. Além disso, o keynesianismo defendia que a elevação salarial representava incremento do consumo, o que, por sua vez, aumentava a produção e o emprego. Essa teoria, além de justificar uma participação socialista no governo, conferia um caráter universalista aos interesses dos trabalhadores.

Desenvolve-se nesse período o “estado do bem-estar”. Os social-democratas afastam-se do projeto de nacionalização, sem negarem que o Estado possa dedicar-se excepcionalmente a atividades econômicas. Mas, partem para um novo caminho.

“Daí que o Estado do Bem-Estar [...] consista, na verdade, uma combinação do dirigismo econômico do estilo keynesiano, que aproximou a administração pública do mercado, com a mudança operada no sistema do direito, que passou a unir, de modo heteróclito, princípios que antes estavam subordinados ao direito privado ou público. Se o direito privado clássico se assentava sobre a liberdade individual e sobre o pressuposto de auto-limitação dos indivíduos, o fato de ele ter admitido um elemento de justiça, como a proteção do “economicamente desfavorecido” introduzida pelo Direito do Trabalho, emprestou-lhe um novo significado, pondo-o a serviço da justiça social. Sob esse ângulo, nas palavras de Habermas, “considerações de ética social infiltraram-se em regiões do direito que, até então, se limitavam a garantir a autonomia privada”⁸.

O advento do *Welfare State* fez com que os órgãos estatais passassem a desempenhar funções que antes não lhes eram próprias. O legislativo, originariamente concebido para preponderar sobre os demais Poderes, começa a abdicar de funções, tendo sua esfera de influência diminuída. O Estado do bem-estar exige um Executivo mais dinâmico, com possibilidade inclusive de legislar através de delegações legislativas. Selecionando a melhor política pública para sua agenda, o Estado traduzia suas opções criando normas jurídicas.

“No *Welfare State*, dissociado o sistema político da formação democrática da opinião, a Administração não apenas se racionaliza e se burocratiza como também, e principalmente, se autoprograma,

7 Adam Przeworski, *op. cit.*, p. 53.

8 Viana Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, 1999, p. 16.

apropriando-se da iniciativa das leis, quer por deter o monopólio das informações essenciais sobre a vida social, quer pela perícia técnica de seus quadros em atuar sobre elas.

.....
A primazia do Executivo em face do legislativo seria constitutiva da operação do Estado social, ao tempo em que faz do direito um de seus principais recursos de comunicação [...] O Estado Social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar de sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, em normas jurídicas as suas decisões políticas”⁹.

O Judiciário não fica indiferente a esse processo. É chamado para interpretar as normas, decidir sobre sua legalidade e aplicação, enfim, passa a ser visto como verdadeiro “escudo da sociedade” contra os avanços do Estado, intervindo em questões eminentemente políticas e sociais. “A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes nesta forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia”¹⁰. O Poder Judiciário acaba sendo investido, pelo próprio caráter da lei no estado social, no papel de “legislador implícito”.

VIANNA destaca que em torno do Poder Judiciário tem-se criado uma:

“nova arena pública, externa ao circuito clássico ‘sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária’, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nesta nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como no caso de países que admitem o controle abstrato de normas –, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separam o *tempo passado*, de onde a lei geral abstrata hauria o seu fundamento, do *tempo futuro*, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo”¹¹.

Portanto, a agenda da igualdade importará mais que difundir o direito na sociedade: redefine a relação entre os três Poderes, entregando ao Judiciário funções de controle dos Poderes políticos. Exercer o “controle sobre a agenda igualitária e sobre as suas repercussões sociais dependeria, então, de o Poder Judiciário exercer jurisdição sobre a forma de comunicação nela dominantes – que é a do direito –

9 *Id.*, *ib.*, p. 20.

10 *Id.*, *loc. cit.*

11 Luiz Werneck Viana, *op. cit.*, p. 22/23.

erigindo-se em um “terceiro gigante” capaz de controlar o legislador mastodonte e o levianesco administrador”¹².

GUARNIERI e PEDERZOLI observam esse fenômeno aduzindo que a intervenção cada vez mais penetrante do “Estado providência” em setores que o “Estado liberal” deixava ao controle privado tem levado a uma expansão sem precedentes do sistema jurídico e da esfera de decisões do juiz.

“Como Froedman (1994b, p. 22) pone de relieve, no existen hoy sectores pontencilamente inmunes a la intervención pública y, por tanto, tampoco existen áreas que puedan sustraerse a la eventual decisión de un juez. De una manera si se quiere obvia, allí donde hay una ley, allí hay también un juez que en cualquier momento puede verse infestado de la tarea de interpretarla y de aplicarla. En realidad, este tema no es nada banal. Como se há visto, es precisamente a través de la sentencia como un simple enunciado normativo se convierte en una verdadera y atuéntica norma de derecho positivo (Tarello, 1974; Baratta, 1990), al menos para las partes implicadas, que están obligadas a respetarla, pero no hay que olvidar que la decisión del juez suele tener consecuencias que van más allá de los intereses normalmente representados en el juicio”¹³.

Por oportuno, deve ficar claro que no Brasil não há Estado providência, em seu sentido clássico, ou seja, Estado que distribui benefícios sociais. Entretanto, todo este processo também ocorre, já que nossa Constituição afasta-se do liberalismo puro, que impunha ao Estado dever de abstenção, assumindo papel interventor tanto na economia, quanto nas relações sociais.

Merece ser destacada, também, a importância do Ministério Público neste processo, seja porque muitas vezes mobiliza a participação de grupos sociais, levando ao Judiciário demandas de interesse coletivo; seja porque o Princípio da Inércia do Poder Judiciário (o Judiciário somente pode agir quando provocado: *ne procedat iudex ex officio*), acaba por limitar sua manifestação de vontade, impedindo sua intervenção espontânea. O Ministério Público coloca-se, outrossim, como alavanca para possibilitar essa nova relação entre os Poderes.

Todo esse complexo processo, que tem sido denominado de “judicialização da política”, tem gerado inúmeras perplexidades e questionamentos sobre a independência e a legitimidade do Judiciário para intervir, numa sociedade democrática, nos rumos políticos traçados pelos outros Poderes.

3. O JUDICIÁRIO DIANTE DA CLÁSSICA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes encontrou em MONTESQUIEU sua maior expressão. Referindo-se ao Estado inglês, do qual era grande admirador, afirmou que em cada Estado há três espécies de poderes: o “Legislativo”; o “Executivo das coisas

¹² *Id., ib.*, p. 20.

¹³ Carlo Guarnieri e Patrizia Perderzoli, *op. cit.*, p. 18.

que dependem do Direito das Gentes”; e o “Executivo das que dependem do Direito Civil”. Sobre a função de cada poder explicava o autor citado:

“Pelo primeiro, o Príncipe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz e a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune crimes ou julga as demandas dos particulares. A este último chama-se Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado”¹⁴.

O Poder Judiciário, segundo essa concepção, não passava de mero executor das leis, “a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”¹⁵. Suas funções restringiam-se à punição de criminosos e ao julgamento de querelas entre os particulares. A liberdade de criação dos juízes era, portanto, extremamente limitada. Sobre o tema escreveu LEAL:

“O que parece estar por trás da concepção exposta por Montesquieu é a necessidade de limitar ao máximo a liberdade de criação do juiz de modo a preservar o princípio da segurança jurídica, na medida em que se possa ter uma certa previsibilidade do conteúdo das decisões judiciais, o princípio da igualdade, na medida em que os casos iguais não sejam resolvidos de forma distinta, e o princípio da unidade do direito, na medida em que o direito seja aplicado uniformemente no território em que vige”¹⁶.

MONTESQUIEU dizia que os julgamentos deviam ser fixos, representando, na realidade, o próprio texto das leis. Assim, sua intenção era evitar o arbítrio judicial. Acresce-se a isso, que esta mesma concepção aplicava-se também ao Executivo.

“Tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário tinham a função de aplicar o direito. Previu-se, na verdade, uma divisão de competências. Enquanto a um cabia aplicar o direito das gentes, ao outro cabia aplicar o direito civil. Não se falava em controle judicial da atividade do Executivo. Tal disposição dos poderes traduzia uma prevalência da lei, em última análise, resulta na supremacia do Parlamento”¹⁷.

MONTESQUIEU defendia, ainda, o equilíbrio entre os três Poderes, diferenciando a técnica de estatuir da faculdade de impedir, em razão da dinâmica dos Poderes.

14 Charles de Secondat, Baron de Montesquieu. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo, p. 165.

15 *Id.*, *op. cit.*, p. 176.

16 Roger Stiefelmann Leal, A judicialização da política, in *Cadernos de Direito constitucional e ciência Política*, nº 29, Rio de Janeiro, p. 230/231.

17 *Id.*, *loc. cit.*

Antecipa assim a noção dos “freios e contrapesos” (*checks and balances*), admitindo o veto do Executivo para frear proposição legislativa¹⁸.

No século XVIII, o princípio, baseado na noção de lei (ídolo dos que viviam naquela época), ganhou consistência e radicalidade. Visava-se à diminuição do poder do monarca, sendo afastado o absolutismo até então existente. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão o explicitou em seu artigo 16: “Toda sociedade em que a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos Poderes determinada, não tem constituição”.

ACKER comenta que naquela época era tão grande o receio de retorno do absolutismo, que a separação imaginada por Montesquieu tornou-se total e drástica:

“Chegava-se mesmo, por força de uma completa e integral vedação de delegação de poderes, a situações de impasse de impossível superação. A interpretação, por exemplo, encontrava pouco espaço num Judiciário totalmente impedido de se afastar da vontade do legislador. Esta, se não clara, deveria ser pelo próprio legislador explicitada, sem o que a lei quedava-se inaplicável. Quanto ao Executivo, nenhum poder regulamentar lhe cabia. Com isso se chegou ao extremo de uma completa alienação do Estado face à realidade palpável da mobilidade social”¹⁹.

Hoje, considera-se que dentre as dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito está a denominada divisão de poderes. O pensamento político contemporâneo repugna a ilimitação do poder. O poder, mesmo legítimo, deve ser limitado. Entretanto, não se pode conceber a separação de Poderes tal qual em *O espírito das leis*.

Sobre o tema, CANOTILHO leciona que a constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação transporta duas dimensões complementares: uma negativa (leia-se separação como divisão, controle e limite do poder) e outra positiva (a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas). Destaca o autor:

“O princípio da separação como forma e meio de limite do poder (separação de poderes e balanço de poderes) assegura uma medida jurídica ao poder do Estado (K. Hesse alude aqui a “*Massigung der staatsmacht*”) e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos. O princípio da separação como princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação de funções do Estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos do Estado. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder”²⁰.

18 Kildare Gonçalves Carvalho, *Direito constitucional didático*, Belo Horizonte, p. 87.

19 Anna Brito da Rocha Acker. *Poder normativo e regime democrático*, São Paulo, p. 16.

20 J.J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional*, Coimbra, p. 365.

Verifica-se, pois, que a separação de poderes está diretamente relacionada à ordenação das funções estatais, obtendo-se um controle recíproco do poder (*checks and balances*) e uma ordenação jurídica de limites dos órgãos do poder. Decorre daí, que, muitas vezes, estará o Legislativo praticando atos jurisdicionais e administrativos, estará a Administração exercendo competências dos outros Poderes e, também o Judiciário desempenhando típicas funções administrativas e legislativas. O mais importante num Estado constitucional de direito será saber se o que o juiz, o governo e o parlamento fazem pode ser feito por cada um deles. A natureza do ato é questão instrumental, importando tão somente para o enquadramento da competência.

É preciso, contudo, que se fique atento para que o núcleo essencial dos limites de competência não seja violado, a fim de que não se vulnere todo o sistema de legitimação, controle e sanção, definido no texto constitucional. Exemplifica Canotilho com o possível deslocamento da proteção jurídica dos tribunais para outro órgão, como o Parlamento. Isso poderia conduzir a que o Parlamento confirmasse as próprias arbitrariedades do Governo, principalmente quando houvesse maioria governista naquele órgão²¹.

Nesta concepção de separação de Poderes não mais há lugar para os juízes “boca da lei”. É o que veremos a seguir.

4. OS TRIBUNAIS E O ESTADO MODERNO

O Poder Judiciário tem sido considerado um dos pilares do Estado Moderno, podendo-se distinguir três grandes períodos no seu significado sociopolítico: o período do Estado liberal, o período do pós-guerra e o período atual, em que o Estado-providência encontra-se em crise no mundo²².

No período do Estado liberal, que desenvolveu-se durante todo o século XIX até a Primeira Guerra Mundial, consolidou-se o modelo judicial moderno. O Poder Legislativo prevalece sobre os demais, conforme a clássica separação de Montesquieu. O Princípio da Legalidade é extremado, cabendo ao Judiciário a reprodução da vontade legislativa pré-constituída. O Poder Judiciário é, portanto, retrospectivo, volta-se sempre ao passado (momento em que a norma foi concebida). Na resolução dos conflitos dá-se prioridade à segurança jurídica, prevista na universalidade da lei. A independência dos Tribunais resume-se apenas à aplicação da lei, havendo submissão administrativa e financeira aos demais Poderes.

É importante destacar que o Judiciário, nesse período, ficou de fora dos grandes debates sociais, apesar da explosão dos conflitos dessa natureza. Boaventura Santos destaca que “confinados como estavam à administração da Justiça retributiva”, tiveram os Tribunais de se acomodar aos padrões de Justiça distributiva adotados pelos outros Poderes. Foi assim, continua o autor citado, “que a justiça retributiva se transformou numa questão de direito, enquanto a justiça distributiva passou a ser uma questão política”²³.

21 *Op. cit.*, p. 367.

22 Santos, Boaventura de Souza. Os tribunais nas sociedades contemporâneas, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, nº 30, ano 11, fevereiro de 1986, p. 29/62.

23 Boaventura de Souza Santos, *op. cit.*, p. 33.

No período do pós guerra (ou período do Estado providência em muitos países) começaram a se alterar as condições político-jurídicas até então vigentes: a teoria da separação dos Poderes é revista, assumindo o Executivo a predominância dentre os demais Poderes; a explosão legislativa faz naufragar o princípio da subsunção lógica dos fatos à lei, aumentando cada vez mais a necessidade interpretativa pelo Judiciário; a proteção jurídica passa a ser necessária para que as intervenções estatais sejam controladas.

CARNEIRO enfatiza que “a nova ordem resgata a dimensão social do Estado, com mais intensidade no que concerne à ordem jurídica”, não mais sendo suficiente a igualdade formal, “que se utiliza de conceitos quase casuísticos, como se observa com facilidade nas grandes codificações”. Busca-se a igualdade material, sendo a utilização de conceitos jurídicos indeterminados cada vez mais comum, “o que exige uma atuação mais efetiva do controle do Poder”, sendo preciso que os juízes “deixem de simular a mera declaração do conteúdo da lei para se utilizar de instrumentos técnicos e dogmáticos para interpretar e aplicar a lei”²⁴.

Atualmente tem-se falado em crise do Estado-providência no mundo, devido, basicamente, à incapacidade financeira do Estado para satisfazer seu “papel social”. E, normalmente, quando há maior necessidade de que o Estado desempenhe esse papel, menor é a condição econômica para desempenhá-lo. Santos aponta, ainda, como causas dessa crise “a criação de enormes burocracias que acumulam um peso político próprio, que lhes permite funcionar com elevado nível de desperdício e ineficiência”; “as alterações nos sistemas produtivos e na regulação do trabalho tornadas possíveis pelas sucessivas revoluções tecnológicas”; “a difusão do modelo neoliberal e do seu credo desregulamentador a partir da década de 80”; “a sempre crescente proeminência das agências financeiras internacionais (Banco Mundial, FMI)” e “a globalização da economia”²⁵.

A desregulamentação da economia e a chamada globalização trouxeram aos Tribunais uma nova realidade jurídica. Por um lado, a desregulamentação vem proporcionando uma significativa produção legislativa específica e elaborada. Por outro lado, a globalização faz surgir toda uma legislação internacional e transnacional. A multiplicação de contratos internacionais enseja a contradição entre inúmeras legislações. Ao lado do crescimento quantitativo das demandas, é inegável o aumento qualitativo, ou seja, os litígios apresentam-se mais complexos. Os direitos da terceira geração (direitos difusos e coletivos)²⁶ exigem reformulação técnica e preparação, que os Tribunais, na verdade, não têm.

Outra marca desse período é a crise da representação política (crise do sistema partidário, da participação política...). Esta crise, gerada por diversos fatores, é singularmente agravada pela corrupção. “O afrouxamento das referências éticas no exercício do poder político, combinado com as deficiências do controle do poder

24 Paulo César Pinheiro Carneiro, *Acesso à justiça – juizados especiais cíveis e ação civil pública*, Rio de Janeiro, 1999.

25 Boaventura de Souza Santos, *op. cit.*, p. 37.

26 A Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, define interesse difuso os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, I) e interesse coletivo o transindividual, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

por parte dos cidadãos, permitiu que essa promiscuidade redundasse num aumento dramático da corrupção”²⁷.

Na sociedade democrática, a corrupção é suscetível de se alastrar basicamente porque sendo menor a concentração de poder, maior é a classe política e maiores são as relações dos políticos com o poder econômico. Destaca BOAVENTURA SANTOS:

“A corrupção é, conjuntamente com o crime organizado (...) a grande criminalidade desse terceiro período e coloca os Tribunais no centro de um complexo problema de controle social. No segundo período, a explosão da litigiosidade deu-se sobretudo no domínio civil, e foi aí que a visibilidade social e política dos Tribunais teve lugar. No período atual, a visibilidade, sem deixar de existir no domínio civil, desloca-se de algum modo para o domínio penal”²⁸.

Registre-se que o aumento da corrupção é apenas um dos sintomas da crise da democracia, mas o combate a ela coloca o sistema judicial perante uma situação dilemática. Se o Judiciário, em nome do corporativismo, se exime de uma atuação agressiva contra a corrupção para preservar a sua independência, acaba colaborando, por omissão, para a degradação do sistema democrático, que, em última instância, lhe garante a independência efetiva.

“Se, pelo contrário, assume uma posição ativa de combate à corrupção, tem de contar com ataques demolidores à sua independência por parte sobretudo do Poder Executivo, ao mesmo tempo em que se coloca na contingência de ver transferida para si a confiança dos cidadãos no sistema político, o que, por ser órgão soberano não diretamente eleito, acaba por suscitar com acuidade a questão da legitimidade”²⁹.

5. REPERCUSSÃO DO ESTADO REGULADOR NO PLANO TEÓRICO DO DIREITO

A nova postura do Poder Judiciário, com o surgimento do “Estado Providência” em alguns países e do “Estado Regulador”, aqui no Brasil, faz surgir no plano teórico uma visão crítica do positivismo jurídico extremado. A criatividade interpretativa e o enaltecimento da Justiça como valor necessário à aplicação da lei passam a ser componentes fundamentais da atividade jurídica.

Escolas filosóficas e teorias jurídicas empenham-se em demonstrar que o direito não se reduz a uma lógica formal, mas é “antes uma questão complexa, na qual fatores lógicos, axiológicos e fáticos se correlacionam segundo exigências de uma unidade dialética, desenvolvida ao nível da experiência, a luz dos fatos e de sua prova”³⁰.

27 Boaventura de Souza Santos, *op. cit.*, p. 39.

28 *Id.*, *op. cit.*, p. 39.

29 *Id.*, *op. cit.*, p. 40 e 41.

30 Miguel Reale, *Filosofia do direito*. São Paulo, p. 497.

Merece ser destacado, ainda, o denominado “movimento de retorno ao direito”, vivido a partir dos anos 80. Tal movimento foi como uma resposta ao “mundo desencantado”, que precisava descobrir de onde vinha a força do direito. O afastamento do direito natural, com o advento do positivismo jurídico, fez com que o direito perdesse sua fonte legitimadora, chegando a ser apontado como mero instrumento para manutenção do poder sobre o mais fraco.

CITTADINO leciona que “o movimento de retorno ao direito [...] pretende exatamente encontrar um fundamento ético para a crescente juridificação das relações sociais, que hoje envolve não apenas o mundo econômico, mas também aquilo que Habermas designa por mundo da vida. É, portanto, contra a racionalidade sistêmico-instrumental do positivismo jurídico que o movimento de retorno ao direito se constitui”³¹.

CAPPELLETTI afirma que a legislação com finalidade social é muito diferente da legislação tradicional, conduzindo o Estado a superar os limites tradicionais de “proteção” e “repressão”. Os direitos sociais pedem para a sua execução a intervenção ativa do Estado, impondo-se aos juízes importantíssimas implicações.

“É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda a interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo também se torna o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”³².

Não obstante, tal postura ainda não foi assimilada totalmente entre nós. O mesmo CAPPELLETTI chama a atenção para essa dificuldade:

“Em face de legislação social que se limita, freqüentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, os juízes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a posição de negar o caráter preceptivo, ou self-executing, de tais leis ou direitos programáticos. [...] Mais cedo ou mais tarde, no entanto, [...] os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas um ramo”³³.

31 Gisele Cittadino, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro, p. 143.

32 Mauro Cappelletti, *Juízes legisladores?* Porto Alegre, p. 42.

33 *Id.*, *loc. cit.*

A evolução que a Justiça conheceu fez cada vez mais visível a distância entre a representação tradicional do juiz como “boca da lei” e as funções que na realidade desempenha. É o que diz GUARNIERI e PEDERZOLI:

“En cierta medida esta distancia también depende del hecho de que la imagen clásica del juez ejecutor no pretendía tanto describir sus comportamientos cuanto más bien prescribir límites a sus prerrogativas, en el ámbito de un marco ideológico en gran parte heredado de la Revolución Francesa y marcado por la indiscutible supremacía del poder legislativo. En realidad, como ya había puesto de relieve Kelsen (1926) la decisión del juez no es, ni nunca puede ser, pramente declarativa ni agotarse en el mero enunciado de la voluntad del legislador. Al interpretar la ley o juez concurre de hecho a crear el derecho. Mejor dicho, su decisión es una auténtica “norma jurídica individual””³⁴.

A Constituição brasileira de 1988, rompendo com a cultura jurídica positivista e privatista vigente entre nós, adota um modelo societário e comunitário, que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humanas. É o que escreveu JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“O constituinte (...) rejeitou a chamada constituição sintética, que é a constituição negativa, porque construtora apenas de liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de constituição-garantia (ou constituição-quadro). A função garantia não só foi preservada como até ampliada na nova constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdade-limites. Assumi o novo texto a característica de constituição-dirigente, enquanto define fins e programa de ação futura...”³⁵.

Para CITTADINO o denominado constitucionalismo societário e comunitário “toma a constituição como uma estrutura normativa que envolve um *conjunto de valores*”³⁶, sendo objetivo principal da constituição a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade. A constituição é aberta aos valores do ambiente sociocultural da comunidade. “As constituições dos Estados democráticos, pela via da abertura constitucional, se abrem a outros conteúdos, tanto normativos (direito comunitário), como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais)”³⁷.

Pode-se afirmar que a dimensão “comunitária” da Constituição de 1988 está presente em três grandes temas adotados em seu texto: a definição do fundamento ético do ordenamento jurídico e amplo sistema de direitos fundamentais; a atribuição de caráter político à Corte Suprema; e institutos processuais destinados a garantir a efetivação dos direitos, controlando a omissão do poder público.

34 Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli, *op. cit.*, pp. 16 e 17.

35 José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, p. 6.

36 Gisele Cittaddino, *op. cit.*, p. 16.

37 Gisele Cittaddino, *op. cit.*, pp. 16 e 17.

No bojo deste último tema constitucional, pode-se incluir o Ministério Público, órgão que alcançou relevante destaque em nossa Carta Política, recebendo poderes e garantias das mais relevantes para a concretização da conquista dos direitos.

O Ministério Público passa a ser tratado pela Constituição em capítulo próprio e distinto dos demais Poderes (“Das Funções Essenciais à Justiça”), sendo definido como função essencial à prestação jurisdicional do Estado, tendo a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Para tanto, foram-lhe outorgadas autonomias administrativa e financeira, gozando seus membros das mesmas garantias dos magistrados (inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e vitaliciedade). É clara a preocupação constitucional em preservar a independência do Ministério Público, tendo o texto maior afastado, inclusive, a representação judicial das pessoas jurídicas de direito público da sua esfera de atuação.

A ação civil pública, importante instrumento para a defesa dos direitos transindividuais, foi elevada ao patamar constitucional e colocada dentre as funções institucionais do Ministério Público, mostrando-se um eficiente meio para garantia desses direitos.

6. CONCLUSÕES

Do que foi exposto, algumas conclusões evidenciam-se:

Em primeiro lugar, que o advento do “estado do bem-estar” e do estado democrático de direito inscritos nas constituições contemporâneas fez com que os órgãos estatais passassem a desempenhar funções que antes não lhes eram próprias. O Poder Executivo assume um papel mais dinâmico, chegando inclusive a legislar, a fim de implementar uma melhor política pública para a sua agenda. E ao fazer do direito um dos seus principais recursos, o Poder Judiciário é chamado para interpretar e decidir sobre as normas criadas, mobilizando esse Poder para o exercício de um novo papel. O Poder Judiciário transforma-se em controlador dos Poderes políticos.

Na verdade, a separação dos Poderes tal como concebida por Montesquieu não mais encontra espaço em nossa realidade jurídica. Não se pode perder de vista o momento histórico em que foi concebida a tripartição dos Poderes, ocasião em que o receio de volta ao absolutismo fez com que se hiperdimensionasse o poder do Legislativo, sendo o Judiciário subjugado a um plano inferior. Hoje a separação de poderes está diretamente relacionada à ordenação das funções estatais.

Em segundo lugar, que a crise do “estado providência”, provocada pelas burocracias estatais criadas para que o Estado cumpra seu papel social, pelas alterações nos sistemas produtivos e nas regulamentações do trabalho, pela difusão do modelo neoliberal e da globalização da economia, dentre outros, trouxe aos Tribunais uma nova realidade jurídica: o aumento quantitativo e qualitativo das demandas. Exigem-se, cada vez mais, reformulação técnica e preparação dos Tribunais.

Em terceiro lugar, o “estado do bem-estar” acentua no plano teórico do direito uma visão crítica do positivismo jurídico extremado. Busca-se um fundamento ético para o direito. Reforça-se o caráter criativo da jurisprudência. Não há, outrossim, mais lugar para o Juiz “boca da lei”, que exclusivamente reproduz em suas decisões a vontade do legislador.

A Constituição de 1988, rompendo com a nossa tradição positivista, adota um modelo societário e comunitário, que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade.

Em quarto lugar, há que se concluir que todo esse processo não significa atribuição de superpoderes ao Judiciário, já que sua própria natureza e característica impedem que assim seja (o Judiciário é Poder inerte, que é chamado a aplicar normas pré-existentes, utilizando-se de procedimento também já estabelecido, de forma fundamentada, estando suas decisões sempre sujeitas à revisão).

**Publicado originalmente na Revista nº 27 jan./mar. 2008, p. 39.*

CLÓVIS BEVILÁQUA E CONTARDO FERRINI

CLÓVIS PAULO DA ROCHA*

O ano de 1859 foi particularmente marcante para o direito. Naquele ano, no dia 4 de abril, nascia, na Itália, CONTARDO FERRINI e, no Brasil, no dia 4 de outubro, CLÓVIS BEVILÁQUA. Duas figuras que iriam exercer extraordinária influência nos estudos do Direito, que iriam ser mestres de gerações, prolongando os seus ensinamentos através das estradas que abriram para os juristas do século XX.

Dois homens que nasceram num dia 4 do mesmo ano de 1859, que se dedicaram a pesquisas jurídicas, mas que possuíam, a par da ciência, almas plenas de bondade, personalidades encantadas por virtudes que levaram os seus contemporâneos a chamá-los de sábios e santos, ambos na voz do povo, mas aquele – CONTARDO FERRINI – também na voz da Igreja, que, beatificando-o, o elevou às glórias do altar.

CONTARDO FERRINI dedicou sua vida aos estudos do direito romano, realizando pesquisas que o tornaram, na ciência jurídica romanista, na Itália, o mais notável romanista de todos os tempos. Destacou-se na pesquisa do direito bizantino, que era, na Itália, antes dele, completamente descuidada, como incisivamente recorda DE FRANCISCI e, principalmente, no estudo das fontes das Instituições, identificando a origem e os autores das suas paráfrases. Dele, como romanista, não se pode dizer mais do que o disse ZACHARIAE VON LINGENTHAL, ao afirmar que, assim como o século XIX foi o de SAVIGNY, o século XX seria o de FERRINI.

A obra de CONTARDO FERRINI, ensina DE FRANCISCI, teve a “altitude de uma obra de arte pela medida, pelo equilíbrio, pela clareza elegante, pela simplicidade, pela humildade; e tôda ela fundava-se na fé que inspirava cada palavra e guiava cada gesto; possuía constante e rigorosa coerência entre o pensamento e a prática; a corajosa afirmação do próprio sentimento católico, em um mundo no qual parecia fraqueza não proclamar-se, com expressão grotesca, livres pensadores; a serena simplicidade da vida, o largo e generoso senso de humanidade, a sêde inextinguível de bondade e de verdade; absoluta submissão ao próprio dever; o seu acético viver no seu trabalho e do seu trabalho, que êle interrompia sòmente para pregar; ou para escalar o cimo dos Alpes, como se quisesse lá em cima sentir-se mais vizinho de Deus; tôda essa riqueza espiritual fascinava misteriosamente, não só os amigos, mas também os adversários, e os conciliava no amor e na reverência de colegas e discípulos”.

Pois bem, meus senhores, se GONTARDO FERRINI, na Itália e no mundo, deixou uma larga estrada de virtudes e um vasto cabedal de ciência, abrindo caminhos para que os estudiosos pudessem continuar as pesquisas por êle iniciadas, e, se CONTARDO FERRINI foi, na Itália, um mestre das gerações que surgiram durante a sua vida e que apareceram depois de sua morte, como o maior romanista que a Itália já teve em todos os tempos, CLÓVIS BEVILÁQUA assumiu, no Brasil, posição semelhante à de FERRINI.

CLÓVIS BEVILÁQUA destacou-se como homem de raras virtudes, de uma simplicidade extrema, como nunca houve outro, em tôda a nossa história, não se sabendo mesmo se a sua grandeza era maior como sábio ou maior na simplicidade

* Procurador-Geral de Justiça do Estado da Guanabara.

humilde com que se apresentava e vivia. Sereno e justo, nunca se ouviu dos seus lábios ou da sua pena a mais leve palavra de amargor, mesmo nos momentos das discussões mais árduas, em que teve de afrontar adversários, para defender a sua obra imperecível, que ficou e ficará, eternamente, como um exemplo aos pósteros e à juventude estudiosa.

“A sua grande superioridade de espírito”, lembrava o saudoso mestre FILADELFO AZEVEDO, “se demonstrou na suavidade com que se referia aos adversários”, e o próprio CLÓVIS BEVILÁQUA, quando agradecia aos que o ajudaram a dar forças para resistir aos ataques que, então, sofreu, recordava com humildade e simplicidade que o grande jurista SOLIDONIO LEITE “soube reacender-me a coragem e restituir-me a esperança, nos momentos ingratos em que o espírito tentava refugir para o abrigo do silêncio e das sombras”.

Foi por isto que fizemos um paralelo entre essas duas vidas veneráveis de CONTARDO FERRINI e CLÓVIS BEVILÁQUA, nascidos ambos num dia 4 do ano bendito de 1859. Embora nascidos em países diferentes, embora um fôsse romanista e o outro civilista, ambos tiveram uma vida santificada pela virtude, ambos ensinaram gerações e continuam a instruir através das obras imorredouras que deixaram.

Impossível resumir numa pequena recordação tôda a obra de CLÓVIS BEVILÁQUA, extensa e imensa, extensa na sua variedade, imensa na sua quantidade, profunda no saber e na ciência.

Como civilista, entretanto, não podemos deixar de dizer que devemos ao gênio de CLÓVIS BEVILÁQUA a ventura de possuímos um Código Civil digno da Nação Brasileira, que dêle se orgulha e que é olhado com admiração e respeito pelos juristas do mundo inteiro.

CLÓVIS BEVILÁQUA na elaboração dêsse Código agiu como sábio e como o maior civilista que o Brasil já teve e, sem dúvida, o civilista que exerceu, como nenhum outro, influência decisiva na formação de todos os juristas brasileiros dêste meio século.

O projeto do Código Civil de CLÓVIS BEVILÁQUA revelou que Epiácio Pessoa teve inspiração sobrenatural ao escolhê-lo. Nesse trabalho, CLÓVIS BEVILÁQUA não se deixou levar pelas suas opiniões e convicções filosóficas pessoais, não se perdeu em lógicas de sistemas, não se agarrou a precisões de doutrina ou de raízes históricas longínquas, mas sentiu que estava fazendo um código vivo para um povo que vivia, para um povo que tinha tradições, muitas das quais não podiam ser quebradas por mera vaidade filosófica, histórica ou doutrinária. Compreendeu, com sabedoria, com grandeza d’alma, que teria, muitas vêzes, de calcar as suas opiniões pessoais para dar ao povo brasileiro um código que estivesse de acôrdo com as necessidades dêsse povo e, mais ainda, um código que visse o futuro que se avizinhava e que pudesse através da interpretação acompanhar a evolução que êle já presentira e que todos nós assistimos.

É o que êle anunciava ao apresentar o projeto, dizendo: – “o atual projeto procurou colocar-se no ponto de confluência das duas forças de cujo equilíbrio depende a solidez das construções sociais: – a conservação e a inovação, as tradições nacionais e a teoria das escolas, o elemento estável que já se adaptou ao caráter e ao modo de sentir de nosso povo, a maneira particular pela qual êle estabelece e procura resolver os agros problemas da vida e o elemento progressivo insuflado pela doutrina científica”.

Um Código, exprime mais adiante: - “não é um trabalho de construção doutrinária”. Foi com essas ponderações que CLÓVIS BEVILÁQUA elaborou um projeto de Código Civil tão adiantado para a época em que foi ordenado, tão apropriado ao nosso meio e que pôde, até hoje, e poderá no futuro, atender as nossas precisões.

CLÓVIS BEVILÁQUA é um desses raros homens que de século em século nascem num país, que triunfam pelo trabalho, pelo estudo, pela virtude e pela inspiração, deixando um ensinamento científico através das suas obras e uma pregação constante pelas virtudes da sua vida. São personalidades que as nações devem venerar e colocar no altar da pátria para servir de padrão e guia às futuras gerações, a fim de que estas, seguindo-lhes o exemplo, aprendam a dignificar e engrandecer a terra que lhes serviu de berço.

**Publicado originalmente na Revista nº 13 jan./abr. 1971, p. 7.*

A “MUDANÇA DE SEXO” E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS: BREVES NOTAS

*The “sex change” and their juridical implications:
short notes*

EMERSON GARCIA *

Resumo: Após constatação de que o transexualismo é uma patologia, gerando uma situação de ruptura entre o sexo psíquico e o biológico, seguiu o reconhecimento da licitude das cirurgias de transgenitalização, o que tem ensejado não poucos debates em torno da possibilidade de o Poder Público ser compelido a custeá-las e dos efeitos que a “mudança de sexo” produzirá no registro civil das pessoas naturais. A análise crítica dessas polêmicas, tendo como pano de fundo o princípio-mor da dignidade da pessoa humana, é o objetivo dessas breves linhas.

Abstract: After the verification that the transsexualism is a pathology, generating a situation of rupture between the psychic sex and the biological sex, it followed the recognition of the licitness of the transgenitalization surgeries, that has resulted in many debates around the possibility of the Public Power to be compelled to finance them and of the effects that the “sex change” will produce in the natural people’s civil registration. The analysis of those controversies, keeping as backdrop the principle of the human dignity, is the objective of those short lines.

Palavras-chave: dignidade humana; mudança de sexo, transgenitalização

Keywords: human dignity; sex change, transgenitalization.

SUMÁRIO: 1. Aspectos gerais do transexualismo. 2. A dignidade humana e os seus elementos estruturais. 3. A permeabilidade axiológica da dignidade humana. 4. A cirurgia de transgenitalização e o seu oferecimento pela rede pública de saúde. 5. Reflexos da “mudança de sexo” no registro público. Epílogo.

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

1. Aspectos gerais do transexualismo

O sexo da pessoa humana é normalmente determinado de acordo com quatro referenciais de análise: os cromossomos, as gônadas (ovários ou testículos), os hormônios e as características sexuais, primárias ou secundárias. Os dois primeiros não podem ser substituídos - mas as gônadas podem ser retiradas -, os dois últimos sim. Enquanto os hormônios podem ser alterados com relativa facilidade, as características sexuais, mais especificamente as primárias, apresentam alguma complexidade: o grande desafio é o de lograr êxito, em termos de aparência e correto funcionamento, na alteração anatômica da genitália. Nesse particular, enquanto a alteração do gênero masculino para o feminino, apesar de difícil, tem sido realizada com maior frequência, o contrário tem se mostrado particularmente complexo, não só em termos de aparência, como em relação ao regular funcionamento.

Conquanto não possa ser considerada uma expressão unívoca, “mudança de sexo”, para os fins de nossa exposição, consiste na alteração das características físicas aparentes, por meio de processo cirúrgico, de modo que o indivíduo se assemelhe às pessoas que possuem o sexo oposto. A cirurgia não incursionará no plano genético, sendo precipuamente direcionada a substituir o órgão genital existente por aquele que caracteriza o sexo oposto¹. Intervenções dessa natureza permitem que as características comportamentais do agente, que se coadunam com aquelas inerentes ao sexo oposto, se ajustem à sua aparência física. À medida que os fatores físico e psíquico tornem-se convergentes, aumenta a possibilidade de efetiva inserção no ambiente social, nem sempre caracterizado pela tolerância e pelo respeito ao próximo.

O transexualismo, que afeta os homens em maior intensidade que as mulheres, tem sido visto como patologia, originária de falhas cromossômicas ou desequilíbrios hormonais, que impõem uma ruptura aparentemente definitiva entre a identidade psíquica e a realidade física²; pode se manifestar tanto na infância, como na fase adulta, havendo estudos, inclusive, que sugerem a possibilidade de o seu delineamento se principiar no curso da própria gestação. O transexual, face à resistência endógena, já que o indivíduo não aceita a si próprio, e à constante discriminação exógena, sendo conhecidas as dificuldades de inserção social de um homem que deseja ser mulher ou de uma mulher que almeja ser homem, tende a assumir uma postura isolacionista, o que, não raro, coloca em risco a sua própria vida, sempre ameaçada pela sombra do suicídio.

Em decorrência das peculiaridades dessa patologia, que tem raízes no plano psíquico e somente encontra lenitivo nas profundas modificações a serem promovidas no plano físico³, sendo confundida, com relativa frequência, com meros distúrbios da sexualidade, tem sido comum a resistência, no ambiente social, ao reconhecimento de sua gravidade e do verdadeiro martírio que acomete o seu portador.

1 Nos homens, é realizada a secção do pênis e do escroto, com posterior construção da vulva; a supressão do pomo de Adão e a inserção de prótese de silicone, formando o busto feminino. As mulheres, por sua vez, recebem um pênis, normalmente de silicone e, em regra, com funcionalidade apenas estética.

2 Cf. CHAVES, Antonio. Direito à vida e ao próprio corpo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 141.

3 Os tratamentos puramente psicológicos mostram-se absolutamente ineficazes em relação ao transexual, que se mostra irredutível em sua pseudo-identidade com o sexo oposto, não coopera e rejeita a terapia. Cf. SUTTER, Matilde Josefina. Determinação e mudança de sexo – aspectos médico-legais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 115; e DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 290.

E o que é mais grave, a resistência costuma se transmutar em indiferença quando contextualizada no âmbito do Poder Público, que nem sempre oferece o apoio necessário a quem dele necessita. Em verdade, sempre foram comuns as tentativas de enquadrar os responsáveis pelas cirurgias de transgenitalização na tipologia do art. 129, § 2º, III, do Código Penal, que trata da denominada *lesão corporal gravíssima*⁴, o que reflete uma evidente confusão entre a ofensa à integridade física e a terapia voltada ao restabelecimento do equilíbrio físico e psíquico. Na atualidade, o reconhecimento de que o transexualismo configura uma patologia e que a intervenção cirúrgica é o método adequado ao seu enfrentamento, a um só tempo, conferem ao indivíduo irrestrito poder de decisão⁵ e afastam a responsabilidade penal do médico.

A República Federativa do Brasil não conta com legislação específica voltada ao transexualismo, quer em relação aos fatores que permitem a sua individualização, quer em relação ao tratamento a ser realizado. Somente em 1997 o Conselho Federal de Medicina⁶ aprovou, em caráter experimental, a realização de “*cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.*” Essa norma, não obstante emanada de um conselho de fiscalização profissional, pode ser considerada um verdadeiro divisor de águas na realidade brasileira, sendo decisiva para a compreensão de que o transexualismo efetivamente constitui uma patologia e que a intervenção física é indispensável à estabilização psíquica do indivíduo⁷. Nessa linha, havendo livre manifestação de vontade do transexual, que age nos estritos limites de sua privacidade⁸, o médico que intervém no tratamento dessa patologia age no plano da licitude, no exercício regular de sua

4 Cf. FRAGOSO, Heleno Claudio. Transexualismo: cirurgia: lesão corporal, in *Revista de Direito Penal* nº 25/25, 1979.

5 Código Civil, art. 13, *caput*: “[s]alvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Face à unidade existencial do ser humano, parece evidente que a “exigência médica” referida no preceito pode estar associada tanto à preservação da incolumidade física, como à psíquica.

6 Resolução nº 1.482/1997, art. 1º. Em momento anterior à iniciativa do Conselho Federal de Medicina, o Congresso Nacional chegou a aprovar o PL nº 1.909-A, que acrescentava um § 9º ao art. 129 do CP (“*Não constitui fato punível a ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando considerada necessária em parecer unânime de Junta médica e precedida de consentimento expresso de paciente maior e capaz*”), sendo o texto, ao final, vetado pelo Presidente da República, o Gal. João Baptista Figueiredo. A temática voltou a ser abordada no PL nº 70-B, de 1995, que, além de inserir um § 9º ao art. 129 do CP, promovia alterações no art. 58 da Lei nº 6.015/1973, permitindo a alteração do prenome, quando realizada intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário, e exigindo que a condição de transexual fosse declinada no registro de nascimento e no documento de identidade.

7 Em acórdão que bem retrata o entendimento prevalecente nos tribunais até 1997, assim se manifestou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “[a] cirurgia pretendida que não é corretiva e tem efeito mais psicológico, mesmo porque o sexo biológico e somático continua sendo o mesmo, não é permitida em nosso País. Ainda que devendo o transexual ser tratado com seriedade, com acompanhamento médico desde a infância, e mesmo sabendo que em outros países essa cirurgia é realizada, não se pode autorizar a sua efetivação” (3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 596103135, rel. Des. Tael João Selistre, j. em 12/09/1996). O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, do mesmo modo, decidiu que “[a] mudança aparente, ou seja, exteriormente, de órgãos genitais, em virtude de operação cirúrgica, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não implica em transformar um homem numa mulher, metamorfose que a natureza não admite e a engenharia genética ainda não logrou atingir” (4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1992.001.06087, rel. Des. Marden Gomes, j. em 04/03/1993).

8 Esse entendimento tem sido acolhido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão: *BVerfGE* 49, 286-297; 60, 123-134; 116, e 243-264. Cf. JARASS, Hans D. e PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, 10ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2009, p. 75.

profissão, o que torna dispensável a solicitação de autorização judicial, quer para simplesmente legitimar, quer para determinar a sua realização⁹.

Em 2002, foi editada nova normatização, a Resolução nº 1.652/2002, que autorizou a realização da “*cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo*”¹⁰ e, em caráter ainda experimental, a do “*tipo neofaloplastia*”¹¹.

Ambas as resoluções do Conselho Federal de Medicina tinham como destinatários exclusivos os “*transexuais*”, assim considerados aqueles que apresentassem “(1) desconforto com o sexo anatômico natural; (2) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; (3) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; (4) ausência de outros transtornos mentais”¹². O que distingue o transexual do homossexual e do travesti é a incontível aversão psicológica, em caráter continuado, ao próprio sexo, o que justifica, sob o prisma médico, a submissão a intervenções cirúrgicas e a tratamentos hormonais com o objetivo de alterar os seus órgãos genitais externos e, conseqüentemente, assegurar a sua integridade psíquica e, porque não, física, evitando atentados à própria vida. O homossexual e o travesti, de modo diverso, não apresentam idêntica resistência à própria identidade sexual: o primeiro prefere manter relações sexuais com pessoas do mesmo sexo; o seu órgão genital, longe de ser um empecilho à felicidade, é a verdadeira fonte do seu prazer; o segundo, por sua vez, que pode ser homossexual ou heterossexual, obtém prazer ou segurança ao adquirir a aparência de pessoa do sexo oposto, o que se dá com o recurso a roupas e adereços.

A partir dessas breves premissas de caráter propedêutico, abre-se um extenso leque de problemas afetos à situação jurídica do transexual. Há um direito subjetivo à mudança de sexo, de modo que seja possível compelir o Poder Público a realizá-la?¹³ O transexual que apresente evidentes características do sexo oposto, mas que não se submeteu à cirurgia para a alteração do sexo anatômico inato, pode pretender a alteração do seu registro civil, de modo que ele corresponda aos contornos de sua personalidade e ao papel que desempenha no ambiente social? Admitindo-se a alteração do registro público, com ou sem cirurgia, quais são os limites a serem observados (*v.g.*: alteração apenas do prenome ou do próprio sexo inicial; menção ao sexo antigo no próprio registro, etc.)?

9 O Tribunal de Justiça de São Paulo examinou a questão em seus exatos termos: “*Registro Civil. Assento de nascimento. Alteração. Pedido de retificação de nome e alteração de sexo no registro civil c. c. autorização para cirurgia de redistribuição sexual. Inviabilidade. Transexualismo que reclama tratamento médico que só pelo especialista pode ser deliberado. Admissibilidade da cirurgia de transgenitalização mediante diagnóstico específico e avaliação por equipe multidisciplinar, por pelo menos durante dois anos (CFM, Resolução 1 652/02). Apelante inscrito e em fila de espera para o tratamento, que deve ser definido pela equipe multidisciplinar, independentemente de autorização judicial, por se tratar de procedimento médico, competindo ao médico a definição da oportunidade e conveniência. Recorrente que, por ora, é pessoa do sexo masculino. Alteração no registro civil que poderá ser tratada oportunamente após resolvida, no âmbito médico, a questão de transexualidade.*” (10ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 4174134500, rel. Des. Carvalho Viana, j. em 09/10/2007).

10 Resolução nº 1.652/2002, art. 1º.

11 Resolução nº 1.652/2002, art. 2º.

12 Resolução nº 1.652/2002, art. 3º.

13 Cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à adequação de sexo do transexual. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, p. 22-23, set./out. 1996.

Creemos que a solução dessas questões e de outras mais que possam surgir no ambiente social será necessariamente influenciada pelo referencial de dignidade humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil¹⁴.

2. A dignidade da pessoa humana e os seus elementos estruturais

Com os olhos voltados à essência da pessoa humana e à projeção dessa essência na realidade, quer em sua individualidade, quer na inter-relação com a sociedade ou o Estado, é possível identificar dois elementos estruturais da dignidade que lhe é característica. O primeiro deles consiste na própria existência do ser humano, enquanto ser vivo e racional, que deve estar protegido de qualquer ameaça que possa comprometer a sua continuidade, quer essa ameaça provenha de ações (*v.g.*: atentados à integridade física), quer de omissões (*v.g.*: indiferença ao estado de penúria). O segundo elemento se manifesta na forma de ser humano ou, mais especificamente, na possibilidade de ser ou fazer algo. A liberdade, enquanto critério de formação e expressão da capacidade intelectual, é inerente ao ser humano num estado de natureza, não podendo sofrer restrições que atentem contra a sua base axiológica ou descaracterizem por completo a capacidade de determinação e decisão. A referência à “*dignidade da pessoa humana*” é naturalmente excludente das pessoas jurídicas, que poderão figurar como sujeitos de inúmeros direitos, mas não possuirão propriamente uma *dignidade* a ser protegida. No outro extremo, toda e qualquer pessoa humana possui dignidade.

A inserção do homem na sociedade e a sua necessária submissão aos comandos das estruturas estatais de poder não permitem o desenvolvimento de liberdades amplas e irrestritas, isto sob pena de se inviabilizar a liberdade alheia, com o conseqüente comprometimento do bem comum. As restrições, no entanto, devem observar os balizamentos traçados pelo texto constitucional e não ultrapassar a medida do necessário à salvaguarda dos bens e interesses correlatos. Em qualquer caso, como afirmou o Papa JOÃO PAULO II, na Encíclica *Veritatis Splendor*, de 6 de agosto de 1993, nunca se pode aviltar ou contrariar a dignidade humana, ainda que nobres sejam os objetivos (nº 92): afinal, não é lícito alcançar o bem com a prática do mal (nº 80).

Ainda em meados do século XX não era incomum que alguns atributos inerentes à espécie humana fossem enquadrados sob a epígrafe dos direitos da personalidade. ADRIANO DE CUPIS, em sua festejada monografia¹⁵, já realçava a existência de direitos destinados a dar conteúdo à personalidade; seriam direitos essenciais, sempre sujeitos à “*sensibilidade*” do ambiente social, o que poderia conduzir à sua expansão ou retração, vale dizer, mudando a consciência moral, muda o modo de ver a pessoa no seio da sociedade, o que, por via reflexa, também faz mudar os direitos considerados essenciais para a personalidade; seriam direitos inatos, protegidos universalmente pelos ordenamentos jurídicos modernos (nas palavras do autor: “*gli ordinamenti giuridici moderni hanno subito costantemente, può dirsi universalmente, la pressione delle idee sociali relative all'essenzialità dei diritti: tanto che si è discorso di una communis opinio esistente al riguardo, espressione di una comune volontà immanente in ogni ordinamento*”).

14 CR/1988, art. 1º, III.

15 *I Diritti della Personalità*, Milano: Giuffrè, 1950, p. 18-22.

giuridico”). Em momento anterior, ressaltara RUI BARBOSA¹⁶ que “a minha pessoa não é sómente a entidade *physica de minha individualidade*, é, igualmente, o complexo de todos os direitos de que a minha existência necessita, a minha existência moral e a minha existência exterior, a minha existência privada e a minha existência política; desses direitos é que se compõe a pessoa humana, no estado social”. Reforçando a necessidade de proteção desses atributos, dispõe a Constituição tunisiana de 1959, após a reforma de 2002 (art. 5º, 2ª parte), que o Estado, além de proteger a dignidade do ser humano, deve buscar o desenvolvimento de sua personalidade.

Apesar da referência aos direitos inatos do homem, tanto a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, como a célebre *Déclaration* francesa de 1789, não fizeram referência à dignidade humana; esta última apenas falou em *dignité* em relação aos cargos governamentais. Somente no século XX, mais especificamente no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (todas as pessoas são “*livres e com a mesma dignidade*”), é que a expressão veio a ser utilizada e, a partir daí, definitivamente incorporada às convenções internacionais de direitos humanos e a inúmeros textos constitucionais.

A proteção da dignidade humana costuma enfrentar uma dificuldade básica, que é a de identificar o que está, ou não, abrangido por ela. Num extremo, corre-se o risco de ver como atentatórias à dignidade humana meras afrontas ao bom gosto e à moral comum; no outro, a de não estender a sua proteção a valores efetivamente basilares da espécie humana. Aqui, retrai-se em excesso; lá, amplia-se ao ponto de amesquinhar. Face à dificuldade conceitual, não é incomum que, a partir das experiências colhidas no ambiente sociopolítico, parcelas características da dignidade humana passem a receber proteção específica, precisando os contornos da violação. É o que se dá, por exemplo, com a proibição da tortura, cuja principal função é preservar aspectos físicos e morais inerentes à dignidade de todo e qualquer ser humano.

A verificação do efetivo respeito à dignidade humana será amplamente influenciada pelas especificidades do caso concreto, sendo extremamente difícil a construção de arquétipos gerais e infalíveis. Referenciais libertários, protegendo a individualidade, a identidade e a integridade; igualitários, afastando a discriminação arbitrária; ou sociais, exigindo um rol mínimo de prestações sociais, com a conseqüente imposição de deveres prestacionais ao Estado, em muito contribuirão na aferição do respeito pela dignidade humana¹⁷. Relativamente mais clara será a situação da pessoa que tenha o seu próprio *status* humano aviltado, sendo reduzida à condição de objeto, fórmula que exige um nível mínimo de convergência no ambiente sociopolítico, com o que se evitará que os conceitos pessoais do intérprete a respeito de bom gosto e moral comum sejam superpostos à noção de dignidade humana, suprimindo a autonomia individual. Como atributo inerente à própria noção de humanidade, a dignidade, por natureza, é indisponível, o que afasta a invocação da voluntariedade para justificar a sua violação.

KANT¹⁸ já afirmara que tudo tem um “preço” ou uma “dignidade”: o que tem um preço pode ser substituído por outra coisa equivalente; o que é superior ao preço e não admite equivalente tem uma dignidade. O ser humano, sendo um fim em si

16 Commentarios á Constituição Federal Brasileira, colligidos e ordenados por Homero Pires, vol. II, Do Poder Legislativo, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933, p. 365.

17 FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito (*Autorität und Integration, Zur Gramatik von Recht und Verfassung*), trad. de Elisete Antoniuk, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 315-316.

18 Metafísica dos Costumes, trad. de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

mesmo, tem um valor intrínseco, uma dignidade; não pode ser tratado como meio; considerado como pessoa, não como elemento do sistema da natureza, é sujeito de uma razão moralmente prática, estando acima de qualquer preço¹⁹. Conclui, assim, que “o respeito que eu tenho pelos outros ou que os outros têm por mim é o reconhecimento da dignidade nos outros homens, bem como que existe um valor, que não tem preço ou um equivalente com o qual se possa substituir o objeto da estima”. A filosofia kantiana, fundada no respeito pelo próximo e no valor intrínseco do ser humano, justifica a insurgência contra a opressão e aponta para a incorreção de práticas como a tortura e o terrorismo, onde o homem é tratado como objeto.

Como observa HÄBERLE²⁰, a dignidade humana, em muitas Constituições modernas, constitui a premissa antropológica do Estado Constitucional, do direito estatal e, em futuro próximo, do direito internacional; acresce, ainda, que é extremamente difundida, no direito alemão, a repulsa à “*fórmula objeto*”, indicativo de que nenhuma pessoa pode servir de objeto à constrição estatal ou social, o que permite, inclusive, seja reconhecida a sindicabilidade de alguns direitos sociais, como o dever de o Estado garantir a assistência social.

3. A permeabilidade axiológica da dignidade humana

Conquanto seja perceptível a paulatina sedimentação dos contornos basilares da dignidade humana, com a correlata identificação de uma tendência ao universalismo, daí resultando a impossibilidade de serem idealizados arquétipos locais ou regionais deles dissonantes, é inegável que o desenvolvimento da humanidade não é uniforme e muito menos indiferente aos circunstancialismos de ordem espacial e temporal. Enquanto alguns países alcançam elevados níveis de desenvolvimento humano e social, outros lutam, até o limite de suas forças, para que a própria condição humana não seja negada ao indivíduo. É nesse contexto que se identifica a intensa permeabilidade axiológica da dignidade humana. Ainda que os seus contornos basilares devam ser comuns a todos os povos, é inegável que o maior desenvolvimento de alguns deles enseja o surgimento, no meio social, de uma concepção mais ampla e exigente quanto aos padrões mínimos de liberdade, igualdade e das prestações sociais asseguradas a cada pessoa.

A partir dos valores auferidos no meio social, que refletem a identidade cultural de um povo, verifica-se a retração ou a ampliação do potencial expansivo da dignidade humana, o qual, repita-se, não deve permanecer aquém dos contornos basilares sedimentados na sociedade internacional.

É possível se falar, assim, em “*direitos e deveres essenciais à dignidade humana*”, que se integram ao seu núcleo duro, e em “*direitos e deveres complementares à dignidade humana*”, que apresentam um conteúdo variável, consoante as circunstâncias de ordem espacial e temporal, e servem de reforço ao núcleo duro²¹.

Considerando o atual estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, a diversidade que lhe é inerente e o pluralismo característico de sua ordem jurídica, parece-nos indubitável que o transexual, acima de tudo, merece amplo e irrestrito

19 Cf. KANT. *Metafísica...*, p. 392.

20 *Dignità dell'uomo e diritti sociali nelle Costituzioni degli Stati di diritto*, in BORGHI, Marco. *Costituzione e diritti sociali*, Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1990, p. 99 (100).

21 OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 572.

respeito: sua disfunção psicológica não deve ser motivo de discriminação²² ou, pior, de exclusão.

4. A cirurgia de transgenitalização e o seu oferecimento pela rede pública de saúde

Tratando-se de patologia que gera uma verdadeira agonia existencial, sendo fonte de conflitos internos que podem conduzir à autoflagelação e ao próprio suicídio, é necessário que o Poder Público torne operativa a regra do art. 196 da Constituição de 1988, reconhecendo que a saúde, efetivamente, “é direito de todos e dever do Estado”, e disponibilize a cirurgia de transgenitalização àqueles que dela necessitem. A dignidade da pessoa humana e a carga axiológica que lhe dá sustentação atuam como fatores de integração da referida norma constitucional, o que permite a imediata exigibilidade daquelas prestações que, por sua essencialidade, integram o núcleo duro da dignidade humana. *In casu*, a tutela à saúde é erigida ao *status* de condição essencial ao pleno desenvolvimento da pessoa, o que lhe confere os contornos típicos de um direito fundamental imediatamente exigível, permitindo o surgimento de situações jurídicas subjetivas²³.

Pretensões dessa natureza, que já encontravam acolhidas em decisões isoladas²⁴, deram os primeiros passos para alcançar o plano coletivo com o acolhimento, em agosto de 2007, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de pedido formulado pelo Ministério Público Federal, no sentido de que a cirurgia fosse disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde²⁵. A União, apesar de ter manejado os

22 O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no Processo C-13/1994, interpretando a Diretiva 76/207/CEE, de 9 de fevereiro de 1976, que versa sobre a igualdade entre homens e mulheres na relação de emprego, decidiu que “[t]endo em conta o objetivo perseguido pela Diretiva 76/207, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais, e às condições de trabalho, o artigo 5., n. 1, desta diretiva opõe-se à dispensa de um transexual por motivo relacionado com a sua mudança de sexo. Com efeito, dado que o direito de não discriminação em razão do sexo constitui um dos direitos fundamentais da pessoa humana, o âmbito de aplicação da diretiva não pode limitar-se apenas às discriminações resultantes da pertença a um ou a outro sexo. A sua aplicação deve ser extensiva às discriminações que tenham a sua origem na mudança de sexo, uma vez que as mesmas resultam essencialmente, senão exclusivamente, do sexo do interessado, porque despedir uma pessoa porque tem a intenção de sofrer ou sofreu uma mudança de sexo, é aplicar-lhe um tratamento desfavorável relativamente às pessoas do sexo de que era considerada fazer parte antes desta operação” (P. e S. vs. Cornwall County Council, *European Court Reports*, 1996, p. I-02143).

23 Cf. COCCONI, Monica. *Il Diritto alla Tutela della Salute*, Padova: CEDAM, 1998, p. 63.

24 TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.001.07095, rel. Des. Joaquim Alves de Brito, j. em 26/07/2005.

25 “Direito Constitucional. Transsexualismo. Inclusão na Tabela Sih-Sus de Procedimentos Médicos de Transgenitalização. Princípio da Igualdade e Proibição de Discriminação por Motivo de Sexo. Discriminação por Motivo de Gênero. Direitos Fundamentais de Liberdade, Livre Desenvolvimento da Personalidade, Privacidade e Respeito à Dignidade Humana. Direito à Saúde. Força Normativa da Constituição. 1 – A exclusão da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, em desfavor de transexuais, configura discriminação proibida constitucionalmente, além de ofender os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde. 2 – A proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo protege heterossexuais, homossexuais, transexuais e travestis, sempre que a sexualidade seja o fator decisivo para a imposição de tratamentos desfavoráveis. 3 – A proibição de discriminação por motivo de sexo compreende, além da proteção contra tratamentos desfavoráveis fundados na distinção biológica entre homens e mulheres, proteção diante de tratamentos desfavoráveis decorrentes do gênero, relativos ao papel social, à imagem e às percepções culturais que se referem à masculinidade e à feminilidade. 4 – O princípio da igualdade impõe a adoção de mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, a menos que razões suficientes exijam diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação. Não há justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois (a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento

recursos extraordinário e especial, deles desistiu, como foi amplamente noticiado pelos meios de comunicação, em julho de 2009.

Após a decisão do Tribunal Regional Federal, mas em momento anterior à desistência dos recursos pela União, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 1.707, de 17 de agosto de 2008²⁶, instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o “processo transexualizador”, a ser implantado nas unidades federadas²⁷. Acresceu, ainda, que compete à Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde a adoção das providências necessárias à plena estruturação e implantação do programa²⁸, observando-se, em qualquer caso, os balizamentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução nº 1.652/2002²⁹.

médico do transexualismo e (b) não se pode justificar uma discriminação sexual (contra transexuais masculinos) com a invocação de outra discriminação sexual (contra transexuais femininos). 5 - O direito fundamental de liberdade, diretamente relacionado com os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e de privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito ao invés de objetos de regulação alheia, protege a sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições indevidas sobre transexuais, mulheres, homossexuais e travestis. 6 - A norma de direito fundamental que consagra a proteção à dignidade humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, ao invés de meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros; são inconstitucionais, portanto, visões de mundo heterônomas, que imponham aos transexuais limites e restrições indevidas, com repercussão no acesso a procedimentos médicos. 7 - A força normativa da Constituição, enquanto princípio de interpretação, requer que a concretização dos direitos fundamentais empreste a maior força normativa possível a todos os direitos simultaneamente, pelo que a compreensão do direito à saúde deve ser informada pelo conteúdo dos diversos direitos fundamentais relevantes para o caso. 8 - O direito à saúde é direito fundamental, dotado de eficácia e aplicabilidade imediatas, apto a produzir direitos e deveres nas relações dos poderes públicos entre si e diante dos cidadãos, superada a noção de norma meramente programática, sob pena de esvaziamento do caráter normativo da Constituição. 9 - A doutrina e a jurisprudência constitucionais contemporâneas admitem a eficácia direta da norma constitucional que assegura o direito à saúde, ao menos quando as prestações são de grande importância para seus titulares e inexistente risco de dano financeiro grave, o que inclui o direito à assistência médica vital, que prevalece, em princípio, inclusive quando ponderado em face de outros princípios e bens jurídicos. 10 - A inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde. 11- Hipótese que configura proteção de direito fundamental à saúde derivado, uma vez que a atuação judicial elimina discriminação indevida que impede o acesso igualitário ao serviço público. 12 - As cirurgias de transgenitalização não configuram ilícito penal, cuidando-se de típicas prestações de saúde, sem caráter mutilador. 13 - As cirurgias de transgenitalização recomendadas para o tratamento do transexualismo não são procedimentos de caráter experimental, conforme atestam Comitês de Ética em Pesquisa Médica e manifestam Resoluções do Conselho Federal de Medicina. 14 - A limitação da reserva do possível não se aplica ao caso, tendo em vista a previsão destes procedimentos na Tabela SIH-SUS vigente e o muito reduzido quantitativo de intervenções requeridas” (TRF-4ª Região, 3ª Turma, Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS, rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios, DJ de 23/08/2007).

26 DOU de 19/08/2008.

27 Eis a motivação que acompanha a Portaria nº 1.707/2008: “Considerando que a orientação sexual e a identidade de gênero são fatores reconhecidos pelo Ministério da Saúde como determinantes e condicionantes da situação de saúde, não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por expor a população GLBTT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão que violam seus direitos humanos, dentre os quais os direitos à saúde, à dignidade, à não discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade; Considerando que a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, instituída pela Portaria nº 675/GM, de 31 de março de 2006, menciona, explicitamente, o direito ao atendimento humanizado e livre de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero a todos os usuários do Sistema Único de Saúde (SUS); Considerando que o transexualismo trata-se de um desejo de viver e ser aceito na condição de enquanto pessoa do sexo oposto, que em geral vem acompanhado de um mal-estar ou de sentimento de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico, situações estas que devem ser abordadas dentro da integralidade da atenção à saúde preconizada e a ser prestada pelo SUS; Considerando a Resolução nº 1.652, de 6 de novembro de 2002, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a cirurgia do transgenitalismo.”

28 Portaria nº 1.707/2008, art. 3º.

29 Portaria nº 1.707/2008, art. 1º.

5. Reflexos da “mudança de sexo” no registro público

O registro público, como se sabe, tem como principal funcionalidade, além da eventual função constitutiva, a de assegurar a publicidade de certos acontecimentos de interesse coletivo e, conseqüentemente, contribuir para a preservação da segurança jurídica. Naquilo que se relaciona ao presente estudo, as atenções se voltam ao registro civil das pessoas naturais, que individualiza a pessoa e o seu estado civil, e mais especificamente a duas informações que contribuem para que esse objetivo seja alcançado: o prenome e o sexo.

Numa visão tradicionalista, seria possível afirmar que o prenome, ressalvadas as exceções contempladas em lei, é, em linha de princípio, imutável³⁰; o sexo, por sua vez, assumiria características inatas, não podendo ser alcançado por meras alterações de aparência. Entendimento dessa natureza, como soa evidente, não se harmoniza com o necessário respeito à dignidade humana, da qual se desprendem todos os direitos que protegem e viabilizam a expansão da individualidade física e psíquica inerente a qualquer ser humano.

A inalterabilidade do prenome, como se percebe pela sistemática legal, é meramente relativa; deve se ajustar às exceções expressamente previstas na Lei de Registros Públicos e àquelas que se desprendam da Constituição, que informa e serve de fundamento de validade para toda a ordem jurídica. Ao “mudar de sexo” a pessoa inaugura uma nova fase de sua personalidade, daí decorrendo a imperiosa necessidade de que seja re-individualizada perante si e seus pares. Não há dignidade se a pessoa tem renegado o seu *eu* e é impedida, por razões de ordem patológica, a se integrar ao *nós*, vale dizer, ao ambiente social. Nesse contexto, a autorização judicial para a mudança do prenome decorreria diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, no qual está ínsita a proteção da personalidade individual. À alteração do gênero sexual estendem-se os mesmos argumentos, o que torna igualmente necessária a alteração do sexo originariamente inserido no registro civil, que não mais se harmoniza com a realidade³¹.

A proposição, no entanto, não é tão simples quanto aparenta ser. Há, ainda, duas outras questões a serem enfrentadas. A primeira consiste em identificar se a cirurgia de transgenitalização é requisito necessário à alteração do prenome e do sexo ou se é possível que uma pessoa que fisicamente ostente as características de um homem, mas que, no plano psíquico, se sinta uma mulher, possa igualmente alterá-los. A segunda diz respeito à necessidade, ou não, de ser inserida alguma observação no registro a respeito da situação anterior da pessoa.

Em prol da possibilidade de alteração do prenome e do sexo mesmo nas situações em que não tenha sido previamente realizada a cirurgia de transgenitalização, argumenta-se que a verdade registral não pode desconsiderar que o transexual vive sob uma evidente contradição entre a forma de seus genitais externos e os aspectos psicológicos que integram a sua personalidade. Ao prestigiar o sexo morfológico

30 Lei nº 6.015/1973, art. 58: “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.”

31 A retificação do prenome e do sexo, no assento de nascimento, após a cirurgia, tem sido acolhida pela jurisprudência: TJRJ, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.001.01910, rel. Des. Luis Felipe Salomão, j. em 13/09/2005.

e ignorar os aspectos inerentes ao pensamento e ao comportamento da pessoa, o registro civil incorreria em erro, não retratando a verdadeira identidade sexual. Nesse caso, deveria prevalecer o entendimento pessoal do indivíduo em relação ao próprio sexo ou, de modo mais exato, o diagnóstico médico como transexual. O sexo, assim, acompanharia o psíquico, não o físico.

Em que pese tratar-se de entendimento bem intencionado e que se preocupa com aspectos inerentes à personalidade individual, não cremos que pessoa biologicamente normal e pertencente a um gênero sexual bem definido possa ser transposta para outro com embasamento, único e exclusivo, em seus transtornos psíquicos. Entendimento diverso, em verdade, terminaria por fazer que o próprio registro civil fosse acometido dos mesmos males do transexualismo: retrataria o que se sente, não o que é visto na realidade, o que certamente afrontaria a sua funcionalidade, conduzindo-o ao descrédito.

Como afirmamos, a correta compreensão do que está dentro e do que está fora do potencial expansivo da dignidade humana pode redundar em lamentáveis omissões ou em caudalosos excessos. Esse parece ser o caso. Desde o período colonial, avançando pelo Império e continuando sob a República, o sexo biológico, não o psíquico, sempre foi o critério utilizado na individualização da identidade jurídica das pessoas. A uniformidade alcançada por esse critério, ainda que não seja o melhor, certamente contribui para a harmonia e a paz no ambiente social. Admitir que certas pessoas tenham o sexo definido de acordo com padrões biológicos (*rectius*: órgãos genitais de homem ou de mulher, ou ambos, isto no caso de hermafroditismo³²) e, outras, consoante padrões psicológicos, é eliminar um critério objetivo e seguro, utilizado há séculos na aferição dessa característica humana. Se, por um lado, o transexual não está obrigado a se submeter a uma cirurgia que pode colocar em risco a sua incolumidade física, por outro, não há como se considerar ínsito em sua esfera jurídica o direito de ser conhecido por um sexo que mesmo na aparência não ostenta.

No direito alemão, foi editada, em janeiro de 1980, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1981, a *Transsexuellengesetz (TSG)*³³, que prevê as situações em que será admitida a troca de prenome (*Änderung der Vornamen, TSG, §§ 1º ao 7º*) ou a própria alteração do sexo (*Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit, TSG, §§ 8º a 12*) constante do registro de nascimento (*Geburtregister*). Para ambos os propósitos, a pessoa deve ter no mínimo 25 anos de idade, preencher os requisitos de nacionalidade e apresentar, em razão de sua transexualidade, por no mínimo três anos, o sentimento de que pertence ao sexo oposto³⁴. Diversamente da modificação do prenome, a alteração do sexo constante do registro civil está condicionada à prévia realização da cirurgia³⁵.

32 Estabelecendo a distinção entre hermafroditismo verdadeiro e pseudo-hermafroditismo, observa Carlos Fernandez Sessarego que o primeiro deles é uma síndrome caracterizada pela presença simultânea das gônadas masculina e feminina, o que influi sobre a formação dos genitais externos, o aspecto somático e o comportamento psíquico; o pseudo-hermafroditismo consiste na ausência de homogeneidade entre os órgãos genitais externos e o sexo genético; no transexualismo, por sua vez, a anomalia é puramente psíquica, não havendo anomalias nas gônadas ou nos órgãos genitais externos (“*El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares*”, in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial nº 56/7, abr.-jun/1991).

33 O título completo é: “Lei sobre a alteração do prenome e a identificação do gênero sexual em casos especiais” (*Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen*).

34 TSG, § 1º, (1), 1 a 3 e § 8º, (1) 1.

35 TSG, § 8º, (1), 4.

Especificamente em relação à alteração de sexo no registro civil, o Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*)³⁶, interpretando o princípio da dignidade da pessoa humana³⁷ e a especial proteção que o Estado confere ao casamento e à família³⁸, decidiu que referida medida não estaria ao alcance de pessoas casadas, enquanto permanecerem casadas, ainda que já submetidas à cirurgia de transgenitalização. A decisão a respeito da cirurgia, por sua vez, se situa na esfera personalíssima do transexual, não estando condicionada à concordância do seu cônjuge³⁹. Esse entendimento, à evidência, é perfeitamente aplicável à realidade brasileira.

Resta verificar quais os efeitos das alterações promovidas no registro público em relação às informações preexistentes. Observa-se, de logo, que a opção pela coexistência de ambas terminaria por gerar mal maior que aquele que se buscou combater. Afinal, o indivíduo, longe de pacificar os seus conflitos intrínsecos, terminaria por vê-los perpetuados no próprio registro público, que assegura a permanência e a publicidade da informação. No extremo oposto, tem-se que a pura e simples supressão das informações preexistentes, apresentaria dois inconvenientes: (1º) retrataria, como se subsistente desde o nascimento, uma situação que somente surgiu em momento posterior, após a cirurgia de transgenitalização; (2º) comprometeria a segurança jurídica e a legítima confiança que a sociedade costuma depositar sobre o registro público.

Na medida em que o registro público deve retratar a realidade, não é aceitável seja justamente ele a inviabilizar o acesso à informação de que a pessoa, durante parte de sua vida, foi conhecida por nome diverso e considerada pertencente a gênero sexual distinto do atual⁴⁰. Entre o nascimento e a morte, pontos de partida e de chegada da existência humana, há toda uma dinâmica de relações que situam a pessoa no contexto social e permitem o seu reconhecimento; quando tais relações assumem relevância social, passam a ser encartadas no registro público. Nessa linha, considerar originário o que foi adquirido é mentira incompatível com a *ratio essendi* do registro. Uma forma de preservar a funcionalidade do registro e não ressuscitar o abalo psíquico que sempre atormentou o transexual é nele inserir a observação de que os campos *w* e *x*, vale dizer, aqueles referentes ao prenome e ao sexo, foram alterados por força de decisão judicial⁴¹, proferida pelo órgão jurisdicional *y*, no processo *z*. Embora não se negue que certamente se obteria maior transparência com a anotação do designativo “transexual”, cremos que os efeitos deletérios em muito superariam os malefícios a serem obtidos. Afinal, além de estigmatizar o indivíduo, que ostentaria uma marca visível ao olhar mais desatento, ainda romperia com o modelo binário de gênero sexual, dando azo ao surgimento de um *tertium genus*, o que certamente intensificaria a discriminação. O mesmo se diga em relação a outras “técnicas” mais sutis, mas igualmente discriminatórias, como “feminino cirúrgico” ou “masculino construído”.

36 1º Senado, j. em 27/05/2008, 1 *BvL* 10/05.

37 *Grundgesetz* de 1949, art. 1º, 1.

38 *Grundgesetz* de 1949, art. 6º, 1.

39 *BVerfG*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 08, 433. Cf. JARASS e PIEROTH. *Grundgesetz...*, p. 84.

40 Cf. CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*, 15ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 75.

41 Nesse sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 678.933/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 22/03/2007, DJ de 21/05/2007.

Ainda que num primeiro exame sejamos levados a crer que o prenome e o sexo do indivíduo somente digam respeito a ele, essa conclusão não resiste a uma reflexão mais acurada. Essas informações, conquanto inicialmente ambientadas na intimidade de cada qual, dela se desprendem e assumem relevância coletiva ao constataremos que podem gerar reflexos sobre a vida e o patrimônio de terceiros. É plenamente factível que terceiros de boa-fé se relacionem com o indivíduo única e exclusivamente por acreditarem que ele pertence a um dado sexo; essas pessoas, à evidência, têm o direito de saber se tal pertença é inata ou adquirida. O exemplo mais sugestivo é o daqueles que pretendam contrair núpcias com pessoas que “mudaram de sexo”. Seria admissível negar-lhes o direito de saber que o futuro cônjuge possuía nome diverso e, legalmente, ostentava o mesmo sexo que o seu? Toda pessoa tem um passado, que pode ser abonador ou desabonador, o que certamente deve ser objeto de avaliação por parte daqueles que com ele pretendem se relacionar. O total silêncio do registro, no entanto, simplesmente inviabilizaria o acesso, por parte de outros particulares, de uma considerável parcela da vida do antigo transexual.

Não bastassem os argumentos de ordem sentimental ou de pura opção pessoal, ainda merece referência a constatação de que o casamento com o outrora transexual, em regra, tornará inviável a reprodução, isto porque o novo órgão genital raramente alcançará um padrão ótimo de funcionamento. A questão em nada se assemelha à da mulher estéril, como pensou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo acórdão foi corretamente reformado pelo Superior Tribunal de Justiça⁴²; afinal, o fato de a mulher não poder procriar é mera contingência, não descaracterizando os seus contornos intatos; por outro lado, no outrora transexual que, na aparência, se transmudou de homem em mulher, tem-se uma limitação imanente.

A solução simplista de afirmar que aquele que se sentir enganado sempre poderá pleitear, no prazo decadencial de três anos, face ao erro essencial em relação à identidade do cônjuge, a anulação do casamento⁴³, não se afeiçoa ao imperativo respeito aos demais valores constitucionais envolvidos. Esses valores principiam pela pessoa do outro cônjuge, pois também ele possui uma dignidade a ser respeitada, o que inclui o direito de expandir a sua personalidade ao lado da pessoa que melhor se ajuste aos seus sentimentos, à sua maneira de vida e aos seus referenciais de certo e errado. O Estado não pode manter-se ao lado da malícia e do engodo.

A exemplo do princípio da dignidade humana, também o direito a informação possui estatura constitucional. Nos exatos termos do art. 5º, XIV, da Constituição de 1988, “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Conquanto deva coexistir com as hipóteses de sigilo, o direito à informação há de prevalecer nas situações que, não dizendo respeito, única e exclusivamente, à intimidade alheia e à subsistência do Estado, possam gerar reflexos diretos na esfera jurídica dos demais componentes do grupamento.

42 “Mudança de sexo. Averbção no registro civil. 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbro, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 3ª T., REsp. nº 678.933/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 22/03/2007, DJ de 21/05/2007). 43 Código Civil, arts. 1557, I e 1560, III.

Observa-se, no entanto, que a questão, por vezes, é contextualizada tão-somente na esfera jurídica daquele que logrou êxito em alterar o nome e o sexo, sendo ignorada a funcionalidade do registro público e o potencial interesse da coletividade⁴⁴.

Epílogo

O reconhecimento do transexualismo enquanto patologia e a correlata necessidade de o Poder Público possibilitar, àqueles que dela necessitem, a realização gratuita da cirurgia de transgenitalização, é medida necessária e imprescindível à preservação do núcleo duro da dignidade humana. Alteradas as feições anatômicas do órgão genital, é a dignidade humana, mais uma vez, à míngua de autorização normativa expressa, direcionará os órgãos jurisdicionais na apreciação do pedido de alteração, no registro civil das pessoas naturais, do prenome e do sexo originários. Na medida em que o registro reflete um referencial de informação e de publicidade, estando necessariamente lastreado nos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, será necessária a averbação, à margem do registro, de observação informando que as alterações foram promovidas por força de ordem judicial.

**Publicado originalmente na Revista nº 37 jul./set. 2010, p. 71.*

44 O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que das certidões do registro público competente não deve constar que a alteração de nome e de sexo é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual (3ª T., REsp. nº 1.008.398/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15/10/2009, Inf. nº 411). No mesmo sentido: “*Processual Civil. Apelação Cível. Transexualismo. Alteração do Nome e Sexo do Apelante em Registro Civil. Jurisprudência Majoritária. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Provedimento. I. A apelação deve ser conhecida, pois tempestiva e de acordo com determinações legais. II. Apelante submeteu-se à intervenção cirúrgica para mudança de sexo e possui fenótipo feminino, além de condição psicológica de mulher. III. Princípio da dignidade da pessoa humana tem vertentes na questão da cidadania, da personalidade e da saúde (física e psíquica), possibilitando, com alicerce em jurisprudência majoritária, o provimento do pleito. IV. Em vistas da dignidade e da privacidade do apelante, não se deve fazer averbação da alteração; V. Decisão Unânime*” (TJPA, 3ª Câmara Cível Isolada, Proc. nº 2007.30049340, rel. Des. Leonam Gondim da Cruz Júnior, j. em 05/03/2009, DJ de 09/03/2009).

UNIDADE FUNDAMENTAL DA ÉTICA, SOB AS FORMAS DA MORAL E DO DIREITO**

GIORGIO DEL VECCHIO*

As discussões, particularmente vivas no século XIX e nos primeiros decênios do nosso, acêrca dos caracteres essenciais do Direito e de sua distinção em relação à Moral, não foram vã logomaquia, mas conduziram a importantes resultados, hoje aceitos unânimemente. As discussões que ainda permanecem, não dizem respeito aos conceitos fundamentais, mas a questões particulares, sôbre as quais os esclarecimentos trazidos deixam entrever a possibilidade de soluções definitivas.

Talvez não seja inútil resumir, ainda que brevemente, os resultados obtidos, abordando, também, as questões ainda em aberto.

As normas jurídicas, tal como as morais, têm um caráter deontológico, isto é, exprimem um *dever ser*, distinguindo-se, por isto, nitidamente, dos dados das ciências físicas. As tentativas, muitas vêzes repetidas, de fundar a Ética sôbre as leis físicas, podem ser consideradas como fracassadas.

Se a Moral e o Direito dizem respeito ao agir, pertencem, igualmente, à Ética (entendida ou entendido o vocábulo em sentido *lato*), constituindo, exatamente, seus dois ramos.

Ambas as espécies de normas consideram as ações humanas em sua integridade; está claramente demonstrada a erronia daquelas doutrinas segundo as quais a Moral consideraria, sômente, os motivos, e o Direito, apenas os efeitos externos das ações.

O caráter imperativo tanto é próprio do Direito, quanto da Moral; e também as assim chamadas normas permissivas participam dêste caráter, na medida em que sejam limites ou exceções de outras normas ou determinem obrigações alheias.

A diferença entre a Moral e o Direito não consiste, portanto, na diversidade do objeto, nem de seu significado geral; mas explica-se, por êste motivo, que o agir pode ser regulado, de dois modos diversos: conforme se considerem as ações com respeito ao sujeito que deva cumpri-las, ou em relação às dos outros. Daí, a subjetividade ou unilateralidade dos preceitos morais, e a objetividade ou bilateralidade dos preceitos jurídicos.

A distinção entre as duas formas não significa, porém, contraste ou contradição; em um sistema ético qualquer, ao dever moral não pode deixar de corresponder a licitude ou obrigatoriedade jurídica, sendo, pois, sempre possível o cumprimento de ambas as determinações do agir. Pode, portanto, afirmar-se uma coerência fundamental entre si.

Se a Moral e o Direito não têm, apenas, um valor ideal, mas também uma existência histórica e positiva que se desenvolve no curso do tempo, há, em suas determinações, um elemento de relatividade e de mutabilidade; mas isto não impede que, como exigências categóricas do espírito, tenham, todavia, um elemento de absoluto. Sôbre êste ponto existem, ainda, algumas dissensões.

* Professor Emérito da Universidade de Roma.

** Trabalho publicado na *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, julho-setembro de 1966, pág. 577 e segs. Tradução de Sergio de Andréa Ferreira.

Enquanto a Moral pode viver em estado difuso, ainda sem formulação escrita, o Direito, devendo assinalar um limite entre as ações de vários sujeitos, requer determinações certas e precisas. Por isto, suas modificações resultam mais evidentes, especialmente no suceder-se das leis do Estado. Mas o Direito não emana só do Estado, mas ainda das entidades extra-estatais e supra-estatais e das organizações que surgem no próprio âmbito do Estado. Precisamente dêste fato derivam as complicações e os problemas da vida política.

A forma lógica da juridicidade não deve ser confundida com a positividade, que tem vários graus e pode, igualmente, faltar ou cessar, como é o caso dos projetos de leis e das leis revogadas, que pertencem, todavia, à categoria lógica do Direito.

O Estado outra coisa não é que o sistema jurídico que alcançou o maior grau de positividade. Mas convém reagir contra o conceito de que positividade e estatismo sejam elementos essenciais do Direito, embora tenham, certamente, grande importância, sobretudo quando se trata da aplicação judicial.

Vem de antiga data o problema de se, além do direito positivo, subsiste aquele que, por milenária tradição, se qualifica como direito natural, ou seja, fundado sobre a natureza (espiritual e racional) do homem. Não obstante algumas oposições, a solução afirmativa dêste problema tem sido firmemente sustentada, também, pela recente Filosofia do Direito, com a retificação de alguns erros nos quais incorreram, em séculos passados, alguns fatores da mesma solução. Não cessaram, todavia, as disputas em torno dêste problema, sendo, porém, notável o fato de que a validade do direito natural tem sido expressamente reconhecida pelos povos mais civilizados, nas suas constituições e, também, em solenes documentos internacionais.

* * *

Entre a Moral e o Direito não existe, apenas, coerência, pela razão acima, mas também integração recíproca, pois que nem uma nem outra forma é, por si, suficiente para reger, completamente, as ações humanas. Mesmo supondo-se que todos os deveres morais fôssem cumpridos, e nenhum ilícito cometido, o Direito não estaria morto, pois suas sanções permaneceriam virtualmente válidas para a hipótese de possíveis transgressões. A coercibilidade própria do Direito, ou seja, a faculdade de impedir o ilícito, logicamente subsiste, ainda quando o cumprimento espontâneo ou circunstâncias de fato a tornam supérfluas ou de impossível atuação. Resolvem-se, assim, as objeções levantadas por algumas escolas, acerca dêste caráter do Direito.

A insuficiência do Direito como regra de vida decorre, claramente, de sua natureza limitativa. Ele traça uma esfera do lícito, mas não diz como, dentro desta, deve ser exercido o arbítrio humano. O acerto no uso da faculdade pode e deve ser prescrito pela Moral, que é, portanto, uma integração necessária do Direito.

As próprias normas jurídicas referem-se, não de raro, às normas morais, trazendo-lhes o complemento de que precisam. Por exemplo, o Código Civil, ao impor ao genitor a obrigação de educar e instruir a prole, declara que “a educação e a instrução devem ser de acôrdo com os princípios da Moral” (art. 147). Aos “deveres morais ou sociais” refere-se, ainda, o art. 2.034 do Código Civil; enquanto o art. 440, a propósito da obrigação de alimentos, declara que êstes podem ser reduzidos “pela conduta desordenada ou reprovável do alimentado”. Como formar-se um julgamento a respeito, senão na base de um critério moral?

Como o Código Civil (arts. 1.343 e 1.354) e as Disposições sôbre as leis em geral (art. 31), também a Constituição refere-se, repetidamente, aos “bons costumes” (arts. 19 e 21), conceito evidentemente moral, o mesmo ocorrendo com o “senso de humanidade”, que é referido a propósito das penas (art. 27). Supérfluo seria aduzir outros exemplos.

Os princípios morais, assim sumàriamente aludidos nas leis jurídicas, deveriam encontrar amplo desenvolvimento e ilustração, nos tratados de Moral, inclusive para facilitar a interpretação daquelas. Mas tal ocorre em grau muito pequeno.

Por muitas razões, seria desejável que os princípios morais, com tôdas as suas aplicações particulares, fôsem objeto de claras exposições, seja sob forma elementar, apropriada à escola primária, seja em trabalhos mais elaborados e profundos, para uso das escolas superiores e para a educação pública em geral. As virtudes da caridade, da prudência, da fortaleza, da temperança deveriam ser explicadas em todo seu significado correto, considerando-se os problemas atuais da sociedade humana. Outrossim, a idéia de justiça deveria ser discutida e ilustrada em seu sentido mais amplo, pelo qual supera as normas vigentes, e pode, por vêzes, promover progressivas reformas.

Em verdade, os deveres morais são, de certo modo, ensinados ao povo pelas famílias, e, igualmente, pelas autoridades religiosas, o que é muito prudente, porque, sem isto, faltaria, em especial às crianças, uma orientação precisa no discernimento entre o bem e o mal, e um freio, no nascedouro, dos impulsos das paixões. Mas cumpre notar que, recentemente, se introduziu, nos programas de algumas escolas, o ensino de educação cívica.

Mas isto, certamente, não basta para preencher a grave lacuna de nossos ordenamentos escolares. Se o ensinamento familiar e o religioso são, freqüentemente, insuficientes e falhos, em especial em algumas regiões e classes sociais, por circunstâncias de natureza econômica e por outras causas, o Estado, e, abaixo dêste, as Comunas, embora deixando livre o campo ao magistério da Igreja, devem organizar seus próprios institutos escolares, sempre, com respeito à liberdade das confissões religiosas, garantida pela Constituição. E uma vez que a própria Constituição impõe a obrigação (infelizmente, nem sempre cumprida) de instrução por, pelo menos, oito anos, o ensino da Moral deveria estender-se a tôdas as escolas médias, como também não deveria faltar nas academias superiores, de forma apropriada. Particularmente necessário, em minha opinião, seria um curso de Ética ou Moral, nas Faculdades de Direito, pela razão acima.

Igualmente, o ensino do Direito deveria, segundo penso, ser introduzido em tôdas as espécies de escolas, ressalvadas, sempre, as devidas diferenças de método e de programas, segundo os diversos graus. É realmente deplorável que, consoante os ordenamentos vigentes, se possa completar cursos, até o doutorado, em várias matérias, sem ter aprendido, nem ao menos, os rudimentos do Direito, isto é, as normas que cada um deve observar na sua atividade de homem e de cidadão.

* * *

Uma última observação seja-me permitido acrescentar, a título de *execursus*. As auspiciosas reformas tornarão sempre mais oportuno o restabelecimento do estudo do Latim, com métodos mais eficazes e menos restritivos, do que os usados

no passado. Documentos de suma importância em língua latina, quer referentes à educação moral, quer à ciência jurídica, deverão ser tornados, o mais possível, conhecidos. Cumpre, talvez, recordar que o Latim não é, apenas, a língua oficial da Igreja, mas o idioma clássico do Direito e de toda a civilização romana, da qual nós somos os herdeiros e os continuadores. Para promover e facilitar a leitura dos textos, no ensino deveria dar-se importância não só às regras de gramática, mas também, e sobretudo ao conhecimento dos vocábulos; e não se deveria limitar o estudo, apenas, ao Latim da Idade Áurea, mas considerar, também, o da Idade de Prata e o Medieval. Por que desprezar o Latim do *Corpus Juris* e o de todos os luminares da Igreja, o de Dante e Petrarca? Uma reforma racional, neste campo, seria efetivo subsídio às outras sobre as quais discorreremos acima.

**Publicado originalmente na Revista nº 3 set./dez. 1967, p. 3.*

VISÃO CIENTÍFICA DO AMBIENTE CARCERÁRIO

JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR*

Muito se tem falado dos efeitos negativos do encarceramento, porém pouco se conhece sobre as reais características do ambiente carcerário e, especialmente, sobre as causas individuais e coletivas determinantes desses efeitos.

Foi por isso que, após alguns anos de direção penitenciária e baseados em observações pessoais, amadurecidas pela reflexão, nos dispusemos a tentar, neste artigo, esboçar uma descrição e uma interpretação para esse fenômeno tão chocante para nossa civilização que é a selvageria do ambiente carcerário.

A ciência penitenciária, para fugir à chamada “psicose carcerária” produzida pelo longo recolhimento celular, solitário, “evoluiu” para o sistema de “vida em comum” no interior dos estabelecimentos de execução penal. Esse sistema, entretanto, provocou outros efeitos lastimáveis e de outra ordem como: o “governo” dos mais fortes e perigosos sobre os demais prisioneiros, a homossexualidade generalizada e o “código de honra da prisão”, transformando, assim, aquilo que deveria ser uma escola de adaptação social em verdadeira “universidade do crime”, onde os “velhos cadeiros” são os professores e os processos criminais “o diploma”, como se costuma dizer.

Entendemos que esses efeitos negativos decorrem do fato de que a prisão é, em si mesma, uma instituição intrinsecamente nociva. Mas se essa nos parece uma realidade inofismável, uma outra realidade também se nos afigura, qual seja a de que as elites governantes não estão, ainda, dispostas a substituir as penas privativas de liberdade por outras medidas mais eficazes como, por exemplo, as penas restritivas da liberdade concebidas pelo gênio inigualável de *Roberto Lyra*.

As prisões, a despeito de todos os seus males, apesar de seus horrores, parecem resistir às investidas do espírito científico, tornando-se cada vez mais numerosas e, como seria de se esperar, superpovoadas.

Assim, aqueles que, como nós, não acreditam mais nela, não podem depor o estandarte de luta e, por isso, cada vez mais devem vir ao mundo na inteligência, à tribuna científica, para vulgarizar as experiências, para tentar quebrar as barreiras do misoneísmo reacionário.

Durante 3 anos dirigimos duas das mais importantes prisões do antigo Estado da Guanabara e, durante esse tempo de convívio permanente com a “massa” carcerária, tivemos oportunidade de recolher dolorosas observações, que tentaremos traduzir neste artigo, procurando, na medida do possível, repetir as

* Procurador de Justiça (aposentado) no Estado do Rio de Janeiro, Professor Convidado de Direito Penal da UNIGRANRIO; Doutor em Direito e Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor *Honoris Causa* da Universidade Inca Garcilaso de la Veja (Lima – Peru). Professor Convidado das Universidades de: Pau e da Região de Audour (França), Castilla La-Mancha, Alcalá, Salamanca e San Sebastián (Espanha), Gdansk (Polónia), Inca Garcilaso de la Veja (Peru), Federal do Rio de Janeiro, Federal do Paraná, Federal do Rio Grande do Sul, Estadual de Maringá, Estadual de Londrina, Católica do Rio Grande do Sul; Secretário Geral Adjunto da Association Internacionale de Droit Pénal; Direito do Centro Internazionale Richerche Giuridiche Iniziative Scientifiche (Itália); Presidente do Conselho Consultivo do International Center of Economic Penal Studies (USA).

expressões usadas pelos prisioneiros para definir as situações observadas a fim de permitir ao leitor uma impressão mais viva e autêntica e, também, porque essas expressões, em sua brutalidade e crueza, revelam uma realidade que, sem elas, não seria muito fácil perceber.

Bem sabemos que outros especialistas denominam o método que iremos empregar como aquele das “observações subjetivas” e, portanto, empírico.

Essa é, por exemplo, a opinião de *Henri Ellenberger*, para quem o estudo das prisões pode ser abordado através de:

- A) métodos empíricos;
- B) estudo comparado da prisão com outros meios fechados;
- C) pelo estudo ecológico, baseado nas noções adquiridas pela psicologia comparada do comportamento animal e humano.

Empírico ou não, entendemos que o método de descrição de nossas observações, após longo tempo de amadurecimento, servirá como contribuição para conhecimento de nossa realidade carcerária e, quem sabe, para alertar, a quem de direito, para as necessárias modificações no panorama futuro da pena privativa de liberdade.

Assim, estamos dispostos a tentar descrever algumas reações que se manifestam logo em seguida ao encarceramento do homem e tentar, também, isolar os fatores que concorrem para essas reações e determinar os efeitos específicos de cada um desses fatores. Com isso esperamos não só realizar um trabalho criminográfico, como diria *Afrânio Peixoto*, mas, também, científico.

Note-se que as observações a serem descritas não são fruto de estudo realizado em um único estabelecimento prisional, mas sim em dois, de características absolutamente distintas. De um lado o Instituto Esmeraldino Bandeira, ao tempo, estabelecimento de segurança média, provido de alojamentos com capacidade para 33 prisioneiros e com uma população de 1.336 internos. De outro lado, o Instituto Penal Lemos Brito, prisão de segurança máxima, destinada a tratamento pré-comunitário, guarnecida com células e com uma população carcerária, nesse tempo, de 850 homens, em média.

Nessas condições, a visão não é unilateral, nem serão realizadas generalizações perigosas, partindo-se de um só tipo de instituição. Por outro lado, as observações, por estarem sendo traduzidas após longo tempo de afastamento da atividade penitenciária direta, foram passadas pelo crivo de uma autocrítica severa, a fim de escoimá-las de possíveis impregnações de vaidade ou de autodefesa.

Os estudos realizados em cada um desses estabelecimentos foram posteriormente analisados levando-se em consideração duas ordens de fatores: de um lado os relativos ao indivíduo observado; de outro as características dos estabelecimentos onde se encontravam recolhidos.

Quanto aos primeiros, foram levados em consideração:

- A) as características individuais dos observados;
- B) o tempo de prisão de cada um deles.

Quanto ao segundo grupo de fatores:

- A) as características arquitetônicas do estabelecimento;
- B) os fins de tratamento a que se destina a instituição;
- C) as características administrativas do estabelecimento.

Foram levadas, ainda, em conta, embora secundariamente: a área de cada um dos estabelecimentos em relação ao número de internos nele recolhidos; a quantidade e qualidade do pessoal de vigilância e tratamento e as possibilidades de comunicação com o mundo exterior.

Feitos esses esclarecimentos, passemos à descrição do que foi observado.

A ATITUDE INICIAL

Notamos uma atitude comum em todos os condenados recém-internados em ambos os estabelecimentos pesquisados: os primeiros tempos de internação são caracterizados por um isolamento voluntário, quer em relação aos demais internos, quer em relação ao pessoal administrativo. Esse isolamento se traduz por uma expressão sempre muito repetida: “eu vim para a cadeia sozinho, não tenho companheiro de processo”, que exprime, também, a ausência de solidariedade encontrada nas prisões. Cada qual cuida de si, pouco importando que isso prejudique ou não outro preso. O egoísmo é, geralmente, levado às suas últimas conseqüências e os condenados em co-autoria, em regra, não convivem bem. Se a solidariedade no crime importa em solidariedade na pena e no processo, desaparece na execução.

Essa atitude de isolamento e essa ausência de solidariedade parecem ser conseqüências de uma exacerbação do instinto de conservação, sob duplo aspecto: a tendência de fuga diante do perigo e a necessidade de buscar refúgio mais ou menos sólido para resguardo da intimidade.

A necessidade de um refúgio se mostrou mais intensa nos internos observados no Instituto Penal Esmeraldino Bandeira, tudo indica em razão dos alojamentos serem coletivos e as instalações sanitárias de uso comum.

Os recém-internados, de regra, eram vistos isolados pelos pátios, sempre com as costas voltadas para as paredes; nas filas do “rancho” ocupavam os últimos lugares e nos alojamentos procuravam sempre obter as camas mais próximas das “vigias”. Os jovens procuravam usar os sanitários durante a madrugada, sendo que alguns evitavam tomar banho.

Somente nas oficinas de trabalho, onde a vigilância era mais intensa, notava-se um comportamento menos tenso, embora sem descontração.

Esse comportamento era notado até mesmo em relação aos reincidentes e aqueles que, já presos há algum tempo, vinham transferidos para o estabelecimento.

Na penitenciária Lemos Brito, onde cada interno dispõe de alojamento individual (cubículo), o fenômeno foi também observado.

O medo é uma constante, daí procurarem os recém-internados a solidão como forma de fuga à agressividade do ambiente.

Por outro lado, os internos mais antigos não procuram uma aproximação com o recém-chegado, que é olhado com desconfiança. Nas oportunidades de convivência, os prisioneiros mais antigos procuram testar o novato a fim de saber se este é um “linha de frente” ou um “fim de comédia”, se um “cagoete” ou um “sujeito firme”, se é dado ao uso de tóxicos, se gosta de jogar, se é dado à homossexualidade ou “se está a fim de puxar sua cadeia e ir embora”.

Esses “testes”, que na linguagem dos homens presos denominam-se “pagar uma sugesta”, são mais graves e sérios em matéria sexual. Daí o grande número de lesões corporais e até mesmo homicídios em que se vêem envolvidos os presos recém-internados. A estes, via de regra, diante do assédio de que são vítimas, resta uma das 3 atitudes:

- A) sucumbir;
- B) resistir mais ou menos violentamente;
- C) apelar para a proteção da administração.

A submissão ao apelo sexual dos demais internos importará, para o novato, no ingresso na classe, como veremos mais adiante, dos dominados. Em consequência, ou ele se unirá a um “linha de frente” que se tornará seu protetor, ou então se transformará em pasto para a lascívia da maioria.

A reação é a atitude mais freqüente. Em geral basta a assunção de uma atitude de vigilância, com a demonstração de que o assediado está disposto a correr todos os riscos. Em alguns casos, entretanto, especialmente com jovens, é necessário o recurso à violência física. Essa reação resultará na parada imediata do assédio, passando aquele que reage a ser respeitado por ser um “sujeito de atitude que não acredita em sugesta”.

Na terceira hipótese o novo interno busca socorro junto à administração do estabelecimento. Com isso infringirá o “código da prisão” e será um homem marcado. Será um “cagoete” e, por isso, desprezado por todos, até mesmo por certos agentes de vigilância.

Podemos dizer que o período inicial de adaptação ao ambiente carcerário se encerra com a vitória sobre a brutalidade e, dependendo da atitude tomada inicialmente, o novel condenado assumirá uma determinada posição dentro da organização dessa sociedade *sui generis* que é a comunidade carcerária.

A ORGANIZAÇÃO DA “SOCIEDADE CARCERÁRIA”

Vencida a primeira batalha, a de rompimento do assédio sexual, o homem preso pode ter um pouco mais de tranqüilidade, embora isso não queira significar que esteja em segurança. Sua vigilância não poderá ser abandonada, bem como deverá ser redobrada nos dias que antecederem à libertação.

Nessa segunda fase da vida carcerária, observa-se, paralelamente ao instinto de conservação, uma segunda manifestação instintiva: a de dominação e de subordinação. Isso se manifesta através da formação espontânea de uma hierarquia no seio do grupo.

Destaque-se que, na comunidade carcerária, os freios culturais que, de regra, mitigam essa manifestação instintiva, atuam com melhor eficiência. Isso porque o recolhimento carcerário faz desaparecer as diferenças sociais decorrentes da posição profissional, do nível intelectual, da condição econômica. Todos mais ou menos se nivelam pelo denominador comum de uma condenação criminal.

É verdade que o rigor da atividade administrativa da direção do estabelecimento penitenciário pode, de alguma maneira, diminuir os efeitos negativos dessa organização espontânea, porém não logra fazer com que desapareça.

Essa organização hierárquica espontânea conduz à formação de um “código de prisão” que regula as relações entre os diversos prisioneiros. Esse “código” outra coisa não quer significar senão o exercício do poder de dominação do mais forte sobre o mais fraco.

Como dissemos no início deste capítulo, a distribuição dos internos pelas diversas categorias da hierarquia carcerária decorre, em geral, da atitude inicialmente tomada quando do período inicial de adaptação “ecológica”.

Assim, os mais fortes, os mais perversos, passam a congregam em torno de si indivíduos mais fracos carentes de proteção, verdadeiros súcubos. Esses mais fortes, denominados “linhas de frente”, ocupam posição de liderança que lhes permite, sem muitos riscos, praticar a homossexualidade violenta, controlar as “transações” (comércio ilícito), ocupar os melhores alojamentos, as melhores condições de trabalho, os primeiros lugares na fila do “rancho”, ou ter alguém que lhe vá levar a comida na própria célula.

Esses líderes não são vistos com freqüência no meio da “massa” carcerária e, quando tal acontece, estão geralmente acompanhados por uma espécie de vice-líderes, que lhes guardam as costas.

São presos considerados como de “bom comportamento” a despeito de serem, sabidamente, aqueles que negociam com o tóxico, que praticam a agiotagem, que bancam o jogo. É que nunca agem pessoalmente e sim através de seus “cavalos”, ou seja, as pessoas mais inferiores dessa escala social.

Na penitenciária Lemos Brito, os “linhas de frente”, em geral, quando de nosso ingresso na direção do estabelecimento, estavam classificados para o trabalho como “faxinas de galeria”, ou seja, eram as pessoas encarregadas de zelar pela higiene das galerias de células, bem como exerciam ali uma atividade para-administrativa, qual seja a de manter a disciplina local. Em outras palavras, os cordeiros estavam sob a vigilância do lobo. A atividade como “faxinas de galeria” permitia a esses líderes um afastamento do convívio dos pátios e das oficinas de trabalho, bem como ocupar verdadeiros postos de observação, através dos quais controlavam as atividades de seus comandados e as dos agentes de vigilância.

O “código da prisão” outorga outros privilégios. Assim, durante os dias de visitas os líderes ocupam os melhores lugares, o mesmo ocorrendo durante as sessões de cinema e outros espetáculos no auditório; suas roupas são lavadas e passadas em caráter especial por alguns de seus submissos; seus alojamentos são bem arranjados e, no Instituto Penal Esmeraldino Bandeira, ocupavam as últimas camas dos alojamentos; nos pátios contam sempre com “serviçais” que para eles vão à cantina fazer compras.

O grupo oposto ao dos “linhas de frente” é formado por uma multidão de submissos, composta por pederastas passivos, vendedores de maconha, jovens amedrontados carentes de proteção e outros indivíduos que, embora não ligados diretamente aos líderes, deles têm medo e toleram seus saques e sua prepotência: são os chamados “pés inchados” ou “fim de comédia”. Estes, em geral, apresentam uma personalidade abúlica, deixando-se levar ao sabor das influências de seu “linha de frente”.

Há, finalmente, um grupo intermediário, que procura conviver com os extremos, sem, contudo, a eles se vincular. Entre estes a atitude psicológica é de insegurança, agitação, ansiedade e agressividade. São os que mais sofrem, porque, se de um lado não têm condições para a liderança, ou, se têm, não querem exercê-la, de outro lado não suportam a subserviência. São estes que, como se costuma dizer, “carregam a cadeia nas costas”, pois são os que mais trabalham e, geralmente, nos piores lugares, fazendo-o voluntariamente, já que com isso se afastam, tanto dos líderes, como de seus pegajosos súcubos. Nesse grupo encontramos desenvolvido o instinto de conservação, sob o especial aspecto de buscarem áreas privadas de isolamento, uma espécie de território neutro numa área de guerra.

Estes aspectos da subcultura carcerária, que nos pareceram produto de reações instintivas, não se modificaram nem mesmo quando, na então Penitenciária Lemos Brito, foi recebido um grupo de quase cem homens condenados por crimes militares. Estes homens traziam características culturais diferentes, por não se tratar de criminosos comuns e, sim, de condenados por atos violadores da legislação militar com caráter mais ou menos político.

Era de se esperar que o ingresso de um contingente tão grande de pessoas, com aspectos culturais diferentes, produzisse uma mudança na ecologia carcerária. Entretanto, o panorama não se modificou, sendo certo que alguns deles chegaram às lideranças, enquanto a maioria permaneceu em posição intermediária, havendo alguns tantos que se tornaram ocupantes da mais baixa escala social carcerária.

Fenômeno interessante ocorreu com esse grupo. Foi observado que entre eles se formou, também, uma hierarquia espontânea, embora mitigada pelas influências sociais. Mudando o que precisa ser mudado, ocorreu com esse grupo de ex-marinheiros o mesmo fenômeno observado com os presos comuns. Ocorreram atos de homossexualidade, de violência, de dominação e de submissão.

Verifica-se, assim, que a exacerbação da conduta instintiva é conseqüente da prisão em si mesma, sendo certo que nem as mudanças introduzidas por um sistema de tratamento ministrado por pessoal especializado logrou resultado positivo.

OS EFEITOS DO TRATAMENTO SOBRE O AMBIENTE

Feitas essas observações, procuraremos, agora, demonstrar quais foram os efeitos de um tratamento tecnicamente aplicado, sobre a ecologia carcerária.

Mudanças radicais foram introduzidas nos estabelecimentos estudados, no sentido da aplicação de um tratamento penitenciário próximo dos melhores padrões. Com essa finalidade, pessoal especializado foi admitido, tanto nas áreas de vigilância, como nas de aplicação específica do tratamento: professores, assistentes sociais, psicólogos, médicos, psiquiatras e outros especialistas foram chamados à atividade;

até mesmo mudanças arquitetônicas foram introduzidas com o fim do tratamento proposto. Em suma, um completo programa de ressocialização foi posto em prática.

Tão logo esse programa foi iniciado, passamos a observar seus efeitos sobre os fenômenos já anteriormente estudados e, aqui, já sumariamente descritos. Buscávamos encontrar uma modificação profunda nas relações entre os internos em função do ambiente, que se supunha modificado.

Em verdade, o esforço foi em vão, pois o que ocorreu foi, não a extinção dos fenômenos negativos já mencionados, mas, tão-somente, uma mudança de forma, ou seja, uma adaptação à situação nova.

As manifestações instintivas continuaram presentes embora policiadas. O assalto sexual violento diminuiu de freqüência, mas não em razão de considerações superiores, e sim por força da severa vigilância. As lideranças subsistiram, modificadas, é verdade, porém com os mesmos efeitos de degradação.

Assim, os “linhas de frente” deixaram de ser “faxinas de galerias”, mas nas oficinas onde foram trabalhar obrigatoriamente, após um período de tentativa de sabotagem, passaram a exercer as atividades mais nobres, por assim dizer, enquanto que os submissos realizavam as “faxinas” menos consideradas. Numa sapataria, por exemplo, os líderes trabalhavam nas melhores máquinas e sempre naquelas onde fosse mais fácil, numa emergência, apossar-se de um instrumento que pudesse ser utilizado como arma, como uma faca de sapateiro, por exemplo. Além disso, seus protegidos formavam, ou melhor, procuravam formar uma barreira à vigilância em torno do chefe.

Nas filas do “rancho” os líderes não mais podiam, como ocorria outrora, passar à frente dos demais; no entanto, para resguardar sua autoridade, muitas vezes deixavam de comparecer aos refeitórios, alimentando-se de extraordinários na cantina do estabelecimento, ou provocavam um atraso para não se sujeitarem à fila, ou, ainda, mediante eventual suborno, obtinham que sua alimentação fosse levada até sua célula.

Os homossexuais passivos, anteriormente negligentes em suas funções e escandalosos em suas atitudes, passaram a trabalhar sistematicamente, porém, após algum tempo, estavam reunidos, trabalhando na lavanderia do estabelecimento e durante o trabalho cantavam, qual as “lavadeiras do Tejo”.

Os viciados e vendedores de maconha e outros tóxicos, os agiotas, os jogadores, mais vigiados agora, não pararam com suas “transações”, apenas passaram a usar de expedientes mais sofisticados.

A violência sexual se transformou em homossexualidade consentida, de controle mais difícil, mas o assédio inicial continuou.

A única vantagem verdadeiramente sentida foi por parte do grupo intermediário, que passou a ter uma vida mais descontraída, mas, mesmo assim, a tendência ao isolamento perdurou.

As tentativas de fuga, a despeito da maior vigilância, se tornaram freqüentes, bem como a violência física.

CONCLUSÃO

Essas observações nos conduzem a concluir que, embora a organização de um sistema de tratamento sério e bem orientado, que leve em conta as condutas instintivas e até delas se sirva, como meio de tentar modificar a realidade ambiental no interior das prisões, possam conduzir a uma melhora para as condições de vida dentro da comunidade carcerária, essa melhora está, ainda, muito longe de realizar os objetivos da pena.

Servem, também, para demonstrar que o mal está na prisão em si mesma e na necessidade urgente de encontrarmos outros instrumentos de luta contra a criminalidade, diversos da privação de liberdade.

O dia-a-dia das prisões é a prova mais eloqüente da falha da pena privativa de liberdade como meio de combater as violações criminosas do dever social.

Por isso, enquanto esse ideal de extinção da pena privativa de liberdade não chega, porque não se ter a coragem de tentar diminuir os efeitos negativos da prisão pela adoção da substituição provisional da pena?

Por que um Código de Execuções, como o concedido pela inteligência inesgotável de *Roberto Lyra*, continua esquecido e, até mesmo, ignorado?

Num momento como o atual, quando se chega ao extremo da discriminalização, quando se procura endeusar o paliativo da prisão albergue, por que não se ter a coragem de, reconhecendo a realidade, dar um passo adiante, em direção ao futuro? Foi assim com a pena corporal, foi assim com a pena de galés, será assim com a pena privativa de liberdade. Será mera questão de tempo.

A matéria está na ordem do dia.

**Publicado originalmente na Revista nº 8 jul./dez. 1978, p. 48.*

A JUSTIÇA NO LIMIAR DE NOVO SÉCULO*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**

1. Se tinha razão Chesterton – e as últimas décadas falam em seu favor – quando escreveu que a única lei da História é o imprevisto, nenhum exercício de futurologia pode credenciar-se a ser mais que fútil e inconseqüente passatempo, próprio, quando muito, para preencher o vazio de tarde chuvosa de sábado. Nalguns casos, porém, não parece temeridade excessiva arriscar - em termos genéricos, é claro, e com as ressalvas impostas pela prudência - um esboço de prognóstico. Atrevo-me, pois, a predizer que o ritmo das transformações, já vertiginoso nestes nossos dias, se acelerará mais e mais daqui em diante, e cada vez menor será o espaço de tempo necessário para que a imagem do planeta se torne irreconhecível a quem quer que temporariamente se distraia da observação atenta do cotidiano.

É difícil conceber que, modificando-se tudo, e com velocidade sempre ascendente, só a Justiça deixe de modificar-se. Basta considerar a imensa probabilidade de que continuem a avolumar-se, indefinidamente, os desafios com que ela se defronta. O simples aumento da população, que entre nós nada faz crer que se detenha a curto prazo, já seria, por si só, causa de sobrecarga de trabalho. Nem se trata, apenas, de levar em conta a progressiva elevação do número de habitantes: na verdade, à medida que se vão disseminando o conhecimento dos direitos, a consciência da cidadania, a percepção de carências e a formulação de aspirações, correlatamente emerge, na população já existente, a demanda até então contida, sobe a percentagem dos que pleiteiam, reclamam, litigam; e, por maior relevância que possam assumir outros meios de solução de conflitos¹, seria perigoso apostar muito na perspectiva de um desvio de fluxo suficiente para aliviar de modo considerável a pressão sobre os congestionados canais judiciais. Somem-se a isso fatores como a crescente complexidade da vida econômica e social, o incremento dos contactos e das relações internacionais, a multiplicação de litígios com feição nova e desafiadora, a fazer aguda a exigência de especialização e de emprego de instrumentos diversos dos que nos são familiares, e ficará evidente que não há como fugir à necessidade de mudanças sem correr o risco de empurrar para níveis explosivos a crise atual, em certos ângulos já tão assustadora.

* Texto de conferência pronunciada em 22.10.1992, em São Paulo, no Congresso de Direito do Trabalho, promovido pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região.

** JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ e Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1 Vem merecendo grande atenção, nos últimos anos, o tema dos meios "alternativos" de composição de litígios (que não se confunde com o do chamado "direito alternativo"). Dele se cuidou, por exemplo, no Congresso da Associação Internacional de Direito Processual de 1987, em Utrecht (*vide* o relatório brasileiro, de ADA PELLEGRINI GRINOVER, denominado "Deformalização do processo e deformalização das controvérsias", in *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro, 1990, pp. 1275 e segs., e o relatório geral de BLANKENBURG e TANIGUCHI, intitulado "Informal Alternatives to and within Formal Procedures", no vol. *Justice and Efficiency*, editado por WEDEKIND, Deventer - Antuérpia - Boston, 1989, pp. 335 e segs.), e o simpósio realizado em Tóquio, em agosto deste ano, cujo temário, subordinado ao título geral *Civil Justice in the Era of Globalization*, compreendia um tópico dedicado ao assunto e designado como *Dispute Resolutions and Legal Culture*.

Em momentos como este, em que se difunde a convicção da impossibilidade de manter o *status quo*, é importante que se procure fixar com toda a clareza os rumos da reforma desejável. O sentimento de insatisfação, hoje tão patente entre os leigos quanto nos próprios quadros dos que exercem a função jurisdicional, é, em si, sadio e estimulante; mas, como toda disposição espiritual do gênero, sujeita-se ao risco de enganos e desvios, que cumpre a todo custo prevenir. Seria profundamente lamentável que a vontade, tão legítima, de mudar nos induzisse a uma rejeição indiscriminada e irracional dos princípios e valores legados pela tradição, como se a causa das mazelas atuais se devesse enxergar neles mesmos, e não, ao contrário - segundo vem acontecendo, com certeza, em mais de um caso -, na compreensão deturpada, ou na insuficiente atuação, de uns e de outros.

Permitam-me desde logo ilustrar com um exemplo o que desejo expressar. Vai-se tornando moda, em alguns setores, certo desprezo dos aspectos técnicos da ciência jurídica e da arte de julgar. Há quem pretenda ver nas exigências da técnica obstáculo insuperável à realização da justiça - ou, talvez mais exatamente, daquilo que, em determinado instante, e a uma visão subjetiva, pareça ser a justiça. A esta altura, quero crer, dificilmente acudirá a quem se haja dado o trabalho de ler escritos meus a idéia de pedir-me provas da distância a que me encontro do tecnicismo puro. Para mim (e presumo que o mesmo sucederá a qualquer cientista que preze a sua ciência, a qualquer artista que preze a sua arte), a técnica é um instrumento - como tal, útil e insubstituível. Longe de constituir empecilho à consecução dos fins de justiça, a que todo processo deve sem dúvida tender, ela aplanar, quando corretamente manejada, o caminho para aquela meta. Repito: quando corretamente manejada. O problema está, não raro, na inaptidão para manejar a técnica de modo correto. Quando alguém se queixa de que o respeito da técnica leva, em tal ou qual hipótese, à consagração de uma injustiça, ponho-me a conjecturar se na verdade se terão utilizado adequadamente os próprios recursos da técnica, ou se não se terá renunciado cedo demais a explorar-lhe a fundo as virtualidades.

Em matéria de questões processuais, deveria ser óbvio para todos o risco da multiplicação de incidentes, que a inobservância da técnica tantas vezes acarreta, com nefastas conseqüências para a marcha dos feitos e o rendimento do trabalho judicial. Basta pensar nos erros atinentes à competência, ou na omissão em distinguir, sobretudo em julgamentos colegiados, a decisão das eventuais preliminares e a decisão do mérito. De tais equívocos não raro se origina uma caudal de conflitos, recursos e providências análogas, que, reproduzindo-se com a fertilidade de coelhos, acabam por converter o processo em cipoal inextricável, de onde não costumam sair ilesos nem o direito dos litigantes nem o prestígio do Judiciário.

Não cabe supor, assim, que, para corresponder às expectativas da sociedade, tenha a Justiça de prescindir da técnica, ou de relegá-la a plano secundário. Bem ao revés: o que se há de querer é que ela a trabalhe melhor. Sem arvorá-la em fim, é certo, sem sacrificar-lhe tudo, sem perder de vista a sua subordinação a valores mais altos; mas prestigiando, com uma utilização cuidadosa e inteligente, o papel indispensável que ela é chamada a desempenhar na economia do processo.²

² Seja-me lícito repetir e reafirmar aqui o que disse no discurso proferido por ocasião do recebimento da Medalha Teixeira de Freitas, do Instituto dos Advogados Brasileiros, em 24.4.1991, e publicado em *Reflexões sobre direito e sobre processo*, Rio de Janeiro, 1992, p. 3 e segs.: "O tecnicismo exagerado, aprendemos à custa de muitos erros, esteriliza o Direito; o desprezo da técnica o reduz a uma caricatura barata. Tolerar que o Direito seja tratado atecnicamente é abrir a porta ao diletantismo frívolo, quando não ao mais desbragado charlatanismo".

2. Feitas essas observações, para prevenir mal-entendidos, passemos a refletir, ligeiramente, embora, sobre o sentido em que deve orientar-se o movimento reformador da Justiça, se quiser assegurar-lhe, no século que se avizinha, imagem mais lisonjeira do que aquela que a vem caracterizando no século que se despede. Muito do que se possa dizer ao propósito dificilmente evitará o sabor do óbvio, tantas vezes já se procedeu ao inventário das disfunções e à proclamação do receituário tido como adequado.

É oportuno lembrar, desde logo, que a chamada crise da Justiça se alimenta, em dose ponderável, da incapacidade do direito material para governar de maneira efetiva o dia-a-dia da sociedade. À evidência, se as autoridades públicas respeitassem sempre as normas que lhes regulam o exercício das funções, se todos os pais cumprissem à risca os deveres que lhes correm com relação aos filhos, se o mesmo acontecesse com as empresas em face dos empregados, e vice-versa, se nenhum cheque fosse emitido sem provisão de fundos, se ninguém deixasse de pagar impostos nem atentasse contra o patrimônio ou a vida dos semelhantes, infinitamente menor seria o vulto dos problemas que afligem o Judiciário, e o único perigo sério consistiria, para número talvez elevado de juízes, na eventual contingência de ter de arranjar outra ocupação... Acontece que a Constituição e as normas administrativas não bastam para impedir ilegalidades e abusos de poder, nem o Código Civil para garantir a regularidade da vida familiar, nem o Código Penal para obstar a prática de crimes, e assim por diante. De um lado, os seres humanos não são anjos, e circunstâncias bem conhecidas concorrem poderosamente, em nosso país como alhures, para estimular comportamentos irregulares. De outro lado, há os defeitos do ordenamento, a um tempo torrencial e lacunoso, assistemático, obscuro, quando não francamente contraditório, de árdua compreensão até para os profissionais do direito, e *a fortiori* para os cidadãos comuns, submetidos à cruel presunção, ou ficção, do conhecimento, praticamente inacessível à imensa maioria, de uma rede normativa com feição de tenebroso labirinto. Esses, porém, são aspectos que escapam à competência específica dos juízes, enquanto tais, e cuja análise pode e deve ser remetida a outra ocasião.

Resta muita coisa que diz respeito, de maneira direta, ao funcionamento do Poder Judiciário, e não pode deixar de merecer a atenção, e até a preocupação, de quem lhe integre os quadros. A primeira grande dificuldade que se depara, aqui, é a de identificar com precisão os problemas fundamentais e de medir-lhes o alcance. Vivemos, a esse respeito, mergulhados quase sempre no mais fluido impressionismo: todos temos uma infinidade de impressões, que convertemos em outras tantas opiniões, mas poucos podemos ter um número razoável de certezas. Se nos indagarem em que dados objetivos nos baseamos para discutir, por exemplo, o tema da duração dos processos, seremos forçados, de modo geral, a confessar que de quase nada dispomos. O gosto pelos levantamentos estatísticos rigorosos decididamente não faz parte dos hábitos culturais brasileiros, neste como em outros terrenos. Os poucos que existem não costumam despertar maior interesse. Há alguns anos, por proposta minha, e sob a orientação do Desembargador e Professor de Sociologia Felipe Miranda Rosa, realizou-se no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro uma pesquisa, modesta como convém a todo empreendimento pioneiro, destinada a apurar o tempo que se estava empregando no processamento das causas de rito ordinário ou sumaríssimo, aforadas em certo número de juízos da capital, e bem assim, discriminadamente, em cada uma de suas fases principais, no primeiro e no segundo grau de jurisdição. Os resultados, que me pareceram bem sugestivos em mais de um ponto, foram não

apenas estampados no *Diário Oficial*³ — o que afinal de contas não passaria de uma forma de mantê-los praticamente sigilosos... —, mas encaminhados, em publicação especial, aos órgãos representativos das várias categorias ligadas à vida forense, que se presumia estivessem interessados em conhecê-los e analisá-los. No intuito de atrair maior atenção para o assunto, conseguiu-se que jornal de grande circulação divulgasse com relevo entrevista minha a respeito da matéria. A repercussão foi tão intensa como a de um tiro em massa de pastel. Até hoje estamos aguardando algum comentário, e sem dúvida nos alegraria mesmo a crítica mais severa: seria preferível ao silêncio gelado com que se acolheu o trabalho.

Ora, é vão pretender atacar de modo eficaz um mal de que se desconhecem as causas, ou pelo menos o peso relativo de cada uma delas. Corremos o risco de sangrar-nos na veia da saúde, ou de sair de lança em riste a combater moinhos de vento, enquanto deixamos em paz e sossego os verdadeiros inimigos. É certo que a vivência profissional nos revela a fisionomia de alguns. Ninguém que haja militado no foro, em qualquer posição, ignora o que significam, por exemplo, a prova pericial e a liquidação da sentença como fatores de retardamento da prestação jurisdicional. Mas continua a ser verdade que não se pode ter acesso a uma visão completa e exata do quadro, e portanto à possibilidade de formular estratégia global apropriada, sem o diagnóstico preciso da situação, com base em elementos de indiscutível objetividade.

A demora no andamento dos feitos, diga-se de passagem, está longe de constituir problema específico da Justiça brasileira; muito ao contrário, ela atormenta especialistas e leigos em todos os países de que se têm notícia. Quase nenhum congresso, dentre tantos que se vêm promovendo, pelo mundo afora, no campo do direito processual, deixou de incluí-la no temário.

A importantes reformas legislativas do nosso tempo será tudo menos estranho o propósito de desentorpecer a marcha dos processos. Servem de exemplos as levadas a cabo, ainda há pouco tempo, na Alemanha, na Áustria, na Espanha e na Itália, a última das quais deve entrar em vigor no próximo ano⁴. Também no Brasil se está cuidando de simplificar e agilizar o curso dos feitos, por meio de projetos setoriais de reforma do Código de Processo Civil, já convertido em lei⁵ o concernente à perícia, em tramitação avançada no Congresso Nacional o relativo ao agravo de instrumento, prontos ou quase prontos para encaminhamento vários outros, atinentes às comunicações dos atos processuais, à liquidação e a mais pontos considerados de importância nessa perspectiva. Oxalá se consiga, em breve prazo, algum progresso no particular.

É claro, aliás, que isso não depende exclusivamente, e nalguns casos nem sequer principalmente, da modificação da lei processual. Há tópicos em que ela terá, com toda a probabilidade, pequeno ou talvez nulo alcance. Assim, decerto, no que tange ao ingurgitamento dos tribunais superiores, que suscita questões de índole peculiar; mas também quanto a certos aspectos da máquina de primeiro grau, mais diretamente relacionados com particularidades da organização judiciária, cuja disciplina nem sempre obedece a critérios racionais estabelecidos em função das necessidades do serviço, senão que muitas vezes se dobra à influência nefasta de interesses políticos, no sentido menos nobre da palavra, a imporem absurdas distorções. E não é preciso

3 De 20.11.1990, parte III, Suplemento do Tribunal de Justiça.

4 Alemanha: Lei de 3.12.1976 (Vereinfachungs-novelle); Áustria: Lei de 2.2.1983 (Zivilverfahrens-Novelle); Espanha: Lei nº 34/1984, de 6.8.1984, e Lei nº 10/92, de 30.4.1992; Itália: Lei nº 353, de 26.11.1990.

5 Lei nº 8.455, de 24.8.1992.

acrescentar qualquer referência ao fator pessoal: sob o mesmo regime legal, e até sob condições idênticas de trabalho, um órgão desincumbe-se com celeridade de tarefas que noutro se arrastam ao ritmo de lesmas, ou dormem sono prolongado na fila de espera. Muitas ilusões de mudança radical da situação à exclusiva custa de alterações nas regras do jogo têm-se desfeito como bolhas de sabão no choque com a realidade das diferenças qualitativas entre os jogadores. Seja qual for o regulamento, um craque será sempre um craque, e em vão se esperará que outro qualquer cobre faltas ou cabeceie com igual eficiência.

3. Escusado sublinhar que de maneira alguma bastará cuidarmos de tornar mais rápida a Justiça: esse não é senão um item do verdadeiro programa, que há de visar, numa palavra, a torná-la *melhor*. Avulta aqui a importância dos atributos individuais, porque não se concebe a possibilidade de uma boa Justiça, por mais que se aperfeiçoem as leis, sem juizes capazes, honestos e dedicados. Pois bem: um problema puxa outro, e para aprofundarmos o exame deste sem dúvida teríamos de questionar o estado do ensino universitário em nosso país, já que em regra se recrutam os juizes entre os bacharéis em direito, e os bacharéis provêm das universidades. Não é o momento de reeditar críticas que já se vulgarizaram, de tão repetidas, embora nem por isso se percebem sinais nítidos de que os órgãos competentes se dispõem a prestar-lhes grande atenção. Nem parece fora de propósito assinalar que certos remédios a que às vezes se recorre só fazem agravar a enfermidade. Ademais, o baixo rendimento da universidade não comporta explicação cabal unicamente pelos próprios defeitos - numerosos e graves que sejam - imputáveis a ela mesma. Seria injusto esquecer que as carteiras universitárias em geral recebem estudantes insatisfatoriamente preparados nos níveis inferiores, inaptos para enfrentar com seriedade e proveito os desafios do curso de bacharelado. O mal vem de baixo, e em vão tentaríamos corrigi-lo com providências de alcance restrito à derradeira etapa do itinerário escolar. Não desejo ir mais longe para não imprimir tom de plataforma eleitoral a estas reflexões: nada mais distante das minhas cogitações atuais do que uma candidatura a cargo eletivo!

Creio, por outro lado, que seria de todo em todo conveniente submeter à revisão cuidadosa os processos de seleção dos magistrados.

O concurso público continua a ser, sem discussão possível, o método menos imperfeito de apurar o preparo intelectual dos candidatos ao ingresso na carreira. Certames do gênero, entretanto, ainda quando se deixem moldar as provas pela boa técnica e pelo bom senso - o que nem sempre acontece -, nada permitem aquilatar de outros dotes, tão necessários como a posse de conhecimentos jurídicos para o exercício correto da função judicante. O valor dos testes psicológicos que se costumam aplicar é posto em xeque por inequívocas manifestações de desequilíbrio entre os declarados aptos, com frequência muito maior do que permitiria uma razoável margem de tolerância...

As escolas de magistratura, que se vão multiplicando país afora, poderão, se bem orientadas, trazer contribuição de peso à formação dos juizes. Em última análise, contudo, deveria caber à experiência a palavra definitiva: assim como só à luz do rendimento nas pistas ou nas piscinas se pode decidir se vale a pena qualificar um atleta para as provas olímpicas, não existe meio seguro de formar convicção sobre o mérito de um magistrado a não ser a observação do modo como ele julga. Dispõe a Constituição (art. 95, n^o I) que os juizes, no primeiro grau, apenas adquirem a garantia da vitaliciedade após dois anos de exercício; quer, com isso, abrir ensejo a que se evite

a permanência no cargo de quem não tenha, na prática, demonstrado capacidade para bem exercê-lo. Mas a eficiência concreta de tal regra exige que os tribunais, na avaliação de cada caso, se guiem exclusivamente por critérios objetivos, com base em elementos colhidos segundo métodos rigorosos, sem qualquer influência de considerações de outra natureza. Em compensação, também exige que se assegure aos magistrados novos uma oportunidade justa de provar suas qualidades, dificilmente perceptíveis se ele se vir submetido desde o primeiro dia a condições desumanas de trabalho, soterrado sob pilhas gigantescas de autos, despojado dos mínimos requisitos de comodidade, sacudido de um lado para outro pelos azares de rodízio impiedoso, privado do contacto com colegas de maior tirocinio, do acesso a bibliotecas e a outras fontes de consulta, bem como - onde existam - a cursos de aperfeiçoamento, que deveriam ser obrigatoriamente seguidos de tempos em tempos, com a imprescindível aferição do aproveitamento final.

No entanto, feitas todas as contas, algo resulta claro, e é que, mesmo sob as mais desfavoráveis circunstâncias, há quem consiga superar-se e produzir bastante e bem. Sabemos ao preço de que sacrifícios; mas cumpre dizer, alto e bom som, que certos sacrifícios, é imperioso fazê-los e, se a isso não estivéssemos dispostos, melhor seria, para nós e para a Justiça, que procurássemos outro caminho mais ameno.

4. Impossível falar de melhora na qualidade do serviço judiciário sem aludir à necessidade de utilização mais intensa dos modernos recursos tecnológicos. Os meios forenses são geralmente vistos como refratários a inovações; e quem quer que observe a atividade de alguns setores dificilmente evitará a impressão de contemplar um mundo que parou no tempo. Decerto é onerosa a atualização de métodos de trabalho: onerosa em mais de um aspecto, e não em último lugar no econômico. Tampouco se põe em dúvida a habitual insuficiência dos orçamentos destinados à Justiça. Está longe de implementar-se plenamente a promessa constitucional de autonomia financeira; e aparelhar órgãos judiciais para o desempenho eficaz de suas funções nunca se incluiu entre as preocupações mais fortes de nossos administradores. Há um déficit crônico, que remonta a épocas já distantes, e não se conseguirá suprir da noite para o dia.

Por outro lado, forçoso é reconhecer que o próprio Judiciário nem sempre dá mostras de grande discernimento ao estabelecer suas escalas de prioridades no emprego das verbas que lhe são destinadas. Muitas vezes se gasta mal o pouco que se tem. Medidas urgentes de interesse do serviço vêm-se postergadas em favor de suntuosidades francamente incompatíveis com a penúria da nossa situação econômico-financeira. Uma gestão sensata dos meios disponíveis aplicaria menos em mármore e automóveis de luxo que em gravadores e computadores, ou quando nada, mais modestamente, em máquinas de escrever. Ocorre conjecturar, nalguns casos, se não existe relação entre o esbanjamento de recursos em superfluidades e a lentidão do ritmo com que se implanta em juízos e tribunais a indispensável informatização.

Questão de mentalidade, entra pelos olhos. Ela responde igualmente, noutro campo, pela estranha resistência à aceitação de peças forenses, sobretudo de recursos, transmitidas por meio de sistemas que já se incorporaram, em tantos terrenos, ao cotidiano das sociedades modernas, como o telex e o fax. Beiram o pitoresco, para dizer o menos, os argumentos invocados a propósito deste último. Não está reconhecida em original a firma do advogado? É conferi-la com a de outras peças dos autos, e em caso de dúvida formular a competente exigência. Aliás, na reforma, já em andamento, do Código de Processo Civil cogita-se, entre outras coisas, de dispensar

na própria procuração a formalidade, julgada supérflua, do reconhecimento. Receia-se que esmaeça e se torne ilegível, com o passar dos dias, o texto da cópia? Impute-se o risco ao recorrente, que ficará sujeito à contingência de não se conhecer do recurso, se a possibilidade se converter em realidade; mas não se arvora a rejeição do método em princípio apriorístico, a vigorar inclusive quando o interessado junte oportunamente o original, ou não se confirmem os temores de esmaecimento.

Essa e outras manifestações de reacionarismo judicial⁶ o tempo naturalmente se encarregará de recolher a um museu de curiosidades históricas. Ali poderão contemplá-las, divertidos, os pósteros, ao lado de mais antigualhas, como hão de ser por exemplo, algum dia, as cartas precatórias e rogatórias para tomada de depoimentos, substituídas pela comunicação pessoal entre o juiz da causa e o depoente, onde quer que se encontre, através de um aparelho de televisão, ou por meio ainda mais perfeito, que se venha a inventar.

5. Afirmou alguém que não basta que se faça justiça: é preciso que se veja que está sendo feita justiça. O dito fornece-nos a deixa para ligeiras observações sobre o tema, tão atual, da transparência. É, hoje, autêntica palavra de ordem. Tudo se quer transparente, de maneira especial na atuação dos órgãos públicos.

O Judiciário não tem como furtrar-se à imposição. De resto, a tradição brasileira prestigia de longa data a publicidade dos atos processuais, agora elevada à categoria de preceito constitucional (Carta da República, arts. 5º, nº LX, e 93, nº IX). É princípio que entre nós sempre se entendeu e se aplicou até com mais rigor do que em tantos outros países tidos e havidos como Estados de direito acima de qualquer suspeita. Veja-se, por exemplo, o caso das deliberações colegiadas, que no continente europeu quase nunca se realizam à vista do público; o ordenamento francês chega ao requinte de forçar os juízes a prestar compromisso solene de guardar “religiosamente”, na matéria, o mais estrito sigilo.⁷

Como em quase todos os métodos de trabalho, judiciais ou não, no julgamento *coram populo* é certamente possível, falando em tese, apontar vantagens e inconvenientes.⁸ Um dos perigos que ele oferece é a tentação, a que nem sempre resistem os julgadores, de “jogar para a platéia”, de modelar pronunciamentos menos com base em juízos objetivos e serenos do que em função do provável efeito sobre a assistência. Alguns parecem esquecer às vezes que a Constituição e as leis querem publicidade para os atos processuais, não para as pessoas dos magistrados. Semelhante confusão será talvez responsável por certa ânsia de aparecer, de tornar-se “notícia”, de dar entrevistas a torto e a direito, de competir nos índices de audiência com a novela das oito.

Por outro lado, não é seguro que os interessados, sejam quais forem seus motivos - sincero desejo de informar-se ou curiosidade vulgar, frívola, mórbida até -, possam satisfazer-se com o que porventura se lhes dê a ver e a ouvir. Se tiverem de

6 Ou “rbugices”, como prefere chamar-lhes MONIZ DE ARAGÃO, *O Código de Processo Civil e a crise processual*, in “Rev. For.”, vol. 316, p. 54. Felizmente não se trata de atitude que domine sem contraste; o STJ, por exemplo, já admitiu mais de uma vez a interposição de recurso por fax: Agr. Reg. no Agr. nº 7.372, in ADCOAS - Jurisprudência Seleccionada, BJA nº 21/92, p. 9, nº 134.791; Agr. Reg. no Agr. nº 15.167, in ADV - Boletim de Jurisprudência Semanal nº 3/92, p. 46, nº 57.027.

7 Vide PERROT, *Institutions Judiciaires*, 2ª ed., Paris, 1986, p. 566.

8 Para mais larga exposição e numerosas indicações de direito comparado, pode consultar-se BARBOSA MOREIRA, “Publicité et secret du délibéré dans la Justice brésilienne”, trabalho destinado ao volume comemorativo do 150º aniversário do Areópago de Atenas e publicado em *Temas de Direito Processual* (Quarta Série), S. Paulo, 1989, pp. 193 e segs.

utilizar a mediação dos veículos habituais, sujeitam-se aos “ruídos” que quase nunca deixam de perturbar e distorcer, entre nós, a comunicação de massa. Os jornais e as emissoras de rádio e de televisão, no Brasil, ainda não aprenderam sequer a distinguir as funções do órgão judicial e as do Ministério Público: a cada momento anunciam que o procurador decidiu, e que o juiz dará o parecer no dia seguinte. Não há imagem da vida forense que não sofra deformação profunda ao atravessar esses canais.

Sejamos justos, porém: não contribuirão muitas vezes os próprios operadores do direito para dificultar o entendimento do que se passa nas salas e gabinetes do foro - ou, em hipóteses extremas, para subtrair mesmo a quem não seja “iniciado” qualquer possibilidade de acesso à compreensão? A pergunta suscita uma reflexão, aqui necessariamente breve e superficial, sobre o problema da linguagem no processo. Em larga medida, a linguagem processual é, e não pode deixar de ser, uma linguagem técnica; e a nenhuma linguagem técnica se concede a esperança de ser entendida com facilidade por qualquer pessoa. Se existe um jargão médico, um jargão econômico, um jargão psicológico, não será de estranhar que também exista um jargão forense. Importa, contudo, não exceder os limites do razoável, não converter os autos em repositórios de enigmas, de circunlóquios despistadores, de contorcionismos semânticos, de exibições de arqueologia gramatical, capazes de justificar a ironia de quem atribuiu ao dom da palavra a função essencial de... esconder o pensamento. Já proclamei, e volto a proclamar, que são e serão sempre misteriosas, para mim, as razões pelas quais se há de chamar “remédio heróico” ao mandado de segurança, ou apelidar de “irresignação derradeira” o recurso extraordinário, para não mencionar outros frutos da inventiva do foro, vários dos quais raíam pelo grotesco. Devemos conformar-nos com o fato de que termos científicos raramente têm sinônimos, e mais vale reproduzi-los tantas vezes quantas for preciso do que entregarmo-nos a exercícios desvairados de exotismo vocabular. O geômetra não cora de repetir “pentágono” enquanto fala do polígono de cinco lados, nem o biólogo de aludir reiteradamente a “cromossomos” sempre que se refere aos corpúsculos que resultam da divisão do núcleo e transmite os caracteres hereditários. Uma rosa é uma rosa é uma rosa, escreveu Gertrude Stein: uma contestação é uma contestação é uma contestação, parafraseio eu; e ajunto que uma contestação não é, decididamente não é, uma “peça de bloqueio”, nem qualquer coisa do gênero.

Ora, se a publicidade está inscrita entre as garantias constitucionais - e, afinal de contas, com todos os riscos inevitáveis, é bom que assim seja -, cumpre levá-la a sério. De nada vale franquear o espetáculo a todos os eventuais interessados e depois representar em idioma que só os *happy few* compreendem. Não nos iludamos: uma parte, cada vez maior, da sociedade brasileira está aprendendo a cobrar explicações e não se resignará indefinidamente a que os poderes públicos a mantenham na ignorância dos processos decisórios, sejam quais forem. De instante a instante aumentará o número dos que querem saber como se decide, e por quê. O Judiciário não vai escapar a essa mirada perscrutadora; convém que esteja preparado para explicar-se: é o preço que tem de pagar para assegurar a si próprio o mínimo de credibilidade sem o qual não poderá exercer de maneira satisfatória, do ponto de vista social, a função de árbitro supremo dos conflitos de interesses.

Vem a propósito uma observação acerca do dever de motivar as decisões, hoje igualmente consagrado em nível constitucional, e sob expressa cominação de nulidade (Carta da República, art. 93, nº IX). Há um modo puramente formal de prestar homenagem a semelhante preceito, que está longe de corresponder-lhe ao

espírito. Quantas vezes lemos pronunciamentos de órgãos judiciais que indeferem o requerido “por falta de amparo legal”, ou “porque não concorrem os pressupostos necessários”! São fórmulas vazias, que nada significam: fazer uso delas é como tirar o chapéu para cumprimentar à distância alguém que, ao mesmo tempo, entre dentes, se está mandando ao inferno... É notório que os juízes andam normalmente assoberbados de serviço e não têm possibilidade de alongar-se em dissertações para fundamentar cada ato que pratiquem. Nem por isso ficam autorizados a escamotear os motivos em que se inspiraram para decidir. A escassez de tempo justifica a síntese; não justifica a omissão. Menor relevância ainda, como escusa para o silêncio, tem o caráter porventura discricionário da decisão, no sentido próprio do termo ou naquele outro, mais amplo, embora menos preciso, em que não raro também se emprega, a respeito de normas cuja redação se vale de conceitos jurídicos indeterminados⁹: justamente nesses terrenos é que mais imperiosa se torna a explicitação das razões do julgador, a fim de permitir a apreensão e o controle de suas opções filosóficas, éticas, políticas - numa palavra, axiológicas - e, por conseguinte, de sua atividade criadora, que adquire aí realce particularíssimo.

A constitucionalização do dever de motivar coloca na ordem do dia o aprofundamento da nossa reflexão sobre uma problemática extremamente rica e complexa¹⁰. Já não nos podemos contentar com a visão tradicional, meio ingênuo, meio hipócrita, da matéria. Inclino-me a crer que o tema se imporá com força crescente à atenção dos juristas, na medida mesma em que nos formos compenetrando do relevo que cabe a motivação das decisões na engrenagem de um autêntico e sólido Estado de Direito.

6. Falei há pouco de controle. A expressão costuma suscitar reservas. Nem toda espécie de controle é bem aceita por juízes. Tendo exercido a magistratura por treze anos e meio, posso valorar, com base na experiência pessoal, os argumentos com que se repele a eventualidade de um controle do qual participem estranhos aos quadros do Judiciário. Muitos são sinceros e ponderáveis; outros, francamente, nem tanto. O risco de interferências políticas, na acepção mais baixa do vocábulo, é sem dúvida temível. A bem dizer, ele já existe, sob diversas formas, e nem sempre se tem sabido ou querido evitá-lo. A independência do Judiciário constitui valor inestimável em qualquer sistema de organização social que aspire a ser visto como civilizado; os magistrados devem ter no espírito, permanentemente, a preocupação de resguardá-la e a consciência de que nada a compromete de maneira mais grave que a rendição voluntária a interesses e o afã de agradar aos poderosos do dia.

Recusar controles externos é atitude que reclama, para legitimar-se, grande autoridade moral - uma autoridade respaldada pelo eficiente funcionamento dos controles internos. A condição de juiz não pode, à evidência, isentar quem quer que seja da responsabilidade pelas faltas em que porventura incorra. Muito ao contrário: do juiz há de exigir-se mais que de ninguém, e na avaliação de seu comportamento há de observar-se, por força, severidade maior que a aplicável aos outros membros da comunidade. Para o juiz, os próprios conceitos éticos são mais rigorosos; animo-me a pensar, por exemplo, que o erro de julgamento se resolve em falha moral, não apenas

9 Vide, sobre a distinção entre os dois fenômenos, BARBOSA MOREIRA, *Regras de experiência e conceitos juridicamente determinados*, in *Temas de Dir. Proc.* (Quarta Série), 2ª ed., S. Paulo, 1988, pp. 61 e segs., espec. 65/6, com indicações de doutrina estrangeira em a nota 6.

10 Escassa, entre nós, a literatura a ela dedicada. Na doutrina italiana, merece destaque a esplêndida monografia de TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Pádua, 1975.

nos casos extremos de corrupção, mas sempre que resulte de negligência no exame dos autos, ou de omissão, por preguiça ou desinteresse, em aprofundar o estudo das questões relevantes.

Não é fácil encontrar solução perfeita para o problema da responsabilização dos juízes¹¹; a pior opção, no entanto, seria abstermo-nos de procurar alguma capaz de eliminar, ao menos em parte, os motivos da insatisfação com o atual estado de coisas. Episódios recentes avivaram na sociedade brasileira a convicção de que aos agentes do poder público não se deve tolerar a infração de certas normas éticas. A despeito da memória curta que se costuma atribuir ao nosso povo, é provável - e desejável - que em muitos cidadãos subsista a disposição para uma vigilância permanente a esse respeito, com relação ao Judiciário não menos que aos outros poderes. Haverá quem esteja atento à maneira pela qual os órgãos competentes reagirão a eventuais deslizos; e, se o espírito corporativo os induzir à condescendência sistemática e frustrar as expectativas de correção, parece extremamente duvidoso que se consiga refrear a tendência a experimentar outros caminhos, por maiores que sejam - e alguns são enormes - os perigos a eles inerentes.

7. É hora de concluir. Receio que se sinta decepcionado quem esperava, à vista do tema, o anúncio de novidades estrondosas. Não sou muito amigo de reviravoltas sensacionais: a esta altura da vida, já tendo assistido a várias que como tais se apresentavam, sei que é tão vã quão difundida a pretensão de traçar o plano definitivo de regeneração do universo, ou mesmo do país. Acredito mais na eficácia daquelas “revoluções moleculares” a que aludia Péguy, e que atuam por dentro das estruturas, tentando antes aprimorá-las que destruí-las.

As exigências de reforma estão postas, e não há como ignorá-las. Temos de atender a elas com determinação e presteza, que não excluam a indispensável dose de prudência. Sejamos firmes, sem sermos impacientes. A inércia seria funesta; e é mister que imprimamos ao nosso movimento ritmo compatível com o da história da nossa época. Não quer dizer que devamos imitar o exemplo daquele personagem de um romance de capa e espada, que em determinado momento saiu galopando “em todas as direções”...

Ao risco de tornar-me redundante, insisto em que há um tipo de tentação ao qual cumpre resistir com todas as forças. A sociedade em que vivemos é basicamente mal organizada de muitos pontos de vista. Às vezes nos sentimos levados a duvidar da utilidade de iniciativas que visem à melhoria da situação em setores específicos, ou - pior ainda - em pontos isolados. Seria como se estivéssemos a disfarçar futilmente, com a aplicação de cosméticos, as rugas do rosto de um doente terminal. Não faltará quem repute inócuo, senão contraproducente, qualquer esforço para resolver este ou aquele problema particular: mero desperdício de energias que se deveriam poupar para a faina do dia glorioso em que se levará a cabo a profunda e indispensável reforma estrutural. Se os alicerces mesmos do edifício estão em causa, não valeria a pena preocuparmo-nos com o mau funcionamento da bomba d'água ou com a deficiente iluminação da garagem.

11 O assunto é tratado com freqüência na Itália. Vide, na literatura recente, VIGORITI, *La responsabilità del giudice*, Bolonha, 1984; GIULIANI - PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milão, 1987; CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, Milão, 1988 (há tradução para o português, de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, sob o título *Juízes irresponsáveis?*, Porto Alegre, 1989).

Semelhante atitude, encontrada em espíritos que se julgam progressistas, é na verdade a melhor aliada do conservadorismo. Apostar tudo no ideal significa, pura e simplesmente, condenar o real à imobilidade perpétua. Disse um grande estadista que é muito difícil sabermos o que precisaríamos fazer para salvar o mundo, mas é relativamente fácil sabermos o que precisamos fazer para cumprir o nosso dever. Se começarmos por aí, não direi que cheguemos a salvar o mundo, mas talvez possamos contribuir - e não será pouco - para torná-lo menos inóspito. É importante que, sem renunciarmos à ambição dos grandes feitos, nem nos despojarmos das reservas de heroísmo necessárias para empreendê-los, nos lembremos também de cultivar as virtudes menores - mediócras, se assim se quiser dizer - no quotidiano profissional. Ouso pensar que, se todos os juízes se dispuserem a aplicar maior empenho em miudezas como ler com atenção os autos, ou respeitar escrupulosamente os prazos, ainda que os anos noventa se extingam sem mudanças espetaculares, já será diferente - e melhor - a Justiça no limiar do novo século.

**Publicado originalmente na Revista nº 1 jan./jun. 1995, p. 83.*

A SOBREVIVENTE ÉTICA DE MAQUIAVEL

JOSE DOS SANTOS CARVALHO FILHO*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Síntese da ética de Maquiavel. 3. A conquista do poder e os crimes. 4. O “Príncipe” e os deveres para com o Estado. 5. Os “Príncipes” e as promessas. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

É injusto o estigma que tem maculado a figura de MAQUIAVEL durante os quase cinco séculos que se passaram a partir da criação de *O Príncipe*, concluída em 1513 – a mais importante obra de ciência política do Renascimento. O grande escritor florentino é sempre associado a comportamentos reprováveis – astúcia, esperteza, perfídia, traição, dissimulação – dignos do que se convencionou denominar de “*maquiavelismo*” ou “*condutas maquiavélicas*”, algo, enfim, que mereceria o repúdio de todos aqueles que consolidaram padrões éticos medianos.

Modernamente, porém, os estudiosos têm adotado outra visão a respeito da obra de MAQUIAVEL, fugindo àquela noção preconcebida e emocional, negativa mesmo, que cerca as ideias do grande pensador. Com maior abrangência, os mais consagrados filósofos e observadores do comportamento humano, contrariamente ao que se costuma inferir, não se limitaram a revolver os sentimentos e os anseios dos “Príncipes”, que, em última análise, dão vida ao próprio Estado, mas, de outro ângulo, viram nas ideias do escritor a mensagem de alerta para o povo – a outra face da moeda. E, nesse ponto, é inesquecível a pregação de ROUSSEAU: “*Maquiavel, fingindo dar lições aos Príncipes, deu grandes lições ao povo*”¹.

Não se pretende aqui analisar a obra de MAQUIAVEL, pois que a tal fim não se destina este singelo trabalho. Alveja-se, isto sim, lembrar que suas ideias, firmadas nos primórdios do Século XVI, não representavam para ele uma *inovação*, mas sim uma *constatação*, aquilo que denominava de “*verità effettuale*” – a verdade efetiva das coisas. Nela se encontra presente o constante embate entre a virtude e a fortuna, e também a necessidade de reconhecer as características do ser humano. Além disso, vale a pena tentar entender por que a ética do visionário político sobrevive quase que plenamente mais de meio milênio após seu nascimento².

* Mestre em Direito (UFF). Professor da UFF – Universidade Federal Fluminense (Curso de Pós-Graduação). Professor da UCAM-Univ. Cândido Mendes (Pós-Graduação). Professor da FDV – Faculdade de Direito de Vitória (Pós-Graduação). Professor da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Membro do IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Membro do IDAERJ – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro. Membro do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Consultor Jurídico do Ministério Público.

1 *Do Contrato Social*, Livro 3, cap. IV.

2 NICOLAU MAQUIAVEL nasceu em Florença em 3 de maio de 1469.

Não custa ainda destacar que, pouco mais tarde, no Século XVII, HOBBS desenvolveria alguns de seus postulados teóricos como que em consolidação da filosofia maquiavélica, inclusive advogando que a história não transformava o homem e que a *natureza* do homem não muda conforme o tempo, a história e a vida social, razão por que a observação de tal natureza pode ser buscada nos antigos gregos e romanos³. Embora se considerem superadas tais ideias, parece interessante a identificação de conclusões e observações da época ainda hoje permeando normas jurídicas e comportamentos humanos contemporâneos.

2. SÍNTESE DA ÉTICA DE MAQUIAVEL

Partindo da premissa de que a história é cíclica e que a marca da natureza humana é imutabilidade, MAQUIAVEL estudou as formas de “domesticar” essa natureza para amenizar os efeitos que as paixões e os instintos provocam no comportamento humano. Exatamente por essa “malignidade” da natureza humana, concluía que o poder político aparece como a *única* possibilidade de enfrentar o conflito, ainda que seja precária e transitória a dita “domesticação”⁴.

Contestava a falsa moral do primado da virtude (“*virtù*”), tendo-a como mera retórica ligada a crenças religiosas. Apoiando-se nas fontes dos clássicos, afirmava que a *Fortuna* não era uma força maligna, mas, ao contrário, representava a deusa que todos os homens desejavam, pela oferta que lhes fazia da honra, da riqueza, do poder e da glória. Não excluía os homens com elevado grau de “*virtù*” da possibilidade de alcançarem a “*fortuna*”, mas não condicionava aquele padrão à conquista desta. Por tal motivo, o “*príncipe*” teria que adotar certas posturas condenáveis à luz dos axiomas moralistas, para chegar ao objetivo de se perpetuar no poder e continuar recebendo deste as naturais benesses a que todos, por natureza, aspiram.

Para o pensador florentino, os traços humanos imutáveis e o constante signo que marca os seres humanos espelham dados necessários para a compreensão do comportamento dos príncipes e dos súditos: estes nunca desejam ser submetidos por aqueles; aqueles buscam o domínio destes como forma de expressão social. Daí concluir que os homens “*são ingratos, volúveis, simuladores, covardes ante os perigos, ávidos de lucro*”⁵.

Todas essas premissas confirmam a acurada observação de MARIA TEREZA SADEK: “*O pensamento político moderno e crítico, para decifrar o enigma proposto em sua obra, precisa resgatá-lo sem preconceitos e em sua ‘verità effettuale’*. É o que se deve a Nicolau Maquiavel, o cidadão sem ‘fortuna’, o intelectual de ‘virtù’”⁶.

O pensamento de MAQUIAVEL, aqui reproduzido em apertadíssima síntese, apenas com o fito de apontar as premissas sobre as quais desenvolveu suas ideias, traz a necessidade de reflexão sobre a ética atual, o comportamento humano e a arte da política, dispersas no sistema constitucional e normativo em geral e nos anseios que continuam a mobilizar os seres humanos.

3 A observação é de RENATO JANINE RIBEIRO, em *Hobbes: do medo e a esperança - Os Clássicos da Política*, Ed. Ática, 1991, org. Francisco Wefford, p. 54.

4 MARIA TEREZA SADEK, *Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual de virtù* (Os Clássicos da Política, cit., p. 20).

5 O *Príncipe*, Cap. XVII.

6 Ob. cit., p. 24.

3. A CONQUISTA DO PODER E OS CRIMES

“Há duas maneiras de tornar-se príncipe, e que não se podem atribuir totalmente à fortuna ou ao mérito (...) Estas maneiras são: chegar ao principado pela maldade, por vias celeradas, contrárias a todas as leis humanas e divinas; e tornar-se príncipe por mercê do favor de seus conterrâneos”⁷.

A despeito de demonstrar a existência de duas formas de conquistar o poder, o filósofo de Florença se deteve especificamente na primeira, narrando dois episódios em que os pretendentes ao poder cometeram crimes para alcançá-lo⁸. Adverte que ninguém deveria surpreender-se com o êxito e a tranquilidade obtidos por tais “príncipes” no exercício de seu poder, quando conquistado pela prática de crimes: intimamente, no sentimento da moral comum, o indivíduo virtuoso torceria pelo fracasso ou pelo desastre do criminoso, ou até mesmo pela vingança de terceiro contra ele. Explica, porém, que *“as crueldades podem ser mal ou bem praticadas”*, e que, nesta última hipótese, podem manter-se no poder com a ajuda *“de Deus e dos homens”*.

O contraponto de tais observações consiste na busca legítima do poder, só podendo considerar-se ética e honesta a sua conquista através dos instrumentos políticos sacramentados no regime democrático e mediante o inafastável respeito aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade. A conquista legítima do poder se insere em dois axiomas constitucionais. O primeiro é o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), que repele qualquer comportamento aviltante por parte de seus governantes⁹. O outro se relaciona à forma democrática de alcançar o poder político – este sempre emanando do povo, que o exerce diretamente ou por seus representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único, CF), o que se configura como *princípio da soberania popular*¹⁰.

A despeito do tempo decorrido a partir das observações maquiavélicas, sobrevive na realidade atual a ética da conquista do poder por meio da prática de crimes, não mais predominantemente os de homicídio, como era de hábito naquele período renascentista, mas, além desse, outros crimes compatíveis com os tempos de hoje. São muitos os exemplos dessa ética do poder, a começar pela apropriação indébita de fundos pertencentes a terceiros e pelo recebimento de recursos espúrios, fato corriqueiro, lamentavelmente, na vida política. Homicídios também continuam a ser cometidos, com fins políticos, em certos setores da sociedade, como é o caso do ainda existente *“coronelismo”* em regiões do Norte e Nordeste do país e, ainda, as ocorrências que envolvem as denominadas *“milícias”* em comunidades do Rio de Janeiro, cujos integrantes praticam crimes bárbaros para o fim de serem eleitos para o Legislativo, como representantes do grupo social que dominam.

A manutenção do poder, de igual forma, continua seguindo a mesma ética condenável. Não têm sido poucos os escândalos surgidos nas esferas de poder, nos quais se têm evidenciado a prática de crimes, sobretudo de ordem financeira, como corrupção, sonegação de tributos, desvio de recursos e outros do gênero.

7 Cap. VIII (*O Príncipe*, Ed. Três, 1974, p. 51).

8 Os episódios referem-se a fatos na Grécia antiga (Siracusa), envolvendo Agátocles Siciliano, e na própria Itália, envolvendo o assassinato, em Fermo, de Giovanni Fogliani por seu sobrinho Liverotto da Fermo.

9 JOSÉ CRETILLA JUNIOR, *Comentários à Constituição de 1988*, Forense Univ., vol. I, 1989, p. 139.

10 Cap. XV, *“O Príncipe”*, in *Os Clássicos*, cit., pág. 36.

Em todos esses aspectos, assalta-nos a reflexão sobre o pensamento de MAQUIAVEL de que a malignidade da natureza humana é imutável, independente dos fatores sociais que possam refluir sobre o comportamento dos indivíduos. A covardia, a inveja, a ambição – enfim, todos esses elementos de uma ética sob juízo crítico negativo seriam inerentes à humanidade e pertencentes à própria personalidade dos seres humanos. No fundo, a sociedade sempre se apresenta diante do embate maniqueísta, e é este que, de algum modo, mitiga as ambições calcadas na ética do poder por meio de crimes.

4. O “PRÍNCIPE” E OS DEVERES PARA COM O ESTADO

O pensador asseverava que o príncipe não deveria ter outro fito ou outro pensamento, nem cultivar outra arte, a não ser a da guerra, com suas regras e disciplina. Para MAQUIAVEL tudo isso é o que se espera de quem manda, permitindo a conservação do poder não somente aos príncipes de nascimento, como aqueles que, como simples cidadãos, foram alçados ao poder.

Concluía, então: *“Em contraste, os príncipes que cuidaram mais das delícias da vida do que das armas perderam os seus Estados. E como o desprezo da arte da guerra determina esta perda, assim o estar nela bem adestrado determina aquela ascensão”*¹¹.

A primeira impressão que resulta do texto é a do cultivo à guerra, ao permanente estado de beligerância e, enfim, a preocupação dos governos em saborear as conquistas advindas dos conflitos e a humilhante resignação dos vencidos. Ao invés de estreitar laços para ampliar a paz entre os povos, o “príncipe” teria a guerra como a única forma de alcançar e manter-se no poder. Semelhante tradução, a despeito do repúdio que causa ao sentimento humano contemporâneo em geral, ainda acoita as ambições de alguns “príncipes” que circulam no cenário internacional. A ideia dominante, no entanto, é inversa e se funda na busca da paz entre as nações.

No sistema constitucional pátrio vigente não haveria o mais ínfimo ensejo para a incidência dessas ideias, se fossem assim interpretadas. De fato, a Constituição inclui, como fundamento da República, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Entre os objetivos da República, está expresso o de *“construir uma sociedade livre, justa e solidária”* (art. 3º, I). Mais veementes ainda são os princípios que regem as relações internacionais, como o da independência nacional (art. 4º, I), o da não intervenção (art. 4º, IV), o da igualdade entre os Estados (art. 4º, V), o da defesa da paz (art. 4º, VI) e o da solução pacífica dos conflitos (art. 4º, VII), entre os demais. São todos eles princípios que visam a consolidar a autêntica soberania política e econômica, como registra PINTO FERREIRA¹².

A correta e atual interpretação daquelas observações, entretanto, consiste em considerar a guerra, figurativamente, como o Estado. O Estado – é imperioso reconhecer – implica uma verdadeira guerra. Os governantes (ou “príncipes”, por metáfora na obra de MAQUIAVEL) devem dedicação integral aos misteres do Estado e, por via de consequência, da coletividade. Por outro lado, são-lhe atribuídos deveres irrenunciáveis e impostergáveis, cuja omissão ou distorção se revela em confronto com a arte de governar. Contudo, ainda que tenham todos esses deveres, os governantes são aquinhoados com algumas benesses próprias dos que exercem o poder. A essas benesses é que o grande pensador aludiu como sendo as *“delícias da vida”*, algumas delas assumindo o sentido literal da expressão.

11 Cap. XV, *“O Príncipe”*, in *Os Clássicos*, cit., p. 36.

12 PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, 1º vol., 1989, p. 49.

Essa interpretação é que denota a sobrevivência da ética de MAQUIAVEL. Os “príncipes”, com louváveis exceções, não se têm mostrado com a dedicação à coisa pública, como seria o esperado pela sociedade em geral. Falta, em muitos casos, aquela consciência que deve ter o administrador para gerir a coisa pública com maior apuro e cuidado do que cuida da sua própria. Infelizmente, o acesso às altas funções governamentais tem sido movido por interesses pessoais, esquecendo-se os aquinhoados de que a função de governar só pode perseguir o interesse coletivo. As “delícias da vida” constituem o real propósito de alguns “príncipes”: com frequência, veem-se governantes que, malgrado as promessas firmadas para alcançar o topo da pirâmide, e a despeito da humildade que cercava sua vida anteriormente ao poder, passam a adotar comportamento incompatível com o *múnus* que se lhes outorgou.

O fascínio exercido pelo poder anda de mãos dadas com os valores inerentes à probidade administrativa e ao princípio da moralidade. Com efeito, agentes públicos se perdem nos meandros da ética do poder e procuram fruir as vantagens oriundas de suas funções – muitas delas indevidas, ilegais e imorais – em detrimento dos interesses da coletividade que deveriam representar e por cuja consecução deveriam velar. Outros enriquecem com tamanha desfaçatez, que deixam de interessar-se pelas críticas de seus pares ou pelas sanções que se lhes possam aplicar. Há efetivo desvio de perspectiva e perda paulatina da noção e da consciência cívica que devem nortear sua conduta.

Afinal, o que se quer mostrar aqui é, mais uma vez, a sobrevivência da moral maquiavélica, com o alerta à sociedade para com os “príncipes” que, longe de voltar-se aos interesses do Estado e da coletividade, preferem valer-se do poder para dar vazão aos frutos pessoais por eles produzidos.

5. OS “PRÍNCIPES” E AS PROMESSAS

A ética dos compromissos do homem público foi perfeitamente analisada por MAQUIAVEL mediante as ocorrências do processo histórico e a constante observação dos políticos em geral.

Uma de suas observações: “*Um príncipe não pode, pois, nem deve manter-se fiel às suas promessas quando, extinta a causa que o levou a fazê-las, o cumprimento delas lhe traz prejuízo*”¹³. Em relação a tal perspectiva, porém, o grande pensador político advertia que não seria ela aceitável se todos os homens fossem bons; como são maus e, por isso, faltariam à palavra que nos dessem, nada impediria que faltássemos nós à nossa.

De uma ótica estritamente literal, e dentro dos conceitos éticos usualmente adotados, o sentimento haveria de ser o de total repúdio a essa espécie de solécia, de oportunismo, de esperteza que pode acometer o governante. Trata-se de evidente vulneração ao sentido de honestidade – aquele mesmo sentido já afirmado entre os romanos: “*non omne quod licitum, honestum est*”. Afinal, não é aceitável perante a média dos homens que alguém crie expectativas em quem lhe deposite confiança e mais tarde venha a frustrá-las apenas porque seu cumprimento pode provocar-lhe algum gravame. A falta da palavra empenhada repercute negativamente no sentimento social e, com justiça, cria contra o descumpridor uma natural resistência pessoal pela descrença que passa a transmitir.

¹³ Cap. XVIII, “O Príncipe”, in *Clássicos, cit.*, p. 38.

Não obstante, a ideia de fundo contida nas entrelinhas do pensamento maquiavélico conduz, ainda uma vez, à advertência de que a sociedade deve identificar com precisão, e quando possível, os “príncipes” descumpridores de promessas e acautelar-se contra sua ascensão ao poder, evitando-se a reversão de legítimas expectativas e a prática de ações deletérias à coletividade. As ideias do pensador sobre as promessas esquecidas e não cumpridas sobrevivem plenamente em nossos dias; aliás, sobrevivem *tragicamente* em nossos dias, como é forçoso acrescentar.

As sociedades modernas, e aqui se inclui a nossa própria, estão escaldadas com aqueles que visam a ascender aos mais altos estamentos governamentais. Governantes, em certo momento de sua trajetória, comprometem-se a diversos objetivos, ações, estratégias, abstenções, e, uma vez alcançada sua meta principal – a conquista do poder –, relegam a segundo plano, sem quaisquer disfarces, as promessas firmadas, deixando simplesmente de honrá-las, em flagrante frustração às expectativas sociais.

É comum tal comportamento no processo democrático-eletivo tanto para cargos na Administração como para mandatos legislativos. Mandatários populares não raro se desinteressam pelo cumprimento de suas promessas de campanha, quando percebem o menor risco de ser comprometida sua base eleitoral: tudo o que pode afastar votos (já aqui se pensando nas próximas eleições) é descartado, e o interesse pessoal mobiliza o governante para metas diversas daquelas com as quais se comprometeu. Os preceitos morais, os valores de justiça – tudo isso é defenestrado quando está em jogo o interesse pessoal de alguns políticos. Nesse aspecto, não é dispensável lembrar-nos do pensamento crítico de ANDRÉ MALRAUX: “*Não se faz política com a moral, mas também não se faz mais sem ela*”.

MAQUIAVEL consigna ainda, complementando seu pensamento: “*Disto se poderiam dar infinitos exemplos modernos para mostrar quantos tratados de paz, quantas promessas se tornaram nulas e sem valor unicamente pela deslealdade dos príncipes. O que dentre estes melhor soube imitar a raposa, mais proveito tirou. Mas é preciso saber mascarar bem esta índole astuciosa, e ser grande dissimulador. Os homens são tão simplórios e obedecem de tal forma às necessidades presentes, que aquele que engana encontrará sempre quem se deixe enganar*”¹⁴.

As observações contidas no texto, sem dúvida, sobrevivem em nosso tempo e em nosso país. A dissimulação – eis aí a máscara da pseudoverdade implantada pela grande maioria dos governantes. A deslealdade – eis aí a ausência de dignidade, de moralidade, de princípios, enfim. Em que pese a afirmação de que sempre haverá quem possa ser enganado pelos “príncipes” dissimuladores, o que ressalta no texto é o sinal de alerta às coletividades para redobrem as cautelas diante das repetidas promessas dos que ambicionam o poder. Além da maior precaução, importa também que as sociedades deixem transparecer a reação, seja de qual forma se possa revestir, contra tal indigno comportamento, identificando os solertes e disfarçados circenses para afastá-los do exercício do poder. O falso, como diziam os romanos, não é apenas o que está fora da verdade, mas também o que se assevera como verdade (“*Falsus quidquid in veritate non est sed pro veritate adseveratur*”).

Não é mera ladainha retórica, mas o certo (mesmo que tenha caráter repetitivo) é que o poder público tem como *dominus* o povo: este é o titular, o dono, aquele que delega o poder e que, por isso mesmo, tem idoneidade juspolítica de acompanhar

14 Cap. XVIII, *O Príncipe*, in *Clássicos, cit.*, p. 38.

e controlar quem o exerce efetivamente. Bem averba CANOTILHO as duas vertentes relativas ao exercício do poder: de um lado, o *Estado de direito*, que pressupõe a “*sujeição do poder a princípios e regras jurídicas*” e, de outro, o *Estado democrático*, no qual “*a legitimidade do domínio político e a legitimação do exercício do poder radicam na soberania popular*”¹⁵.

As observações do visionário político portam-se, ainda nos dias de hoje, como um alerta para as coletividades, sujeitas a todo o tipo de compromissos firmados pelos aspirantes ao poder e, usualmente, não honrados após a chegada do interessado aos degraus superiores do poder estatal. As promessas dos “príncipes” enveredam-se por todas as funções públicas, afetando-as, muitas vezes, numa cadeia causal. A própria função administrativa é sucedâneo da função política e legislativa, conforme observava DEBBASCH (“*L’administration est ainsi le moyen d’exécution de la décision politique*”), de modo que a contaminação desta se espalha fatalmente pela outra¹⁶.

De tudo somos forçados a aceitar a sobrevivência dessa ética renascentista em nossos tempos, parecendo ser inevitável concluir que o sentimento de malignidade do homem é mesmo imutável, e nem o tempo consegue depurar.

6. CONCLUSÃO

Afastado das teorias idealistas de ARISTÓTELES, PLATÃO e SANTO TOMÁS DE AQUINO sobre o *Estado desejável e imaginado*, MAQUIAVEL deu seguimento às ideias racionalistas de TÁCITO e TITO LÍVIO sobre o *Estado real*. Não lhe interessava criar suposições sobre como se gostaria que fosse, mas sim sobre como a realidade mostra que é: na verdade, era a substituição do *dever ser pelo ser*.

A questão política nunca desaparece; é inerente ao Estado. Onde este existe, aquela se desenvolve. Pode a política transmutar-se no que tange a ideias, comportamentos, ambições, poder, mas a verdade é que nunca deixa de estar presente no círculo do poder e no âmbito do Estado. Reconhecia que “*o mundo da política não leva ao céu, mas sua ausência é o pior dos infernos*”¹⁷.

A ética que desenvolveu na era renascentista, no seio do cenário dentro do qual forjou a sua personalidade e solidificou seus estudos e observações sobre o Estado e os governantes, fundou-se basicamente no caráter do ser humano, nas suas ambições e maldades, na sua mesquinhez e, enfim, em tudo quanto possa considerar-se distanciado dos padrões de honestidade, decência, retidão e hombridade. Entende-se hoje, depois de análises feitas por estudiosos com visão de maior densidade interpretativa, que a constatação de MAQUIAVEL sobre os fatos que circundam o poder espelhava a cruel e verídica advertência aos indivíduos, súditos, acerca do sentimento e dos propósitos dos “príncipes”. A cada proposta de comportamento que oferecia ao “príncipe” parecia pregar para os cidadãos, recomendando-lhes as cautelas contra o excesso de confiança e o exercício honesto do poder.

Quando nos detemos em suas lições e nos resignamos em aceitar as inarredáveis verdades que constatou como fruto de suas acuradas observações sobre

15 J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Ed. Almedina, Coimbra, Portugal, 2ª ed., 1998, p. 224.

16 CHARLES DEBBASCH, *Institutions e Droit Administratifs*, Paris, P. Univ. France, 1976, p. 24.

17 MARIA TEREZA SADEK, *Clássicos, cit.*, p. 18.

os homens que exercem o poder, não podemos deixar de considerar que, tantos séculos depois, as constatações continuam sendo as mesmas. As valorações da ética sofrem mudanças no processo histórico-evolutivo, mas a ética do comportamento dos homens diante do poder perdura em seu ponto central.

E, no fundo, temos que reconhecer: a ética de MAQUIAVEL sobrevive!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra : Ed. Almedina, 2ª ed., 1998.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Univ., vol. I, 1989.

DEBBASCH, Charles. *Institutions e Droit Administratifs*. Paris: Presses Univers, 1976.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1º volume, 1989.

MAQUIAVEL, Nicolau . *O Príncipe*. São Paulo: Ed. Três, 1974.

RIBEIRO, Renato Janine. *Hobbes: o medo e a esperança (Os Clássicos da Política, Ed. Ática, 1991, org. Francisco Wefford)*.

SADEK, Maria Tereza. *Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intellectual de virtù (Os Clássicos da Política, Ed. Ática, 1991, org. Francisco Wefford)*.

**Publicado originalmente na Revista nº 34 out./dez. 2009, p. 89.*

AS EMPRESAS E O CONCEITO DE CONSUMIDOR

MARCOS MASELLI GOUVÊA*

1. O presente trabalho constitui adaptação de estudo - *O Conceito de Consumidor e a Questão da Empresa como "Destinatário Final"* - publicado no Número 01 dos *Cadernos da Pós-Graduação* da Faculdade de Direito da UERJ, ao qual ora se acrescenta comentário a acórdão, veiculado no 6º volume da *Revista de Direito do Consumidor* (Editora Revista dos Tribunais), que vem a conferir suporte jurisprudencial às proposições então formuladas.

Dentre tantos, dois agradecimentos se fazem especialmente necessários: ao Dr. Gustavo Tepedino, Procurador da República no Rio de Janeiro e Diretor da Faculdade de Direito da UERJ, que estimulou - sobretudo com suas críticas, sempre construtivas - a confecção e a publicação da primeira versão do trabalho; num segundo momento, à sempre atenciosa Dr^a Léa Barboza Vianna Freire, da Equipe de Proteção ao Consumidor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que incentivou sua difusão e aprimoramento.

2. A Lei nº 8.078/90, conhecida como Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é o diploma legislativo que, em nosso ordenamento, procura sistematizar a disciplina das relações de consumo, concentrando em si a regulação de aspectos civis, penais, administrativos e processuais relativos à matéria.

Esta integração das tutelas penal-administrativa e civil promovida pelo Código reflete a natureza peculiar que vem sendo reconhecida às relações jurídicas de consumo. A hipossuficiência do consumidor afasta as referidas relações do esquema tradicional das relações de direito privado - o qual, consoante seu fundamento liberal, pressupõe a equipotência das partes envolvidas. Como consequência disto, o fenômeno da publicização, que nos dias atuais atinge o direito privado como um todo - apontando, inclusive, para a superação da dicotomia *ius publicum / ius privatum* -, encontra no Direito do Consumidor um de seus focos preferenciais.

Tal componente publicístico torna a exegese do Código do Consumidor extremamente complexa: de acordo com a bagagem cultural - e especialmente ideológica - do hermeneuta, um mesmo termo ou conceito pode ganhar diferentes interpretações. Assim, a questão do grau de normatização, pelo Código, dos serviços públicos; a questão da complementaridade entre as garantias legal e contratual; as excludentes de responsabilidade no fato do produto e do serviço; estas, dentre inúmeras outras questões, têm despertado controvérsias na doutrina, especialmente porque, datando o Código de 1990, não há jurisprudência consolidada sobre tais assuntos.

Um dos conceitos de fixação mais imprecisa é o próprio conceito de consumidor, cuja elucidação é fundamental para determinar-se o âmbito de incidência das normas do Código. Diversos artigos já foram publicados sobre o tema, sendo notável a divergência entre as conclusões obtidas. Divergência esta que não se restringe à doutrina nacional: também no exterior procura-se precisar um conceito para

* Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

consumidor, especialmente no âmbito da Comunidade Européia, onde muitas vezes as conceituações de dois países se chocam. Alguns países, ademais, convivem ainda com a coexistência, dentro de seu próprio ordenamento, de mais de um conceito de consumidor, formulado por leis distintas¹.

No Brasil, ao menos, concentrou-se a disciplina das relações de consumo num único Código abrangente, evitando-se, assim, o risco de que a proliferação de leis redundasse numa proliferação de definições.

O art. 2º da Lei nº 8.078/90 considera consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquira ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Inicialmente, cumpre enfatizar que o código brasileiro destoou da tendência, presente no direito comparado, de limitar o *status* de consumidor apenas às pessoas que atendessem a certas condições subjetivas. Diversas leis estrangeiras exigem, para que determinada relação se submeta à sua tutela, que a aquisição ou utilização seja realizada com finalidade “privada”, ou “não-profissional”, restringindo, destarte, o consumidor ao particular, ao não-profissional².

Tais restrições objetivam, claramente, potencializar a tutela do consumidor. As prerrogativas extraordinárias que a lei reserva ao consumidor visam a compensar sua natural hipossuficiência; estender estas prerrogativas a agentes que dela prescindem implica, a toda evidência, em neutralizar tal aspecto compensatório. A atuação dos tribunais, na interpretação e aplicação dos novos instrumentos de tutela previstos na legislação pró-consumidor, provavelmente se daria em termos mais conservadores, reticentes, se o acesso a tal tutela – que deve ser excepcional – fosse indiscriminadamente franqueado, mercê de um conceito de consumidor por demais amplo. Nesta direção, vale transcrever trecho de sentença do Juiz de Direito Dr. Günther Spode, da Comarca de Porto Alegre, publicado no vol. 14 (p. 128) da Revista de Direito do Consumidor:

“A aparente limitação quanto ao pólo ativo das demandas baseadas no CDC tem certamente por objetivo evitar que o novel diploma seja indevidamente usado nas relações comuns de direito civil e nas de direito comercial. Caso assim fosse, o CDC, ao invés de estar a serviço dos consumidores, seria mais uma das muitas leis para regular o relacionamento entre as empresas e comerciantes, desvirtuando-se sua finalidade precípua [...]”

Afinados à orientação restritiva, alguns doutrinadores pátrios, como o Prof. José Geraldo Brito Filomeno, membro da comissão elaboradora do Anteprojeto que originou o Código, acentuam o aspecto da hipossuficiência, da qual, segundo defende, o conceito de consumidor seria “indissociável”³.

1 Th. BOURGOIGNIE, *O Conceito Jurídico de Consumidor*, in Rev. Direito do Consumidor, vol. 2, p. 8-15.

2 Assim, por exemplo, a legislação alemã de 1976 sobre condições gerais dos negócios, o *Consumer Safety Act* britânico (1978), e a legislação holandesa quanto a vendas a consumidor e propaganda enganosa: “O direito europeu adere à tendência constatada no direito internacional e em certas legislações estrangeiras em direção à escolha de um critério às vezes subjetivo - “uso privado” - e negativo - “uso estranho ao exercício de uma atividade profissional” - na definição de consumidor.” (Th. BOURGOIGNIE, *loc. cit.*, p. 12).

3 *Cód. Bras. de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 2ª ed., p. 27.

A letra do Código, conforme já exposto, não ampara – pelo menos não ostensivamente – este entendimento. Omite, ao formular o conceito de consumidor, quaisquer considerações de índole subjetivista, limitando-se a aludir à vaga noção de “destinação final” do bem consumido.

Contudo, a aplicação da norma jurídica não deve se cingir, superficialmente, ao que o texto legal prevê de maneira expressa. Cumpre ao aplicador transcender, criticamente, às primeiras impressões, para extrair do direito positivo conteúdos que se encontravam implícitos (e, mais do que isto, que somente poderiam vir a tona se integrados pelo aparato ideológico ou, em termos mais amplos, pela mundividência do jurista⁴. Na hipótese presente, procura-se analisar as diversas possibilidades interpretativas da locução **destinatário final**, averiguando até que ponto esta pode restringir, indiretamente, o conceito de consumidor.

Em primeiro lugar, parece pacífico que aquele que adquire um bem com a intenção de o negociar onerosamente, no mesmo estado em que foi adquirido, certamente não será o seu destinatário final. Assim, uma livraria que adquire livros de uma editora, para revendê-los, não será consumidora destes mesmos livros. Inexiste polêmica, neste particular.

Outras hipóteses menos triviais, porém, são capazes de despertar vivas controvérsias. Quando uma empresa adquire insumos para sua atividade produtiva – matéria-prima, por exemplo –, é consumidora? Quando uma loja adquire prateleiras, nas quais exporá suas mercadorias, o faz na qualidade de destinatária final? E quanto a uma companhia que adquire um computador, para controlar seu estoque?

3. Certos comentaristas do Código entendem que o bem transformado, insumido na confecção de um novo produto, é um bem consumido.⁵ Considere-se o exemplo de uma montadora de automóveis que adquire parafusos, chapas de aço, material para estofamento, etc.: estas matérias-primas – de acordo com a corrente ora abordada – são consumidas na produção do carro. O público consome o carro, porém os parafusos, chapas de aço e estofamento têm por consumidor a montadora. A montadora é a destinatária final dos insumos, na medida em que não os transfere; fica sendo sua última proprietária, antes que os mesmos, deixando de existir, se convertam no carro (este, por sua vez, um objeto substancialmente diferente do mero acúmulo de matérias-primas empregadas em sua confecção).

A corrente em apreço situa-se no pólo oposto à orientação restrigente. Praticamente todo ato de aquisição estaria vinculado a um ato de consumo (com exceção, é claro, da hipótese – pacífica, conforme já afirmado – em que se adquire o produto com vistas à sua ulterior negociação, exatamente no mesmo estado em que fôra adquirido). É, portanto, uma interpretação que dilui a excepcionalidade do Direito do Consumidor, vulgarizando-o e, conseqüentemente, enfraquecendo-o.

4. Outros juristas, diversamente, defendem que o Código, ao empregar a expressão “destinatário final”, quis remeter o intérprete ao conceito econômico de consumidor⁶. Para a adequada compreensão deste segundo posicionamento faz-se mister, portanto, uma prévia incursão no campo da Economia.

4 CF. FERRAZ JUNIOR, *Introdução ao Estudo do Direito*. 1ª ed., pp. 280-283.

5 TUBINAMBÁ M. CASTRO DO NASCIMENTO, *Comentários ao Código do Consumidor*, p. 21; TOSHIO MUKAI, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, p. 6.

6 GERALDO VIDIGAL, *A Lei de Defesa do Consumidor - Sua Abrangência*, in *Cadernos IBCB 22 - Lei de Defesa do Consumidor*.

De acordo com a teoria clássica, o processo econômico é concebido como a interação de quatro momentos: produção, circulação, distribuição e consumo. Ora, conquanto bens possam ser utilizados (insumidos) na produção, na circulação e na distribuição, somente será correto considerá-los **consumidos** se tal utilização, com esgotamento total ou parcial do valor do bem, se der na etapa final do processo – na etapa de consumo, onde o bem é diretamente empregado na satisfação de uma necessidade econômica. Enfim, somente será consumidor o destinatário final, não do bem, mas do processo econômico.

Retornando a exemplo tratado anteriormente: caso se perdesse de vista o processo produtivo, a montadora de automóveis, ao adquirir parafusos, poderia ser considerada destinatária final destes (já que não mais os aliena na condição de simples parafusos). Atentando para a ótica do processo econômico, entretanto, afigura-se forçoso reconhecer que a montadora não é sua destinatária final, já que não os utiliza para satisfação direta de uma necessidade econômica, mas como instrumentos para a produção de novos bens:

*“Matérias-primas, peças, componentes, são insumidos nos produtos que a empresa oferece, ou nos serviços que presta – produtos ou serviços que, do ângulo da empresa e de sua atividade, são sempre acabados, **mas que podem ser meros instrumentos, para empresas que os adquiram ou utilizem.**”⁷ [grifou-se]*

O parafuso, ao sair de sua fábrica, poderia ser adquirido diretamente por um particular, hipótese em que haveria uma relação de consumo, eis que o parafuso seria empregado, diretamente, na satisfação de uma necessidade econômica. Para a montadora, entretanto, o parafuso tem um valor instrumental; é um bem de produção – e não de consumo. Efetivamente, a montadora não alienará o parafuso na condição de mero parafuso, mas sim inserido no automóvel; no entanto, de acordo com esta segunda corrente, isto é de somenos importância. Releva considerar, isto sim, que o valor do parafuso estará sendo agregado ao do produto final confeccionado, não ocorrendo a retirada do parafuso, pela montadora, do processo econômico. O ônus econômico da produção do parafuso será transferido pela montadora ao público, ao consumidor⁸, que seria assim seu real destinatário.

Em linha de princípio, a empresa também não será consumidora dos outros bens por ela adquiridos, ainda que não sejam matérias-primas, na medida em que o ônus de tais aquisições sempre recairá, por repercussão, sobre os particulares:

“As máquinas produtoras, as instalações, os veículos, o mobiliário, sistemas de computadores e todos os demais bens insumidos na produção terão contabilmente estimada a participação de cada um segundo taxas de amortização de seu valor [...]. Mesmo os alimentos

⁷ *Ibid.*, p. 12.

⁸ O termo é empregado por Th. BOURGOIGNIE (loc. cit., p. 18) com o significado específico de “conjunto sócio-econômico reagrupando as diferentes categorias de consumidores, mas que apresentam todos, apesar de sua diversidade, o caráter comum de uma relação obrigada ao consumo no mercado como meio de existência”. Consumeriário, assim, designa os consumidores enquanto destinatários do processo econômico, exercentes de uma função específica inserida no ciclo econômico global (produção-distribuição-troca-consumo).

e vestuário adquiridos para uso dos trabalhadores se incorporarão ao conjunto dos custos produtivos da empresa e se projetarão nos bens e serviços que, pela combinação dos fatores de produção, irão ser por ela oferecidos ao mercado.”⁹

Resulta da concepção ora exposta que empresas com finalidade produtiva nunca poderão figurar como consumidoras. O Código, ao afirmar que consumidor é “pessoa física ou jurídica”, não objetiva estender sua tutela a todas as pessoas jurídicas, mas apenas àquelas sem finalidade produtiva (clubes, entidades filantrópicas, associações etc.).

Portanto, embora o conceito do Código não abrigue nenhuma referência expressa a qualquer dado da subjetividade do consumidor, implicitamente haveria uma restrição subjetiva, já que o conceito econômico de consumidor – ao qual se estaria remetendo o intérprete através da expressão “destinatário final” – pressupõe o uso privado, não-produtivo, do bem consumido.

5. Este entendimento restritivo, reitere-se, presta-se melhor a preservar os interesses dos consumidores. Entretanto, parece exagerado o alcance dado por esta segunda corrente à restrição implícita na expressão “destinatário final”. Com efeito, boa parcela da doutrina entende que, embora nem toda a aquisição de bens, principalmente por empresas, configure relação de consumo, há casos em que a empresa não age como fornecedora, como produtora ou intermediária. Nestas hipóteses, seria forçoso admitir a tutela do Código:

“Prevaleceu [...] a inclusão das pessoas jurídicas igualmente como “consumidores” de produtos e serviços, embora com a ressalva de que assim são entendidas aquelas como destinatárias finais dos produtos e serviços que adquirem, e não como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa.”¹⁰

Alegam os defensores da segunda corrente que nenhuma aquisição da empresa - “mesmo os alimentos e vestuário adquiridos para uso dos trabalhadores” - configura relação de consumo. Ora, é certo que tais gastos deverão ser repassados ao preço final dos produtos; entretanto, dificilmente poder-se-ia afirmar que o vestuário adquirido para todos os empregados da empresa será insumido no processo produtivo. O uniforme do pessoal que não lida diretamente com público não acrescenta nenhuma utilidade nova aos produtos finais. Seu custo é repassado ao público, mas não sua utilidade: para o público, é indiferente se tais empregados vestem ou não um uniforme.

Retornando ao conceito do Código: **consumidor é quem adquire ou utiliza como destinatário final, e não quem arca com os ônus, como destinatário remoto.**

Existe, destarte, uma terceira corrente, para a qual: a] **há hipóteses** de aquisição de bens por uma empresa **em que não se verifica relação de consumo** - e, contrariamente ao que admite a primeira corrente, estas hipóteses não se restringem ao caso, incontroverso, da aquisição de bens para repasse no mesmo estado em

⁹ *Op. cit.*, p. 13.

¹⁰ BRITO FILOMENO, *Op. cit.*, p. 27.

que foram adquiridos; b] em oposição ao que defende a segunda corrente, o *status* de empresa produtiva/intermediária não afasta, completamente, a possibilidade de tutela pelo Código do Consumidor – ou seja, **há hipóteses em que a empresa produtiva é consumidora**.

Entretanto, falta ainda a esta corrente definir, de modo uniforme, quando a empresa é consumidora, e quando não é. Pode-se exemplificar tal lacuna retomando-se o trecho transcrito linhas acima, segundo o qual a empresa não pratica ato de consumo quando adquire “insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa”. Ora, o que se deve entender por **insumos**? Matérias-primas, certamente, estarão inseridas nestes “insumos”; mas o que dizer de máquinas, mobiliário etc.? A aquisição, por uma livraria, de prateleiras em que serão expostos os livros à venda, é ato de consumo?

6. Uma interpretação sistemática da expressão destinatário final, vinculada à noção consagrada de **fundo de comércio**, poderia fornecer a chave para delimitar-se o âmbito das relações de consumo.

A doutrina conceitua fundo de comércio como sendo o acervo de bens empregado pelo comerciante na atração de uma clientela. Assim, o imóvel onde se localiza o estabelecimento, o nome comercial, os direitos de exclusividade, os produtos a serem vendidos, o mobiliário etc., todos estes bens integram o fundo de comércio¹¹. Contrapondo-se a estes, existem bens que, adquiridos pela empresa, não são empregados na atração de clientes. Assim, por exemplo, um automóvel que sirva para conduzir os diretores da empresa de suas casas ao trabalho, um computador que emita as folhas de pagamento dos funcionários da empresa, uniforme para funcionários que não lidam com o público; todos estes bens, conquanto pertencentes à empresa, não compõem o seu fundo de comércio.

Os bens que compõem o fundo de comércio, ainda que de maneira remota, influenciam a aquisição de produtos, por parte do público. Pode-se afirmar que um consumidor, quando adquire, por exemplo, livros de uma loja, os está adquirindo nas circunstâncias em que se encontram: não se compram, meramente, **livros**, mas sim **livros vendidos pela loja X, dotada de um sistema de música ambiente, com iluminação agradável, vendedores gentis etc.** Não fossem estas condições acessórias, esta *máquina de vender* que circunstancia o livro, talvez o consumidor não o houvesse adquirido. Quantas vezes não se tem notícia de alguém que comprou uma roupa por causa da etiqueta?

A utilidade econômica destes bens acessórios, portanto, incorpora-se aos bens principais, aos bens ostensivamente adquiridos pelo consumidor. Não se está afirmando, simplesmente, que o consumidor é destinatário final dos bens acessórios porque **paga** por eles – isto conduziria à aceitação da segunda corrente apresentada, já que, conforme aquela logrou demonstrar, o consumidor também paga, por repercussão, o carro que leva o diretor à empresa, o uniforme do funcionário que não lida com o público, ou seja, bens que não integram o fundo de comércio.

O que importa não é, portanto, o fato de o consumidor pagar, em última análise, pelo produto adquirido pela empresa, mas sim que este produto esteja **destinado a ele**, destinado à sua atração; enfim, importa é que o bem, de alguma forma, **reverta em uma satisfação para o consumidor**. Se a empresa adquire automóveis para conduzir seus diretores, computadores que emitem contra-cheques dos funcionários etc., isto de nenhuma forma influencia o público, não torna os produtos mais atraentes. Tais

11 FRAN MARTINS, *Curso de Direito Comercial*, 3ª ed., p. 85 e segs.

aquisições encontram-se dissociadas do processo de fornecimento; não concorrem, de forma alguma, para o sucesso da empresa, perante o público.

Há que se ressaltar, ainda, que nem todo o fornecedor é comerciante (escolas e hospitais, por exemplo, em princípio não o serão). Analogamente à expressão **fundo de comércio**, poder-se-ia denominar **fundo de fornecimento** ao conjunto de bens dispostos pelo fornecedor, seja ele comerciante ou não, de maneira a atrair clientela.

O entendimento exposto carece, sem dúvida, de um desenvolvimento mais aprofundado. Procurou-se, por ora, tão-somente esboçar os contornos de uma interpretação da locução “destinatário final” que, sendo restritiva, não extrapolasse os limites impostos pelo ponto de partida legal. A aplicação do critério que ora se propõe não priva as empresas, *tout court*, da tutela do Código do Consumidor; circunscreve esta tutela, entretanto, às hipóteses em que a empresa não age **na qualidade de** empresa, ou seja, quando esta adquire produtos e serviços que não compõem o fundo de fornecimento.

7. A *Revista de Direito do Consumidor* (Editora Revista dos Tribunais), em seu volume nº 6 (p. 274), publica acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (Ap. Civ. nº 192188076), que vem a corroborar as conclusões ora apresentadas. A seguir, transcreve-se trecho da aludida decisão, relatada pelo Juiz Paulo Heerd: t

“Na esteira da melhor doutrina, a Lei 8.078/90, ao definir consumidor e fornecedor, em seus arts. 2º e 3º, pretendeu proteger o consumidor *stricto sensu*, pois que, como tal, considera o destinatário final do produto ou serviço.

Assim sendo, não se compreende no conceito de consumidor, para fins de proteção da lei, aquele que adquire produtos e os transforma ou, ainda, aquele que consome produto, destinado, contudo, a servir a outro produto que ele fabrica.

O acórdão em exame, portanto, ressalta que, diversamente do que defende a corrente mais abrangente, não é qualquer adquirente um consumidor, restando excluído deste conceito aquele que adquire bens para transformação ou para servir a outro produto que sua empresa fabrica.”

Prossegue o acórdão, exemplificando:

“Não será, portanto, consumidor, para os fins do cap. I do CDC, a empresa que adquire material de limpeza para atender ao seu estabelecimento comercial ou industrial, pois, de uma forma ou de outra, o consumo de tal material está destinado à produção de outros serviços ou produtos por ela fornecidos a terceiros.”

Efetivamente, os produtos de limpeza empregados em um estabelecimento comercial ou industrial repercutem no produto final, porquanto a higiene com que este é fabricado ou apresentado constitua um dos elementos de atração de clientela.

Parece que esta é, efetivamente, a melhor interpretação que se pode conferir à definição legal, pois a lei de defesa do consumidor visou a atender ao mandamento constitucional de defesa daquele que consome como destinatário final e não daquele que repassa o serviço ou produto – ainda que consumidos - a terceiro, integrados que estão na atividade lucrativa.

Integração à atividade produtiva – eis a expressão-chave. Ainda que a empresa possua, como finalidade fundamental, o exercício de atividade produtiva, necessariamente haverá produtos que adquirirá sem que estejam integrados a tal mister – como o carro que conduz seus diretores, o uniforme do pessoal que trabalha internamente etc. Impõe-se que o aplicador da lei analise cada aquisição levada a cabo por esta empresa, perquirindo se o produto será integrado à atividade produtiva, ao **fundo de fornecimento** – hipótese em que tal relação não se regulará pelas disposições do Código do Consumidor –, ou se será utilizado pela empresa como destinatária final, sem que seja empregado como elemento de atração do consumidor.

**Publicado originalmente na Revista nº 5 jan./jun. 1997, p. 159.*

O DIREITO DE MORRER A PRÓPRIA MORTE

MARIA ZELIA DE ALVARENGA*
OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES**

“Justo dá a cada coisa o lugar que lhe compete. Ordena na medida certa. Da mesma forma, responde à sua função criadora ou organizadora. O justo cumpre em si mesmo a função da balança, quando os dois pratos se equilibram perfeitamente, face a face. O justo se encontra, portanto, além das oposições e dos contrários, realiza em si a unidade e, por isso, pertence já, de certo modo, à eternidade; que é una e total, ignorando a fragmentação do tempo”. JEAN CHEVALIER e ALAIN GHEERBRANT.

INTRODUÇÃO

Em seu artigo “*Le Droit de Mort (dikè thanontôn) et les Droits de l’Homme*”, STAMATIOS TZITZIS critica a decisão proferida pela Corte Européia dos Direitos do Homem (1/1989/161/217, de 07 de junho de 1989), que denegou extradição requerida pelos Estados Unidos à Inglaterra para processar e julgar naquele país o alemão Jens Soering por crime de homicídio, cometido no Estado de Virgínia.

Para evitar sua condenação à morte, com base na legislação de Virgínia, Soering utilizou o recurso da *petição individual* perante a Corte, previsto no artigo 25, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, sustentando, em suas razões, que seria submetido a uma pena desumana e degradante, em contradição com o previsto no artigo 3º da referida Convenção, o que foi deferido pela Corte. Isto porque sua permanência no corredor da morte iria expô-lo a um estresse extremo e a uma degradação psicológica, além de riscos de sevícias.

Numa perspectiva mítica e filosófica, STAMATIOS TZITZIS procura demonstrar que a decisão denegatória de extradição por parte da Corte, baseada nos Direitos do Homem e nos valores democráticos, se revelou incoerente com esses mesmos valores, protegidos pela própria Convenção. Entre seus argumentos, destacam-se os seguintes:

- 1) Com a denegação do pedido de extradição pela Corte Européia de Direitos Humanos, ocorreu o triunfo do individualismo sobre os direitos coletivos¹, em oposição à lei² e ao ideal democrático.³ Foram sacrificados valores fundamentais de humanidade em benefício

* MARIA ZELIA DE ALVARENGA é Médica Psiquiatra. Membro Analista da Sociedade Brasileira de Psicologia Analítica.

** OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES é Procurador de Justiça. Livre-Docente em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1 STAMATIOS TZITZIS. *Le Droit de Mort (dikè thanontôn) et les Droits de l’Homme*, pp. 518 e 519.

2 *Ibid.*, p. 525.

3 *Ibid.*, p. 523.

de um indivíduo determinado, além de violada a reciprocidade, fundamento da justiça moral, que exige a justa reparação. Segundo o autor, entre os gregos, a Justiça Penal, de cunho democrático, era retributiva por excelência,⁴ como se constata nas *Suplicantes*, de EURÍPEDES, e em “*Ética a Nicômacos*”, de ARISTÓTELES;⁵

2) Se fosse conveniente dar prioridade aos direitos individuais sobre os coletivos, seria necessário eliminar não só a pena de morte, como também as penas privativas de liberdade, pois ambas violam direitos individuais.⁶ A pena de morte, contudo, não se apresenta contrária à humanidade, pois é em nome dessa humanidade que se devem suprimir os inimigos dos homens.

3) Na decisão da Corte, houve ausência de repartição igualitária entre o papel da vítima e do delinqüente, uma vez que os direitos da vítima sequer foram mencionados, enquanto os direitos humanos se apresentaram exclusivamente como direitos do delinqüente. Tal desigualdade de tratamento não existia na democracia grega, na qual os mortos tinham um lugar de honra na Cidade.⁷ Como exemplo dessa assertiva, a interrupção das hostilidades durante a guerra do Peloponeso, a fim de que as partes envolvidas na contenda pudessem sepultar seus soldados mortos com todas as honras (*diké thanontôn*).⁸

4) Na Antigüidade Grega, o assassinato, além de profunda violação ao sagrado, representava um ato de contaminação de uma vila inteira e o homicida não podia permanecer no território. Por esse motivo, com a punição do criminoso, os helenos se purificavam (*Eumênides*, v. 64).⁹

5) No Estado de Virgínia, para onde seria extraditado Soering, “os condenados à morte têm direito aos mesmos serviços médicos que outros detentos”. Possuem atendimentos psicológicos e psiquiátricos, bem como direito de receber visitas. Além disso, os advogados têm acesso a seus clientes. Por esses motivos, não haveria violação ao disposto no artigo 3º da CEDH, no tocante ao tratamento imposto ao acusado no “corredor da morte”;¹⁰

6) Se a pena de morte, nos países democráticos, não foi abolida *in referendum*, que exprime a vontade do povo, tudo que a afasta

4 *Ibid.*, p. 525.

5 *Ibid.*, p. 523.

6 *Ibid.*, p. 530.

7 *Ibid.*, p. 522.

8 *Ibid.*, p. 524.

9 *Ibid.*, p. 532.

10 *Ibid.*, p. 533.

afigura-se autoritário, digno de um regime totalitário.¹¹ No processo de extradição examinado, a Corte pôs um obstáculo a um processo legal e democrático de um país que agiu em nome da soberania do direito de impor uma pena justa;

7) Finalmente, propõe a inserção, na lista dos direitos subjetivos, o da reciprocidade, em nome de uma justiça imparcial, de humanidade e democrática.¹²

O presente texto apresenta uma réplica a esses argumentos, na tentativa de demonstrar que a pena de morte não encontra arrimo na mítica grega, nem na democracia moderna. Para tanto, a primeira parte deste estudo, baseado em fundamentação mítico-histórico-simbólica, buscará demonstrar que a lei da reciprocidade existente na Grécia fazia parte de um tempo histórico qualificado como Idade Média Grega. Entretanto, a partir do final do século VII a.C., com a instauração da religiosidade apolínea, modificações significativas passaram a compor a civilização grega. A lei do Talião, de caráter vingativo, foi erradicada, com o ingresso de um tempo novo de respeito aos direitos do homem, no qual penas de exílio, de ritos de purificação e prestação de serviços à comunidade ganharam prioridade. Na Segunda parte, partindo de um estudo comparativo entre a democracia da Grécia Antiga e a democracia moderna, tentar-se-á mostrar que a pena de morte se apresenta incompatível com a concepção moderna de democracia, alicerçada na proteção dos direitos fundamentais do homem.

1. A Visão Mítico-Histórico-Simbólica da Civilização Grega Sobre o Direito à Vida.

Inicialmente, a fim de se comprovar como ocorreram as erradicações do Talião e do caráter vingativo das penalidades, com a instauração da religião apolínea, torna-se necessária uma digressão sumária do processo evolutivo mítico-histórico da civilização dos povos helênicos, bem como uma leitura simbólica dos elementos fenomênicos que povoaram essa cultura.

A civilização grega é a expressão histórica de um povo que, como nenhum outro, colocou o acento tônico no homem. Suas tragédias contam seu próprio drama: a história de um povo que fez o homem avançar muito, mas na hora do desafio, parece não ter tido forças suficientes para manter o ritmo de seu desenvolvimento.

Essa civilização, também chamada de Helenismo, corresponde ao período da história dos povos que habitaram a região da Hélade entre o séc. XXV a.C. e VII d.C. Ao longo dos tempos, a civilização helênica se forjou como a tradução da mais sincera e intransigente manifestação de culto ao homem. O helenismo liga o culto do homem com o seu crescimento e faz dele seu tesouro maior. Segundo TOYNBEE, “no século V a.C., o filósofo helênico PROTÁGORAS DE ABDERA deu forma a tal pensamento, na celebrada frase ‘o homem é a medida de todas as coisas’”.¹³

¹¹ *Ibid.*, p. 535.

¹² *Ibid.*, p. 535.

¹³ ARNOLD J. TOYNBEE. *Helenismo, História de uma Civilização*, p. 20.

Povoando e fundamentando a civilização helênica, o Humanismo surge como forma de expressão mítico-filosófico-religiosa de o homem se relacionar com o mundo. O humanismo fascina o homem heleno “numa fase de seu desenvolvimento no qual já adquiriu consciência de ter certo domínio sobre a natureza não humana, mas, ainda não foi forçado a constatar, pela amargura da experiência, a dura realidade de que ainda não conseguiu seu autodomínio”.¹⁴

Os helenos estabeleceram sua religiosidade criando deuses à imagem e semelhança dos homens. Eram deuses movidos por emoções tão humanas que não há como ignorar a correlação entre suas expressões religiosas e as manifestações da estruturação da psique desse povo. Segundo JUNITO DE SOUZA BRANDÃO, as manifestações mais primordiais da religiosidade de caráter sincrético vindas das várias correntes religiosas, vigentes na região da Hélade, convergiam fundamentalmente para três demandas: a *gnôsis*, a *kátharsis* e a *athanasía*.¹⁵

A demanda por conhecer, ou *gnôsis*, realidade presente e marca desse povo, se realizaria se houvesse uma contínua purificação da vontade e dos desejos do homem (demanda da *kátharsis*). Quando suficientemente purificados, os humanos poderiam receber o conhecimento emanado do próprio divino. Além disso, somente através do conhecimento poderiam alcançar a *athanasía*, ou seja, a libertação dessa vida, geradora de morte e vida.

A demanda para se alcançar a *athanasía*, ou imortalidade, estava associada aos mitos populares de Dioniso. Através dela, o discípulo, *Homo Dionysiacus*, via *ékstasis*, ou seja, aquilo que gera entusiasmo, sentia-se liberado dos condicionamentos e interditos de ordem ético-político-social trazidos pelo culto a Apolo. Os devotos de Dioniso participavam de ritos nos quais, através do ritmo do corpo, procuravam encontrar o centro, por onde o divino se manifestaria. A dança, muitas vezes frenética, os colocava em *ékstasis*, em possessão, estado esse entendido como o de ser tomado pelo divino. Esse fenômeno representava a superação da condição meramente humana, fazendo com que o homem mortal, ou o *ánthropos*, se transformasse num herói (*anér*). O estado de possessão conferia ao indivíduo forças extraordinárias, sensação de plenitude, na qual recebia o conhecimento necessário para saber a razão de sua existência. O culto a Dioniso, contudo, representava uma ofensa à religião oficial da *Polis* e os Deuses Olímpicos ficavam ameaçados. Dioniso, segundo o poeta HESÍODO, não pertencia ao panteão dos olímpicos.

A partir do século VIII a.C., com a formação do Estado, começou a vigorar na *Polis* a religião apolínea, que passou a preconizar o respeito ao *métron*, à medida, ao comedimento. Com a nova religião, o conhecimento podia ser adquirido, mas não em excesso. Os sacerdotes de Apolo pregavam que o herói (*anér*) era um *hypocrihthés*, ou seja, aquele que respondia em êxtase, com baixa crítica, e por expressar-se como se fosse um outro, tornava-se um ator (*alter*) que entrava no excesso, na *hýbris*, causando violência a si e aos deuses. Na religião apolínea, todo descomedimento despertava ciúmes na divindade, expressos pelas Nêmesis, acarretando a punição do herói (*anér*) com a perda da razão (*áte*). Esta, por sua vez, provocava a loucura (*ánoia*), ou seja, a possessão pelas ménades. O humano possuído pelas ménades cometia atrocidades, crimes contra a natureza. A tragédia representava, dessa forma, a ultrapassagem da medida, do *métron*.

14 *Ibid.*, p. 21.

15 JUNITO DE SOUZA BRANDÃO. *Mitologia Grega*, v. II, p. 125.

Ao longo da História, o Estado tentou abolir a religião de Dioniso, entendida pelos governantes como a própria *hýbris*, fulcro de crimes ou descomedimentos, que deveriam ser eternamente vingados. Para tanto, apoderou-se da tragédia, instituindo concursos literários, através dos quais os autores seriam convidados a representar ou cantar o herói guerreiro pleno de *hýbris*, como era próprio de sua natureza. Somente ao herói era permitido ultrapassar a medida e somente ele suportaria o castigo dos deuses. Dessa forma, a tragédia deixa de ser o canto do Deus Bode Dioniso (*trago oidia*), para ser a exaltação do herói guerreiro.

A civilização da época da instauração da religião de Apolo passou a se alimentar de dois legados ancestrais: os poemas épicos de HOMERO, *Ilíada* e *Odisséia*, que cantam os deuses feitos à imagem e semelhança dos homens, e os poemas *Teogonia* e *Trabalhos e Dias*, de HESÍODO. Fundamentados nesses dois últimos, os helenos passaram a cultivar a força coletiva do grupo. Ninguém, individualmente, poderia se exceder.¹⁶

Já na religião dionisíaca, o corpo deveria voltar à Terra para a transformação e, como conseqüência, desenvolveu-se o culto aos túmulos. Com a diáspora grega para as costas do Oriente Médio, após a invasão dos Dórios, epopéias foram escritas para contar os feitos heróicos dos antepassados helênicos. O mito¹⁷ passou a ser expressão desse mundo e desse tempo e que, ao ser relatado, coloca todos “*in illo tempore*” ou “*in media res*”.

Havia na Grécia antiga, na qual predominava a religião dionisíaca, o conceito de *miasma* (miasma), que significava nódoa, mancha provocada por um homicídio, que atingia não só o autor do crime, mas contaminava toda a tribo. O *miasma* atingia o homem inclusive na sua condição física, porquanto os defeitos físicos eram considerados maldições decorrentes de miasmas.¹⁸

A fase da religião dionisíaca correspondia à dinâmica da consciência dos primeiros tempos, também denominada matriarcal, regida pela grande Deusa Mãe, na qual “crime é tudo quanto configura ofensa à vida, ao corpo, à natureza, contra a Deusa que tudo rege e de onde tudo provém”. A maior ofensa contra a vida é provocar a morte de um semelhante. O homicídio, na linha troncal, constitui o maior dos crimes dessa dinâmica, sendo considerado sagrado se cometido dentro do *guenos*, do núcleo tribal, contra pessoa do mesmo sangue (*personae sanguine coniunctae*). As maldições *hamárticas* decorrentes dos atos homicidas recaem sobre todos os membros.

Até a reforma jurídica de Dracon ou Solon (emergência da lei e da ordem estatal), famílias inteiras se exterminaram na Hélade, vingando ofensas contra seus familiares. Quando o crime ocorria na linha troncal, não havia como se fazer ‘justiça’, pois a função do vingador deveria ser exercida pelo parente mais próximo, promovendo a morte do assassino. Assim, se o irmão matasse o irmão, o vingador seria um terceiro irmão, ou o pai da vítima que, para vingar a ofensa, cometeria uma nova *hamartia*, que se somaria à primeira, configurando, dessa forma, uma sucessão de dolos transmitidos de gerações a gerações, criando um *guenos* maldito:

16 Cf. JUNITO DE SOUZA BRANDÃO. *Mitologia Grega*, v. I, p. 161.

17 O mito é uma forma de representar o coletivo e tenta explicar o homem, sua origem, seu mundo, ou seja, a complexidade do real. O mito traduz uma forma de pensar analógica, prestando-se a interpretações simbólicas que refletem de forma metafórica o funcionamento da psique humana. Dessa forma, decifrar o mito é decifrar-se a si mesmo.

18 Cf. JUNITO DE SOUZA BRANDÃO. *Mitologia Grega*, v. II, p. 94. Vale lembrar que esse conceito de miasma não é exclusivo da cultura grega, mas, de todos os povos da região, incluindo a Ásia Menor. Assim, na mítica judaica o maior de todos os mandamentos da lei de Deus é o quinto e que preconiza Não Matar.

“os descendentes do criminoso, também considerados malditos, ficavam à mercê da vingança decorrente das interferências da própria divindade”.¹⁹

Entretanto, a partir do século VIII a.C., Apolo passou a se constituir como a divindade mais importante cultuada nos mais de duzentos templos da Grécia e grandes modificações, de caráter social e político, emergiram na sociedade, trazendo mudanças de comportamento e instituição de novos valores. Apolo foi chamado de Deus *Kathársios* (purificador), o deus da purificação, por excelência.²⁰ Apolo, deus de caráter primordialmente oriental, adentrou na mítica grega, helenizando-se. Para tanto, nasceu como filho de Zeus, luminoso, solar, discriminador, e de Leto, deusa lunar oriental. De partida, nota-se que o deus do tempo novo nasceu da coalizão da noite com o dia, da lunaridade com a solaridade, antecipando a possibilidade de transcender os opostos. Apolo assumiu a regência do oráculo de Delfos após matar a serpente oracular *Pítom*; antes, porém, submeteu-se a ritos de purificação, em função do crime cometido.

Apolo, o novo senhor do oráculo, trouxe idéias e conceitos novos que haveriam de influenciar, pelos séculos seguintes, a vida política, religiosa e social de toda Hélade, bem como os fundamentos da cultura ocidental. Considerado um deus pacificador, contribuiu com sua autoridade, determinada pelos sacerdotes pertencente à classe dos eupátridas, para afastar a lei do Talião e erradicar a vingança de sangue, substituindo-a pela justiça dos tribunais.²¹

Após a instauração do júri popular, temática descrita na terceira peça da trilogia de ÉSQUILO: “*As Fúrias*” ou “*As Erínias*” ou “*As Eumênides*” (ÉSQUILO), Apolo substituiu a morte do homicida pelo exílio ou outra penalidade, com longos ritos catárticos, contribuindo, dessa forma, para humanizar os hábitos antigos referentes às penas impostas para o crime de homicídio. Do ponto de vista histórico, essa humanização das penalidades antigas ocorreu inicialmente na cidade de Atenas, no século VI a.C, durante o governo de Dracon, e foram aprimoradas pelo governo de Sólon.²²

O século VIII a.C. assistiu o nascer de um tempo novo, embora marcado pelo peso das mãos dos Eupátridas, os bem nascidos e detentores do poder econômico. Nessa época, HOMERO compôs suas epopéias que cantam as conquistas helênicas, relatando o culto aos mortos. O último canto *Ilíada* descreve os funerais de Heitor, enterrado com glórias de grande herói num interlúdio de contendas; as batalhas cessaram por doze dias para a realização de jogos fúnebres, celebrados em honra ao herói troiano morto.

Na seqüência histórica, no século VII a.C. HESÍODO, o grande poeta grego, compôs *Trabalhos e Dias* e *Teogonia*, surgindo como um perfeito legislador em nome das musas. HESÍODO é um ordenador do *Khaos*, da massa confusa: transformando-a, faz de Zeus a divindade maior que evolui das trevas para a luz.²³ HESÍODO relata os casamentos divinos do grande regente com divindades femininas e, num processo que reflete a própria transformação do inconsciente coletivo, o Deus emerge transformado desses *coniuctios*, dos quais incorporava atributos que lhe conferiam aspectos crescentes de maturidade. A transformação de Zeus refletia a transformação da cultura helênica.

19 MARIA ZELIA DE ALVARENGA. *A Dinâmica do Coração – Do Herói-Dever, Heroína-Acolhimento para Herói-Heroína-Amante-Amado*, pp. 138 e 139.

20 Cf. JUNITO DE SOUZA BRANDÃO. *Dicionário Mítico-Etimológico*, v. 1, pp. 87 e seguintes.

21 Cf. JUNITO DE SOUZA BRANDÃO. *Mitologia Grega*, v. II, pp. 95 e 96; ÉSQUILO. *Orestéia*, *passim*.

22 Cf. ARNOLD J. TOYNBEE. *Helenismo, História de uma Civilização*, *passim*.

23 JUNITO DE SOUZA BRANDÃO. *Mitologia Grega*. Vol. I, p. 161.

Zeus casou-se com *Têmis*, deusa da justiça divina, e gerou as *Horas*, tidas como os frutos gloriosos da Terra. *Têmis* é considerada como a lei da natureza, da norma e da boa convivência, principalmente entre seres de sexos diferentes, sejam eles divinos ou humanos. *Têmis* é a que congrega os homens e os deuses em assembleias (*ekklesia* - *ekklésia*). As *Horas*, filhas divinas de Zeus e *Têmis*, assinalam o momento correto. As *Horas* não traem e não enganam nunca. São havidas como criaturas verazes. As *Horas* se expressam segundo três configurações: *Eunomia*, representando a Ordem Legal; *Diké* (ou *Dice*) como a justa retribuição; Irene como a que representa a Paz.²⁴

Diké e *Têmis* se confundem em suas representações e, algumas vezes, *Diké* emerge como a hipóstase mais representativa de *Têmis*. Quando *Têmis-Diké* é desrespeitada, surgem as *Nêmesis*, ou as deusas vestidas de branco, configurando a raiva justa contra os que violaram a ordem da natureza. As *Nêmesis* representavam a justiça retributiva e eram incumbidas do restabelecimento do equilíbrio violado pela prática do crime (*hýbris*).²⁵

Quando *Têmis*, a do bom conselho, é desprezada, as *Nêmesis* surgem aladas, acompanhadas de *Edo*, a vergonha, para punir os homens. Segundo HESÍODO, as *Nêmesis* e *Edo*, *Temis* e *Diké* abandonariam a civilização no final dos tempos, em decorrência de comportamentos antiéticos por parte dos homens. E diz mais, que *Diké* já teria saído da Terra passando a integrar a constelação de *Virgo*.

Simbolicamente um Zeus psíquico e pleno de atributos emerge, e o divino progride em busca da justiça-*Diké*. JUNIO BRANDÃO, citando LESKY, afirma que "existe um caminho ascendente para a ordem estabelecida por Zeus, que é o triunfo da justiça".²⁶

Segundo JUNIO BRANDÃO, no segundo poema *Trabalhos e Dias*, HESÍODO compõe o texto revestindo-o de caráter ético, ligando duas leis fundamentais: necessidade de trabalhar e dever de ser justo. Trabalho e Justiça jamais poderiam se separar, pois a falta do primeiro geraria violência e injustiça.²⁷ HESÍODO escreve *Trabalhos e Dias* na forma de uma história onde o interlocutor é seu próprio irmão *Perses*, que havia roubado HESÍODO quando da divisão da herança recebida do pai. *Perses* experimentou a miséria e buscou ajuda do irmão que, a par de acolhê-lo, incita-o a seguir o caminho do trabalho e assumir a responsabilidade de seus atos.

Os textos gregos surgidos a partir de HESÍODO denotam o início de um tempo novo da dinâmica da consciência, de cunho patriarcal, anunciada pela emergência do herói conquistador e da heroína acolhimento. Tal dinâmica, "regida pelo arquétipo do Pai, estabelece um código no qual a ordem, o dever e a honra são realidades incontestáveis e norteiam a relação entre os humanos. O código não aceita exceções nem pode ser alterado sem anuência do coletivo. A ordem determina que a vida é soberana dentro da tribo, estabelece discriminação dos limites, estipula a hierarquia dos cargos e declara a assimetria das relações; o dever estabelece a obrigatoriedade do cumprimento de tarefas como realidade imposta pela ordem vigente; a honra define a probidade dos homens que, reconhecidos pelos seus feitos e méritos, devem ser respeitados por todos sem contestação. Dessa forma, crime é tudo quanto ultrapassa a medida do que está previsto pelo limite da lei ou do código, código esse estatuído por um conjunto de normas e regras decorrentes do *ethos* coletivo".²⁸

24 *Ibid.*, p. 33.

25 *Ibid.*, p. 232.

26 *Ibid.*, p. 163.

27 *Ibid.*, p. 163.

28 MARIA ZELIA DE ALVARENGA, *A Dinâmica do Coração - Do Herói-Dever, Heroína-Acolhimento para Herói-Heroína-Amante-Amado*, p. 139.

As composições literárias de HOMERO e HESÍODO, que retratam a dinâmica do novo tempo da consciência, constituem, inegavelmente, fonte de expressão da sabedoria do coletivo. O poeta é o vate, que decodifica o símbolo para a consciência, concorrendo para a estruturação de tempos novos. Apesar da cultura grega cultuar o progredir do coletivo exortando o comedimento de todos, as obras literárias apontam também para a importância do acolhimento das regras, para o respeito ao *ethos* e falam da necessidade do indivíduo assumir a responsabilidade diante de seus atos. A individualidade com as características de reflexão, próprias da dinâmica apolínea, começa a se estruturar em definitivo.

Os descomedimentos, tão presentes nos cultos orgiásticos dionisiacos, foram progressivamente substituídos pelo culto à regra estabelecido na religião de Apolo. Encimando o oráculo de Delfos, a inscrição *Gnoth s' auton, meden agan*, "conhece-te a ti mesmo mas não em demasia", é a máxima apolínea. Conhecer-se a si mesmo é uma necessidade do homem, mas o deus Apolo adverte: não em demasia, ou seja, não queira ser deus, não ultrapasse o interdito, pois se o fizer estará sujeito às leis maiores do próprio divino. A *hýbris* ou a *demesure* ou o descomedimento está interdita ao homem. E cada vez mais a consciência coletiva estrutura a certeza de que as tragédias existem como decorrência de nossos próprios atos, ensinamento presente nas peças gregas, escritas no século V a.C. pelos três maiores trágicos da Antiguidade: ÉSQUILO, SÓFOCLES e EURÍPEDES.

ÉSQUILO, com sua trilogia *Orestéia*, deixa clara a condição do nascer de um tempo novo: Orestes, matricida, que cometeu o maior de todos os crimes para a antiguidade grega, é julgado pelo primeiro júri popular mítico instituído, regido por Apolo, com *Athená* aliada à defesa do herói, instituindo a máxima que se traduzirá como um dos fundamentos da Justiça: *in dubio pro reo*.

Athená (Minerva romana) declara seu voto, mesmo antes do julgamento, afirmando que se houver empate entre os jurados, decidirá em favor de Orestes. As *Fúrias*, presentes no julgamento, ensandecidas com o crime, pedem a condenação do herói, exigindo que seu sangue seja derramado para vingar a morte da mãe Clitemnestra. *Athená*, em sua apologia às *Erínias*, exorta-as a mudanças, alertando que os tempos são outros e que se elas não forem cultuadas deixarão de existir. As *Fúrias*, diante da ameaça de esquecimento, deixam de ser deusas da vingança, transformando-se em *Eumênides* ou em bem-aventuranças, protetoras da raça humana. Mesmo absolvido do crime de morte, Orestes precisará cumprir ritos purificatórios. ÉSQUILO, na estrutura literária de suas peças, mantém a argumentação de personagens submetidos ao destino prescrito pelos deuses, numa luta insana para fugir às tramas dos desatinos divinos.

SÓFOCLES surge no cenário público, após alguns anos, apresentando o homem com seus conflitos subjetivos, numa eterna busca pela verdade: *Édipo Rei* e *Antígona* são exemplos dessa assertiva. A mais elegante e criativa de todas as peças remanescentes de SÓFOCLES, *Antígona*, foi escrita para exortar a heroína contestadora da lei imposta pelo Estado que a impedia de enterrar o irmão Polínice, morto como inimigo. A heroína invoca seu direito de dar ao irmão o ritual fúnebre sem o que sua alma, *eidola*, vagaria errante, sem encontrar o caminho dos Inferos, região dos mortos. Antígona, inconformada com o que lhe é negado, joga terra sobre o corpo do irmão, ritualizando seu enterro. Assume a responsabilidade pelo ato e é condenada à morte por tal comportamento, sendo emparedada viva. O rei Creonte, que a julgou, arrepende-se quando questionado pelo próprio filho Hêmon, que irá se matar ao

saber que a amada Antígona está morta. Creonte tenta reverter sua decisão, mas já não há mais tempo: o cadáver de Hêmon jaz ao lado do túmulo da amada Antígona. A heroína morreu por princípios e valores nos quais acreditava: os personagens da peça passam a exprimir a força da individualidade. O indivíduo emerge com nome próprio.²⁹

EURÍPIDES, o terceiro dos grandes trágicos, escreveu sobre as emoções que povoam a alma de todos nós, denunciando com clareza incontestada que os desatinos da vida são decorrentes de nossos próprios conflitos. Em sua peça *Medeia*, a protagonista clama no seu desespero: “compreendo o crime que tenho as maiores desgraças para os mortais”.³⁰ Os seres humanos, hipostasiados pelos seus personagens míticos, clamam por vingança, e com esse comportamento intempestivo as tragédias se consumam. Em outras palavras: quando os homens são tomados pela emoção, objetivam a vingança e cometem desatinos que configuram tragédias.

Como se conclui pela evolução mítico-histórica da Grécia antiga, o Estado que permanecer preconizando a lei do Talião manterá a mesma propositura primitiva e sombria da Idade Média grega, contestada pela formulação apolínea dos tempos novos, na qual a pena de morte, como reflexo de uma justiça retributiva, não encontra espaço.

A morte do homicida não traz de volta a *areté*, ou seja, a excelência daquele que morreu, e a *timé*, o direito de ser honrado. Ambas as virtudes, *areté* e *timé* permanecem, sendo da competência dos que ficam cultuá-las como valores imortais. Hoje, mais que nunca, somos todos “irmãos” simbólicos da grande família que habita a mesma Terra Mãe. O homicida é um maldito porque infringiu a lei divina e não compete ao homem infringir a mesma lei decretando a morte do outro, num contexto de vingança.

A lei do Talião exorta à reciprocidade. A lei de Apolo exorta à reflexão. A reciprocidade da justiça, vingança pelo sangue derramado, invocada nas *Suplicantes* ou em *Hécuba*, textos de EURÍPIDES, não aplaca a dor do luto dos que perderam entes queridos. O culto aos mortos, até os dias de hoje, é da competência dos que ficam: lembrá-los é rememorar seus feitos e manter sua glória.

2. A Contestação da Pena de Morte na Democracia Moderna.

Na democracia de Atenas, preconizada por Péricles, não havia o reconhecimento dos direitos individuais na formação filosófica e política, embora os governantes fossem escolhidos pelos cidadãos, excluídos dessa categoria os escravos e os estrangeiros. A liberdade política limitava-se à participação dos cidadãos nas funções públicas e nas assembléias populares. Não eram, contudo, reconhecidos como portadores de direitos subjetivos fundamentais. Não possuíam a liberdade individual nem a igualdade civil. A idéia de democracia restringia-se à participação política do cidadão na *Polis*, sem reconhecimento da qualidade individual, considerada desprovida de valor essencial.

29 SÓFOCLES. *Antígona*.

30 EURÍPIDES. *Medeia*, p. 48.

Não havia liberdade dos cidadãos na esfera da vida privada. Como realçado nas *Leis* por PLATÃO: “aquele que tencione dar a uma Cidade leis que disponham sobre a conduta dos cidadãos no exercício das funções públicas e oficiais e julgue não ser preciso regular os atos privados; aquele que permita a cada um passar como entende seus dias, e, em vez de sujeitar tudo a uma regra, deixa os negócios privados seguirem o seu curso livres de qualquer lei... esse labora em erro”.³¹ Como conclui JOSÉ RENATO NALINI, “a esfera de autonomia individual era desconhecida dos antigos. Daí falar-se em liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, análise devida a BENJAMIM CONSTANT. No pensamento político grego, a personalidade humana só poderia se desenvolver na plenitude possível, quando integrada e subordinada ao Estado. A liberdade seria a participação na vida da *polis*. Tanto assim, que ARISTÓTELES e PLATÃO igualmente justificavam a existência de escravos. Já para os modernos, a liberdade é a realização na existência individual”.³²

Outra é a concepção da democracia moderna, na qual o conceito de cidadania ultrapassa a titularidade de direitos políticos, não se limitando à participação do povo na coisa pública, mas no completo desenvolvimento do Estado Democrático, consubstanciado na garantia geral dos direitos fundamentais do homem, como diz JOSÉ AFONSO DA SILVA.³³ Com base nesses direitos, erigidos a dogmas constitucionais, entre os quais o da inviolabilidade da vida humana, diversos países aboliram a pena de morte nas últimas décadas. Na Europa ocidental, nenhum país a possui no direito comum.

A transformação da concepção de democracia antiga em moderna ocorreu, de forma marcante, a partir do triunfo do individualismo preconizado pelo Iluminismo do século XVIII. A filosofia das luzes deu caráter universal ao reconhecimento da autonomia do homem e aos direitos naturais a ele inerentes dentre os quais, o direito à vida. Na lição de SÉRGIO PAULO ROUANET, “o Iluminismo visa a emancipação de todos os indivíduos, independentemente de raça, gênero e nacionalidade, na tríplice dimensão da economia, da política e da cultura. Noutras palavras, em sua busca de autonomia o Iluminismo é universalista em sua abrangência e individualizante em seu foco. Seu horizonte é a humanidade inteira. E, enquanto titulares de direitos, os seres humanos devem ser emancipados como indivíduos e não como membros de uma cultura ou de uma nação”.³⁴

Na visão de ROUANET, o ideal universalista do Iluminismo desemboca na concepção de uma democracia mundial, que “supõe uma comunidade mundial composta de cidadãos livres e iguais, titulares dos mesmos direitos, independentemente de sua nacionalidade e de sua etnia. Seguindo a lição de filósofos como ISALAH BERLIN e NORBERTO BOBBIO, os defensores dessa concepção encaram com ceticismo a noção de direitos coletivos, na medida em que eles possam colidir com os direitos fundamentais do homem”.³⁵

A tendência da universalização concreta da defesa dos direitos fundamentais do homem se fez sentir a partir do final da Segunda Guerra Mundial, quando a comunidade internacional tomou ciência das atrocidades cometidas durante os conflitos, principalmente o holocausto. A comunidade internacional, então, percebeu

31 *apud* JEAN-JACQUES CHEVALLIER. *História do Pensamento Político*, t. 1, p. 71.

32 JOSÉ RENATO NALINI. *Constituição e Estado Democrático*, p. 75.

33 JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 121.

34 SÉRGIO PAULO ROUANET. *A Morte e o Renascimento das Utopias*, p. 16.

35 *Ibid.*, p. 16.

a necessidade de serem elaborados vários tratados de proteção aos direitos humanos, com destaque para Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948. Os pactos e convenções elaborados na segunda metade do século XX reforçaram a exigência de prevalência da proteção dos direitos fundamentais individuais sobre os direitos fundamentais coletivos, em prol da própria humanidade.

Não é outra a lição de ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, para quem “o desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se, pouco a pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável competência nacional exclusiva”.³⁶

Embora a pena de morte ainda não tivesse sido abolida no Estado de Virgínia, não obstante já tivesse ocorrido em outros Estados Norte Americanos, acertada a denegação da extradição de Jens Soering por parte da Corte, amparada na Convenção Européia de Direitos Humanos, porquanto na interpretação dos tratados e pactos internacionais, não se pode invocar o dogma da soberania de um Estado, mesmo democrático, quando se trata de questões afetas à proteção dos direitos fundamentais do homem. Esse o pensamento de ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE: “No processo de interpretação dos instrumentos de proteção internacional, como dos tratados em geral, não tem havido – como não poderia haver – lugar para a invocação do dogma da soberania: também no domínio da proteção internacional dos direitos humanos os Estados contraem obrigações internacionais no exercício pleno de sua soberania, e na livre aceitação pelos Estados de obrigações, no plano internacional, não há de ser tida – como não o poderia ser – como um abandono da soberania”.³⁷

Além dos pactos e tratados de direitos humanos, o recém criado Tribunal Penal Internacional, em conferência realizada em Roma, em 1998, destinado ao processo e julgamento de crimes contra a humanidade, comprova a tendência da globalização da proteção dos direitos fundamentais. Esse tribunal ainda não se encontra em funcionamento, necessitando, para tanto, que um mínimo de sessenta países ratifiquem o tratado no qual foi criado. Entre as penas previstas, o Estatuto do Tribunal Internacional rejeitou a pena de morte. Segundo SYLVIA HELENA FIGUEIREDO STEINER, “no Comitê Preparatório, que antecedeu a Conferência de Roma, as discussões foram acirradas, já que diversas delegações insistiam na inclusão da pena de morte, ao argumento de que sem a possibilidade de haver essa pena o objetivo intimidatório da Corte seria diminuído, bem como sua credibilidade reduzida. Outros, contrários à pena de morte, acenavam com a incompatibilidade entre tal pena e disposições expressas em Convenções de Direitos Humanos por seus Estados ratificadas, o que tornaria incompatível a ratificação do Estatuto”.³⁸

Com efeito, a pena de morte afigura-se incompatível com as disposições expressas em Convenções Internacionais de Direitos Humanos, que reconhecem a inviolabilidade da vida humana e propõem medidas aptas a afastar a pena de morte dos ordenamentos jurídicos dos Estados nos quais ainda não foi abolida.

36 ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, p. 4.

37 *Ibid.*, p. 5.

38 SYLVIA HELENA FIGUEIREDO STEINER. *O Tribunal Penal Internacional*, p. 105.

A Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950) não impedia a aplicação da pena de morte, desde que houvesse previsão legal; no entanto, o Protocolo nº 6 à referida Convenção, de 28 de abril de 1983, considerando a tendência dos Estados membros em abolir a pena capital, estabeleceu: “art. 1º- A pena de morte é abolida. Ninguém pode ser condenado a tal pena nem executado; art. 2º- Um Estado pode prever na sua legislação a pena de morte para atos cometidos em tempo de guerra ou de perigo iminente de guerra; tal pena só será aplicada nos casos previstos por essa legislação e em conformidade com as suas disposições. Esse Estado comunicará ao Secretário-Geral do Conselho da Europa as disposições pertinentes da legislação em causa”.³⁹ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por sua vez, em seu item 4, que cuida do Direito à Vida, prescreve, em seu artigo 3º, que “não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”.

A pena de morte, sem dúvida, afigura-se ilegítima por atentar contra o princípio de direito fundamental relativo à inviolabilidade da vida, essencial à proteção da dignidade humana. Se o Estado protege a vida humana e considera como crime o homicídio, afigura-se incoerente a presença da pena de morte em seu ordenamento jurídico. Segundo JOSÉ RAFAEL MENDOZA TROCONIS, “*si el legislador prohíbe matar, i luego establece como sanción del homicidio o de otros delitos, la muerte del homicida o del sujeto activo de los otros hechos punibles, esa contradicción con el principio contiene un vicio de inmoralidad*”.⁴⁰

Além de atentar contra a inviolabilidade do direito fundamental à vida, a pena de morte representa uma sanção revestida de crueldade, em desacordo com a Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950, cujo artigo 3º, no qual foi amparada a decisão denegatória de extradição de Jens Soering, estabelece que “ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. Como sublinha JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, “a pena de morte é a última modalidade de pena cruel, desumana e degradante da história do direito penal: cruel, pelo sofrimento físico e mental do condenado, sua família e amigos; desumana, pela ruptura de sentimentos mínimos de piedade e de solidariedade entre os homens; e degradante, pelo envilecimento moral e social de seus aplicadores e executores.”⁴¹

Como comentado em outro estudo, com base nas informações colhidas pela Anistia Internacional, “além da execução em si, a crueldade maior consiste na expectativa da morte infligida ao condenado, que pode durar meses ou anos. Mesmo após a sentença, a angústia provocada por cada etapa do processo de apelação pode deprimir certos prisioneiros a tal ponto que chegam a desistir do recurso e aceitar a execução, como uma forma de suicídio. O isolamento no ‘*corredor da morte*’, às vezes, longo tempo antes da execução, causa a ‘*morte da personalidade*’, com a perda do sentido da realidade, acompanhada de uma degradação física e mental”.⁴² Essa espécie de tortura psicológica foi descrita por um psiquiatra que se ocupou de prisioneiros do “*corredor da morte*” em Trinidad-e-Tobago. Em sua declaração perante a Suprema Corte daquele país, comentou que “uma prisão em tais condições acarreta

39 Cf. ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, p. 451.

40 JOSÉ RAFAEL MENDOZA TROCONIS. “*La Denominada Pena de Muerte*”, p. 390.

41 JUAREZ CIRINO DOS SANTOS. “*A Morte da Pena*”. In *Folha de São Paulo*, de 15.12.1991.

42 AMNESTY INTERNATIONAL. *La Peine de Mort Dans le Monde*, p. 62. *Apud* OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES. *A Pena Capital e o Direito à Vida*, p. 68.

alterações psicológicas do tipo eufórico e depressivo. A reclusão prolongada num espaço restrito provoca inevitavelmente uma reação de claustrofobia e conduz frequentemente à ansiedade crônica e à depressão. Os prisioneiros têm tendência a tornar-se dóceis e, em certos casos, chegam a perder a vontade de viver. A prisão prolongada numa pequena cela iluminada mesmo à noite pode ser considerada como uma forma de tortura psicológica”.⁴³ Por tais motivos, a crueldade imposta pela condenação à morte não fica elidida nem minimizada com eventual bom tratamento ou boa assistência prisional dispensados aos condenados nas etapas que precedem a execução.

STAMATIOS TZITZIS sustenta que, se tivesse de priorizar os direitos individuais sobre os coletivos, ter-se-ia de eliminar não só a pena de morte, como a privativa de liberdade, pois ambas violam direitos individuais.⁴⁴ De fato, “poder-se-ia afirmar que a de prisão também viola o direito natural de liberdade e, apesar disso, é aceita na totalidade dos países; no entanto, a privação de liberdade só se justifica pela concepção moderna de prevenção específica, voltada para a reeducação do delinquentes, com possibilidades de sua reinscrição social, o que não ocorre com a sanção máxima, cuja única eficácia comprovada é a retributiva”.⁴⁵ Como adverte JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, “*en tanto en cuanto siga siendo necesaria la pena privativa de libertad – y ésta, por razones de prevención general, habrá de seguir ocupando un papel importante en el sistema penal –, no podrá renunciarse a la resocialización*”.⁴⁶

A pena de morte, ao contrário da pena privativa de liberdade, se acha em descompasso com o Direito Penal garantista, que encontra seus limites de atuação estatal nos princípios de proporcionalidade, de ressocialização e, principalmente, no de humanidade. A esse respeito, para concluir, as palavras de MIGUEL TORGA por ocasião do centenário da abolição da pena de morte em Portugal: “A tragédia do homem, cadáver adiado, como lhe chamou FERNANDO PESSOA, não necessita dum remate extemporâneo no palco (...) Por isso, humanos que somos, exijamos de forma inequívoca que seja dado a todos os povos um código de humanidade. Um código que garanta a cada cidadão o direito de morrer a sua própria morte”.⁴⁷

43 AMNESTY INTERNATIONAL. *La Peine de Mort Dans le Monde*, p. 63.

44 STAMATIOS TZITZIS. *Le Droit de Mort (dikè thanontôn) et les Droits de l’Homme*, p. 530.

45 OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES. *A Pena Capital e o Direito à Vida*, p. 69.

46 JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 32.

47 MIGUEL TORGA. *Pena de Morte*, p. 5.

BIBLIOGRAFIA

ALVARENGA, Maria Zelia de. "A Dinâmica do Coração - Do Herói-Dever, Heroína- Acolhimento para Herói-Heroína-Amante-Amado". In: *Junguiana - Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Analítica*, São Paulo, n. 18, 2000.

AMNESTY INTERNATIONAL. *La Peine de Mort Dans le Monde*. Paris, Les Éditions d'Amnesty International, 1989.

BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*. Petrópolis, Vozes, v. I e II, 1987.

_____. *Dicionário Mítico-Etimológico*. Petrópolis, Vozes, v. 1, 1991.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do Pensamento Político*. Tradução de Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, t. 1, 1982.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *A Pena Capital e o Direito à Vida*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000.

ÉSQUILO. *Orestéia*. Tradução de Mário Gama Cury. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1991.

EURÍPEDES. *Medeia*. Tradução de Maria da Eucaristia Daniellou. Rio de Janeiro, Universidade Santa Úrsula, 1980.

NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo, FTD, 1997.

ROUANET, Sérgio Paulo. "A Morte e o Renascimento das Utopias". In: *Folha de São Paulo, Caderno Mais!* 25 de junho de 2000.

SANCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona, Bosch, 1992.

SANTOS, Juarez Cirino dos. "A Morte da Pena". In: *Folha de São Paulo*, de 15 de dezembro de 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Mário Gama Cury. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1991.

STEINER, Sylvia Helena Figueiredo. "O Tribunal Penal Internacional". In: *Revista do Tribunal Regional Federal - 3ª Região - nº 41 - janeiro/março de 2000*.

TORGA, Miguel. "Pena de Morte". In: *Pena de Morte - Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal*. Coimbra, Gráfica de Coimbra, v. 1, 1967.

TOYNBEE, Arnold J. *Helenismo, História de uma Civilização*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1983.

TRINDADE, Antonio Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo, Saraiva, 1991.

TROCONIS, José Rafael Mendoza. "La Denominada Pena de Muerte". In: *Pena de Morte, Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal*. Coimbra, Gráfica de Coimbra, v. II, 1967.

TZITZIS, Stamatios. "Le Droit de Mort (dikè thanontôn) et les Droits de l'Homme". In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Milano, Giuffrè editore, n. 68, julho/Setembro de 1991.

**Publicado originalmente na Revista nº 15 jan./jun. 2002, p. 187.*

A CADEIRA DE INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO

PAULINO JACQUES*

A seriação curricular é um dos problemas fundamentais em qualquer estabelecimento de ensino superior, e a solução adequada a primeira etapa na boa administração pedagógica. Numa Faculdade de Direito, onde se ensinam as regras de conduta individual no meio social, o problema avulta tendo em vista a correlação existente entre as diversas disciplinas jurídicas. Com a superação da velha dicotomia romana – *jus publicum* e *jus privatum* – em face da invasão cada vez maior do campo do direito privado pelo direito público, os doutrinadores tiveram de pensar numa “terza dimensione” (CESARINI SFORZA), ou seja, um novo campo do Direito, que RADBRUCH e GURVITCH, seguido as pegadas de DUGUIT, denominaram “direito social”. É óbvio que essas três dimensões do ordenamento jurídico – direito privado, direito público e direito social – integram a juridicidade, como órgãos do imenso organismo ético-normativo – o Direito – mantendo, assim, as mais estreitas relações, com as influências mútuas por elas geradas. Aliás, estas influências e aquelas relações é que revelam a vivência do organismo jurídico e asseguram a sobrevivência da vida em sociedade, que fora da normatividade ético-jurídica não tem salvação.

Na seriação curricular vigente no Curso de Bacharelado, a cadeira de Introdução permanece na 1.^a série, como não podia deixar de acontecer, sendo, como realmente é, disciplina propedêutica do ensino jurídico, iniciadora do estudante nos “mistérios” da Ciência de ULPiano. Em geral, mantém vizinhança com a Economia Política, o Direito Constitucional ou a Teoria Geral do Estado e o Direito Civil – disciplinas que integram a 1.^a série – as quais devem respeitar o domínio alheio, adstringindo-se ao que lhes é peculiar. Daí a relevância dos programas correspondentes, que hão de ser elaborados levando em conta os limites que separam aquelas disciplinas, para um bom rendimento didático. Por isso mesmo, existe na grande maioria das Faculdades de Direito uma Comissão de Coordenação de Programas, que se destina a supervisionar as programações curriculares, a fim de prevenir repetição de assuntos e possíveis controvérsias doutrinárias, com o conseqüente dispêndio inútil de tempo e a dúvida desencorajadora no espírito dos alunos. Todavia, essa Comissão, com atribuições tão relevantes, raramente se reúne e, quando o faz, é apenas para revelar a sua existência. Em conseqüência, continuam as repetições de assuntos em programas diferentes e as controvérsias doutrinárias correspectivas...

É certo que as raías da cadeira de Introdução têm variado no tempo e no espaço, mesmo entre nós. Do “Speculum Juris” de DURANTIS (século XIII) à Encyclopädie der Rechtswissenschaft” de AHRENS, KOHLER, ou MERKEL (século XIX) – a disciplina extrapolou-se ao invadir vários ramos do Direito, com o caráter de *enciclopédia*. Isso era perfeitamente compreensível, dada a *superficialidade* dos conhecimentos jurídicos naqueles séculos, a qual levava o doutrinador à *generalização* e à *universalidade* (o enciclopedismo); porém, incompreensível em nosso século, em que os estudos se *aprofundaram*, conduzindo à *especialização* e à *singularidade* (o cientificismo). Eis por que essa cadeira foi, pouco a pouco, perdendo o cunho de *enciclopédia jurídica* para

* Professor, Jurista e Historiador.

adquirir o de *introdução ao estudo do direito*, como ocorreu em nosso país nas primeiras décadas deste século. Os “Princípios de Sociologia Jurídica” de EUSÉBIO DE QUEIROZ LIMA, que vieram a lume em 1922, revelam essa metamorfose, compreendendo um título preliminar, com noções gerais dos diferentes tipos do conhecimento, e mais cinco títulos específicos, cuidando da eidética do Direito e da Sociedade, com as suas implicações naturais. Orientação semelhante, nota-se em HERMES LIMA, com a sua “Introdução à Ciência do Direito”, que data de 1933, embora se haja utilizado de método diverso, mais indutivo que dedutivo, o que o levou a desenvolver matéria específica de direito civil, como os atos jurídicos e a responsabilidade civil, o casamento e a propriedade em sua formalística, tanto quanto de direito constitucional, como as formas de Estado e de governo e a representação política – assuntos afetos, obviamente, aos professôres dessas disciplinas, hoje, ministradas na 1.^a série curricular. É a repetição de temas e a controvérsia doutrinária, que não servem à boa ministração do ensino jurídico...

A problemática da cadeira de Introdução é, assim, a delimitação da matéria a ser versada pelo professor – que não deve mergulhar em profundas indagações filosóficas ou sociológicas, para deslizar na superfície da teoria geral ou da história do Direito, nem tão pouco restringir-se ao estudo da normatividade em sua múltipla ramificação, esquecendo aquelas noções teoréticas, que são também necessárias para a boa compreensão da fenomenidade jurídica. Essa delimitação de matéria, entretanto, só pode ser feita num “curso”, que é o desenvolvimento sistemático do programa, devendo conter, tanto quanto possível, o que se fizer necessário para *introduzir* o aluno no mundo do Direito. Sendo êste, como em verdade é, um fenômeno natural e histórico-sociológico, tanto quanto cultural-valorativo e ético – impõe-se a ministração de elementos de sociologia jurídica e de teoria geral do direito, como também de história e filosofia jurídicas, que constituem os alicerces do Direito. Foi o que tentamos realizar com o nosso “Curso de Introdução à Ciência do Direito”, edição Forense, 1968 – razão por que o dividimos em cinco partes: à primeira, denominamos Sociologia Geral do Direito, por conter noções breves acêrca do homem e a sociedade, com suas implicações jurídicas; à segunda, Teoria Geral do Direito, compreendendo a eidética jurídica e a normatividade, com suas diferentes configurações no convívio e a correspondente problemática; à terceira, História Geral do Direito, em que é feito um apanhado dos principais sistemas jurídicos antigos e modernos; à quarta, Filosofia Geral do Direito, que é um balanço sintético das diferentes concepções do Direito no tempo e no espaço sociais; e à quinta, Noções Gerais de Direito Positivo Brasileiro, abrangendo os mais importantes ramos do direito público, do direito privado e do direito social, num exame perfuntório da natureza, conceito, fins e relações de cada uma das disciplinas. Assim, a matéria, embora ampla, ficou convenientemente delimitada – para prevenir repetições ou invasões de território alheio.

Contra êsses desvios didáticos, com efeitos pedagógicos nocivos, levantara-se, há quarenta anos, a voz de JOAQUIM PIMENTA, então professor na Faculdade de Direito do Recife, em parecer solicitado pela Congregação, no qual denunciava a “invasão civilista, ranço de *romanidade*, de difícil expurgo, mas que era preciso fazer cessar, a bem da boa sistemática curricular” (*apud* PAULINO JACQUES, “Curso de Introdução à Ciência do Direito”, Editôra Forense, 1968, pág. 11, *in principio*) – protesto êsse que renovamos, em 1966, em caráter de *indicação* ao Conselho Departamental da Faculdade de Direito da UEG, do qual éramos membro, invocando artigos regimentais que vedavam a “repetição, com igual feição, de igual matéria, em outra cadeira diversa”,

sem que o Douto Conselho haja dado, até hoje, solução ao assunto. Certamente, a Reforma do Ensino Universitário, que se pretende agora fazer, abrangendo também os currículos; há de pôr côbro a tamanha anomalia.

É oportuno repisar que a cadeira de Introdução é de *policultura*, devendo abranger os ensinamentos realmente propedêuticos à Ciência do Direito, que mergulha as suas raízes na sociologia, na história e na filosofia, sem cujo subsídios não se pode compreender devidamente a ciência política que estrutura o convívio. Daí o cunho *policultural* que há de apresentar um verdadeiro *curso* – obra precìpuaente didática – a fim de que revele ao aluno todo o páramo da *jurisprudèntia*, cujas fronteiras exibem marcos sociológicos, históricos e filosóficos. Nada há, pois, de “artificial, sem unidade básica” – na expressão de TEÓFILO CAVALCANTI FILHO – numa obra, como o nosso “Curso” referido, cujos assuntos se distribuem em cinco partes perfeitamente entrosadas e, mesmo, justapostas (acima enunciadas), tanto o Direito é fenômeno natural-histórico-sociológico e ético-cultural-valorativo.

Há cerca de trinta anos, quando ainda advogávamos, sustentamos a tese de que, no crime de imprensa, impunha-se distinguir entre as pessoas do juiz e do jornalista, ainda que constituindo um mesmo e único ente humano, para responsabilizar este último (o jornalista) pela *divulgação* em seu jornal das injúrias e calúnias assacadas contra uma parte *sub-judice*, por aquêle (o juiz) no gôzo de suas imunidades de magistrado. Fomos, por isso, chamado injustamente de PICO DE LA MIRÁNDOLA (1463-1949) – jovem pensador italiano renascentista, que, por suas idéias originais, pairou acima de seus contemporâneos, mas não foi por eles devidamente compreendido. A tese, mais tarde, vingou, sendo, hoje, pacificamente aceita – o que não podia acontecer naquela época, em face do regime ditatorial reinante entre nós, que perseguia os seus desafetos tanto quanto protegia os seus apaniguados.

Oferecendo um esbôço de “teoria da normatividade jurídica”, em nossa tese de docência para a cadeira de Introdução, em 1958 – numa tentativa de sistematizar o estudo da norma jurídica – fomos mimoseados por um dos membros da Comissão Examinadora com a assertiva, que ressumava mágoa de compilador desiludido, de que “arrombáramos uma porta aberta”, provocando réplica de nossa parte, reconhecendo que, se assim realmente fora, éramos menos infelizes que aquêle que “jamais arrombara coisa alguma”...

Apresentando um ensaio sobre o “conceito do direito”, em que examinamos a essência do fenômeno jurídico, procurando pôr ordem no caos reinante – o que constitui a nossa tese para a cátedra de Introdução, em 1964 – foi-nos atribuído, sem razão, o propósito de “procurar o fundo das coisas que não têm fundo” e, ainda, o de “acender lâmpadas ao sol”. Quanto ao fundo, nada há que não o tenha – pois a própria superfície é *expansão* do fundo – inexistindo nada mais fundo que o fundo do direito, deitando as suas raízes nas profundidades do fenomenismo social ... Quanto às lâmpadas ao sol – lembrando que DIÓGENES acendia lanternas “para procurar um homem” – quer-nos parecer menos temerário que fazer arder velas de sebo...

Ainda bem que pretendem acabar com as cátedras, cuja conquista é tão penosa, exigindo, por vêzes, sacrifícios imensuráveis e alto espírito de renúncia para esquecer a própria personalidade. Pelo menos, serão poupados os futuros candidatos, de tamanhos dissabores, e a classe dominante, detentora do poder político, mais fàcilmente imporá a sua vontade à própria Universidade. Adeus, magistério científico!...

A cadeira de Introdução será aquela que receberá os mais duros impactos, devido ao seu *policulturalismo*, que a expõe ao fogo dialético de sociólogos, historiadores e filósofos, sempre prontos a visualizar os assuntos com o exclusivismo de suas especialidades, e enseja a invasão de seus domínios por outros especialistas.

Todavia, a coordenação geral dos programas curriculares, realizada por uma comissão que realmente funcione - revendo a programação e fiscalizando-lhe a execução - restituirá às cadeiras a plenitude de sua autonomia, especialmente à de Introdução, e as reabilitará perante a consciência universitária.

**Publicado originalmente na Revista nº 6 set./dez. 1968, p. 114.*

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO**

PAULO DOURADO DE GUSMÃO*

1. O direito brasileiro, tomando por modelo o anterior Código Civil italiano, determina que, esgotado o recurso à analogia e aos costumes, deve o juiz recorrer aos “princípios gerais do direito”. O Código Civil austríaco de 1811, em seu artigo 7º, que, pela primeira vez, a eles se referiu, mandava o intérprete usar os “princípios do direito natural”. Mas, o positivismo jurídico fez com que o legislador italiano de 1865, seguindo o modelo do austríaco, abandonasse o adjetivo “natural”, criando a fórmula “princípios gerais do direito”, que nosso legislador aproveitou e que, como nota SCIALOJA (*Del diritto positivo e dell'equità*), têm atormentado os intérpretes. FADDA e BENZA, em notas à tradução italiana de WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*, vol. I), dizem serem tais princípios os do direito positivo italiano. Aliás UNGER (*System*), apesar de o Código Civil austríaco considerá-lo como os do direito natural, interpreta-os como sendo os do direito vigente. Na Itália COVIELLO (*Manuale*) e SCADUTO (*Sull'identificazione dei principî generali del diritto*), além de outros, sustentam tese semelhante. Entretanto, há os que vêem nêles uma oportunidade para se recorrer ao direito natural. BRUNETTI, em 1906, em *Il delitto civile*, assim se manifestou. Mais tarde desenvolveu tal opinião no trabalho “*Il diritto natural nella legislazione civile*”, aparecido na *Rivista di Diritto Commerciale* (1922). Dois anos antes, em conferência pronunciada na Universidade de Roma, publicada com o título *Sui principî generali del diritto* (1921), DEL VECCHIO sustenta opinião semelhante. Chamou a atenção para o fato de inexistir razão para identificá-los com os do direito nacional, porquanto tal limitação étnica estaria em desarmonia com o “espírito e com a própria letra da lei, que, referindo-se, de modo tão lato, aos princípios, não poderia ter em vista um sistema de direita nacional, no momento, aliás, ainda em formação, e sim, manifestamente, se referir às supremas verdades da direita *in genere*, vale dizer, aos elementos lógicos e éticos do direito, que, por serem nacionais e humanos, são, virtualmente, comuns aos diversos povos”. “Asseverar – continua DEL VECCHIO, que os princípios gerais do direito são válidos somente para cada povo particular, isto é, que há tantas séries de princípios gerais do direito quantos sistemas particulares, se não é, claramente, uma verdadeira *contradictio in adjecto*, não corresponde, certamente, à crença numa *ratio juris* de caráter universal, que, desde os romanos, diga-se o que se quiser em contrário, é patrimônio comum de nossa consciência jurídica e, sem dúvida, inspirou também os autores do Código”. Depois de outras considerações, identifica-os com as do direito natural, que “acompanha a humanidade em seu desenvolvimento” e que se acha presente na consciência jurídica, decorrente da natureza das coisas, “tal como esta pode ser apreciada pela razão”.

Na época, em 1921, tal trabalho provocou discussão levando a MICELI, na *Rivista di Diritto Civile* (1921), a rebatê-lo. Reafirmou MICELI serem tais princípios os contidos no “ordenamento jurídico positivo, do qual podem ser extraídos, porquanto, em um sistema de direito positivo, nada há além ou diverso dêle. Para admitir a tese jusnaturalista seria necessário, diz MICELI, que tal sistema fôsse “em parte,

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

** Capítulo do livro *Elementos de Direito Civil*, a aparecer.

positivo e em parte não positivo; em parte, direito e em parte, não-direito, o que seria absurdo." Por isso, afirma MICELI concluindo, "princípios gerais do direito é uma feliz expressão, porque, no fundo, significa que o direito positivo só pode ser interpretado com o direito positivo mesmo." É verdade – nota MICELI, que o "legislador pode fazer tudo e pode ainda comandar que o direito venha interpretado com elementos extra-jurídicos, mas, se assim proceder destruirá a harmonia do sistema, possibilitando o aparecimento de critérios subjetivos e arbitrários, que impedem o direito realizar a sua principal função, que consiste em dar ordem fixa, certa, objetiva às relações humanas". Tal corrente foi seguida pela maioria dos juristas italianos, como por exemplo, por PACIFICI-MAZZONI, SCADUTO, ROTONDI e COVIELLO. Êste último chegou a dizer que os referidos princípios "não podem ser outros que os fundamentais da mesma legislação positiva, que não se encontram escritos em nenhuma lei, apesar de serem os pressupostos lógicos necessários das distintas normas legislativas, das quais, por força da abstração, devem exclusivamente deduzir-se". Repetia assim COVIELLO o que SCIALOJA já havia dito. Admitiu decorrer, entretanto, tais princípios de várias fontes, inclusive da razão ou da moral. Porém têm valor, escreve COVIELLO, não por tal origem, mas por informarem efetivamente o sistema positivo do direito, chegando a ser desse modo "princípios de direito positivo e vigente". GROPPALI (*Le disposizione del nuovo codice civile sulla interpretazione delle leggi*), em 1939, reafirmou não serem tais princípios os do direito natural, porque ou já fazem parte do direito positivo, e então não podem mais ser considerados como os do direito natural, ou, então, não foram acolhidos pelo legislador, permanecendo na ordem das verdades racionais e da justiça abstrata, não podendo ser tidos como sendo de direito positivo e, como tais, aplicáveis, no caso de lacuna.

Mas, tal posição, inspirada no positivismo jurídico, foi muito combatida. MAGGIORE, sem ser jusnaturalista, demonstrou não atender a interpretação positivista à finalidade para a qual tais princípios foram indicados pelo legislador para preencher as lacunas, pois, sendo de um direito histórico, seriam também incompletos, lacunosos, não podendo resolver casos criados pelos novos tempos. MAGGIORE, na Universidade de Pisa, em Congresso que foi realizado em 1943 sobre tais princípios, chegou a dizer, na comunicação que apresentou, que não seria possível encontrar em um ordenamento jurídico feudal um princípio capaz de solucionar um caso oriundo da sociedade industrial. No "conceito romano de propriedade, e na sua regulamentação jurídica, não podemos encontrar, afirma o penalista MAGGIORE (*Sui principî generali del diritto*), a solução dos problemas do trabalho". Daí dizer que, com os princípios do direito vigente, não se soluciona o caso não-previsto. Já com os do direito *in fiere*, de direito que de definitivo nada tem, maduros na consciência jurídica, seria possível resolvê-lo. Todavia, se MAGGIORE e outros têm razão ao repelirem a posição positivista, pecam, entretanto, ao interpretarem tais princípios com os estabelecidos pela livre criação científica do direito. O juiz está subordinado ao direito nacional, tanto às suas normas como a seus princípios gerais, só podendo ir além deles quando nêles não encontrar solução para o caso previsto pelo legislador.

Não faltaram os que identificaram os "princípios gerais do direito" com os do direito romano reduzidos por alguns aos princípios fundamentais *neminem laedere* e *sui cuique tribuere*, pressupostos de todo o direito em geral, enquanto outros iam mais além, admitindo afora êstes princípios, outros, como, por exemplo, "*nemo plus iuris in alium tranferre potest quam ipse habeat*", "*qui commodum sentit et incommodum, sentire debet*", "*nemo locupletari potest cum alterius iactura*", etc. Nesses e em outros princípios

dos juristas romanos e dos glosadores chegou-se a pensar estar a chave da solução do caso não-previsto. Não negamos a importância do direito romano, uma das fontes, juntamente com o direito consuetudinário medieval, e com o direito canônico, do direito privado ocidental. Porém, não vemos como no direito romano seja possível encontrar-se solução para problemas jurídicos oriundos, exclusivamente, da sociedade industrial. Não contém, escreve RIPERT (*La règle morale dans les obligations civiles*), o direito romano, mesma na parte das obrigações, em que a tradição romana é mais presente, norma que proíbe o abuso do direito, os contratos leoninos, a responsabilidade civil pelas riscos criados.

Igualmente não devemos, como nota ROTONDI (*Equità e principî generali del diritto*), identificá-los com equidade, porque a equidade, decorrendo de um juízo inspirado pela estado de fato, representa o que há de mais concreto, enquanto tais princípios são o que “de mais abstrato há no ordenamento jurídico positivo”.

Igualmente não é defensável a opinião de PACCHIONI (*I poteri creativi della giurisprudenza*), que os identifica com os estabelecidos pela ciência do direito, porque, se assim os considerarmos, estaremos destruindo a certeza e positividade do direito, uma das razões do primado do direito. Mas, ao repelirmos tal conceituação não afastamos a possibilidade de o juiz, quando esgotados todos os recursos, dela se servir.

Finalmente, não devem ser equiparados à analogia *iuris*, como fez FERRARA, em 1921 no *Trattato di Diritto Civile*, porque, como bem demonstrou DEL VECCHIO, os “princípios gerais do direito são invocados precisamente para os casos não resolvidos pelo recurso à analogia”. Aliás, o próprio FERRARA, em 1943, em comunicação ao Congresso realizado na Universidade de Pisa, sobre os “princípios gerais do direito”, modificou aquela opinião, admitindo haver duas ordens de princípios gerais: os contidos nos textos e os informadores do seu desenvolvimento. Os primeiros, podem ser desenvolvidos pelo processo lógico e analógico, enquanto as segundas, estando fora e acima do direito positivo, não poderiam ser encontrados por tal processo. Porém, não vemos como se possa admitir duas séries de princípios gerais: um deles, seria geral, enquanto o outro, particularização daquele.

2. A questão entre nós não é também pacífica. SPENCER VAMPRE (*Manual de direito civil brasileiro*, vol. I), JOÃO LUÍS ALVES (*Código Civil*, vol. I) e OSCAR TENÓRIO (*Lei de Introdução ao Código Civil*) os consideram como sendo do direito nacional, isto é, do direito vigente, enquanto CLÓVIS BEVILAQUA (*Código Civil Comentado*, vol. I) como os de um direito supralegal, formados pelos “elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias”, na forma enunciada pela ciência jurídica, cristalizada na concepção jurídica dominante. SERPA LOPES (*Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. I), CARVALHO SANTOS. (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. I), CARLOS MAXIMILIANO (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*) e EDUARDO ESPÍNOLA (*Anotações ao Código Civil Brasileiro*, vol. I, e, depois, no *Tratado*) rejeitam também a opinião dos que os identifica com os do direito nacional.

3. O legislador italiano, tendo em vista o fato de a fórmula “princípios gerais do direito” ter sido objeto de controvérsia doutrinária, pensou acabá-la substituindo no Livro I do *Codice Civile* a antiga fórmula “princípios gerais do direito” por “princípios gerais do direito vigente”. Na “relazione del Guardasigilli” lê-se: “Quanto all’espressione principî generali del diritto essa è stata completata, secondo i voti da varie parti manifestati, specificando che deve trattarsi dei principî generali del diritto

vigente" ... com "tale integrazione, mentre non si vieta all'interprete di ricondurre entro la sfera del sistema legislativo vigente quelle norme alle quali il sistema stesso si collega nelle sue origini e nei suoi sviluppi storici, si impedisce che si trascenda ad eccessive generalizzazioni ed astrazioni, ricorrendo a diritti stranieri e quindi alterando le linee peculiari della nostra legislazione nazionale". Tal opinião não era defendida pela Comissão que o elaborou, presidida por V. SCIALOJA, que, no projeto publicado em 1930, manteve a antiga fórmula, por ser mais "lata e comprensiva". Mas, no texto definitivo, que entrou em vigor em 1942, nem a antiga e nem do Livro I, predominou, preferindo o legislador italiano a fórmula "principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato". DEL VECCHIO (*Riforma del codice civile e principi generali del diritto*), referindo-se a tal modificação, disse não ter ela produzido o efeito esperado, por não ter alterado a natureza de tais princípios. MAGGIORE: (*Sui principi generali del diritto*) pensa que tal mudança aumentou as dificuldades: "Le difficoltà, già non poche, quando si tratti di determinare i principi generali del diritto, si complicano e si aggrovigliano" ... por ser "la nozione di ordinamento giuridico una delle più ardue; per la ragione semplicissima che non è una nozione giuridica. E non è tale, non solo perchè esso non è giuridicamente definito, ma perchè, in quanto abbraccia la totalità delle norme e degli istituti giuridici dello Stato, è al di sopra e al di fuori delle norme stesse". MAROI, participando dos debates, salientou a imprecisão da fórmula adotada pelo legislador italiano, porque os "principi generali dell'ordinamento giuridico" não são só os implícitos nos textos legislativos, mas também os que servem de base aos costumes, pois o "ordinamento giuridico non è costituito solo dalla legge dello stato, ma da tutti gli elementi che confluiscono a formare il diritto dello stato". Assim, o objetivo perseguido pelo legislador italiano não foi atingido.

4. A dificuldade em definir os "princípios gerais do direito" não foi, portanto, vencida. Este trabalho não pretende vencê-la. Repete opinião que manifestamos em comunicação apresentada ao Congresso de Direito Comparado, realizado em 1962, em Hamburgo, e em nossa *Filosofia do Direito* (1966).

Afirmamos nesses ensaios, que o juiz, no caso de lacuna, esgotada a analogia e os costumes, deve se servir, primeiro, dos *princípios gerais do direito nacional*, atingíveis, como bem salientou SCIALOJA (*Del diritto positivo e dell'equità*), por um procedimento de abstração crescente, partindo das normas singulares. Tais princípios são de direito positivo, isto é, do direito nacional. Mas, são princípios históricos, e por mais generalíssimos que sejam, podem não oferecer solução para o caso não previsto. É, pois, possível que sejam também lacunosos. Se não oferecerem solução, o juiz terá que agir como se legislador fôsse, criando a norma sob controle de critérios objetivos, tais como o direito romano, fonte do direito privado ocidental, o direito dos povos desenvolvidos, ou seja, o direito europeu, a doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira e a equidade, sem sair, como prescreve o art. 10, do novo Código Civil português, do "espírito do sistema". O princípio que estabelecerá então será do Direito. A jurisprudência francesa introduziu no *Code Civil*, ainda vigente na França apesar de ser de 1804, princípios que não estão contidos nesse Código, mas que eram positivos e vigentes na sociedade francesa, como o do abuso do direito, da responsabilidade civil pelos riscos criados e o da revisão judicial dos contratos leoninos. No Brasil, o Supremo Tribunal acabou admitindo a Teoria da Imprevisão, que, como sabemos, é incompatível com o princípio individualista da autonomia da vontade acolhido pelo nosso Código Civil de 1917, necessária em face das transformações sociais.

Concluindo, por “princípios gerais do direito” pode-se entender os do direito nacional, que o juiz deve se servir em primeiro lugar, e os do Direito. A generalidade dos “princípios gerais do direito” é maior do que a das normas jurídicas, por isso MAGGIORE (*Sui principî generali del diritto*) diz que são “più che generali sono generalissimi”. Mas, enquanto os do direito nacional têm possibilidades normativas limitadas, os do “direito” *in genere* são ilimitadas, capaz de servir de fonte para infinitas normas particulares. Os do direito nacional são os contidos na legislação, costumes, doutrina e jurisprudência nacional, enquanto os do “direito” *in genere* são os pressupostos do direito atual.

**Publicado originalmente na Revista nº 4 jan./abr. 1968, p. 87.*

LIMITES DA LEI NO TEMPO

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

1. A ação do tempo faz-se sentir sôbre as coisas humanas e sôbre a natureza. É implacável. O direito não foge à sua influência: os seus preceitos envelhecem e acabam por desaparecer. Muitas vêzes, entretanto, ainda vigem depois de revogados. Mesmo quando perdem sua eficiência (*Geltung*) continuam, enquanto não revogados, em vigência, podendo ser aplicados, embora esquecidos há muito tempo, pois a perda da eficácia não acarreta a da vigência. É por isso que se diz que a lei vigete até ser revogada ou substituída por outra. Sômente quando revogado por uma lei posterior, expressa ou tácitamente, total ou parcialmente, deixa um texto legal de existir juridicamente (*lex posterior derogat priori*). Como nota COVIELLO (*Manuale di diritto civile italiano*), no dia em que a “lei abolitiva entrar em vigor, a revogada deixará de produzir efeitos”. Mas, para que tal ocorra, é necessário que a lei abolitiva tenha, ao menos, o mesmo valor jurídico da lei revogada. Lei hierarquicamente inferior não pode revogar lei superior. Assim, nos regimes em que domina uma Constituição rígida, como o nosso, a lei ordinária não pode revogar normas constitucionais.

A revogação pode ser tácita ou expressa. É tácita quando, sem revogar expressamente a anterior, há incompatibilidade entre as duas leis; e expressa, quando o legislador fulmina expressamente a lei anterior. A revogação, além disso, também pode ser parcial ou total. É parcial quando sômente parte da lei anterior é incompatível com a nova lei ou quando sômente parte da lei anterior é revogada; e total, quando a incompatibilidade é integral ou quando fôr revogada *in totum*. Se fôr total, diz-se haver *ab-rogação*, se fôr parcial, *derrogação*.

Tais regras sofrem limitações em função da natureza da lei. São integralmente válidas quando as leis em conflito têm o mesmo valor jurídico; lei geral posterior revoga lei geral anterior. Entretanto, se a nova lei é que fôr geral e a anterior, especial, e, coexistirão por não haver incompatibilidade, sendo válida, nesse caso, a máxima: *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. No entanto, o legislador pode revogar expressamente uma lei especial anterior através de lei geral. Nesse caso, tal máxima é inaplicável. Também é inaplicável no caso em que, como diz COVIELLO, a nova lei geral fôr concebida “de modo a excluir qualquer exceção, ou enumerar, de forma taxativa, as únicas exceções que admite”. Do mesmo modo, uma lei especial nova não revoga lei geral anterior. Tratado internacional posterior, na medida e na data em que se tornar direito interno, revoga lei anterior incompatível com êle.

O legislador, a fim de evitar modificações bruscas nas relações jurídicas com a implantação de nova legislação, serve-se, muitas vêzes, de um *terceiro regime jurídico*, diverso não só do anterior, mas também do nôvo, com vigência a curto prazo, para facilitar a transição da ordem velha para a nova. Tal regime freqüentemente se apresenta com o título de “disposições transitórias” da lei.

2. A nova lei, modificando a ordem jurídica, pode afetar situações jurídicas e direitos constituídos sob o império da lei anterior. Tal possibilidade é incompatível com um dos objetivos do direito: a segurança das relações jurídicas. Para garanti-la,

ou seja, para evitar o efeito retroativo da lei, LASSALE (*System der erworbenen Rechte*) formulou a *teoria dos direitos adquiridos*, desenvolvida depois por GABBA (*Teoria della retroattività delle leggi*). Direito adquirido seria, para esses autores, o limite da aplicação retroativa da lei. Mas como entendê-lo? Segundo LASSALE, o direito adquirido é o que tem como causa de sua aquisição uma ação processada sob o império da lei revogada. DEMOLOMBE simplifica tal noção, sem, contudo, precisar seu conceito, considerando como tal todos os direitos por nós apropriados; e MERLIN dá um passo à frente ao restringir seu conceito aos direitos que passam a fazer parte de nosso patrimônio. GABBA desenvolve tais idéias, definindo o direito adquirido como todo aquele decorrente de fato (ou ato) idôneo, segundo a lei vigente ao tempo de sua consumação, que pode não mais existir por ocasião do seu exercício, que, nos termos da lei revogada, passou a fazer parte integrante do patrimônio do titular.

Dessas idéias pode-se concluir que, desde MERLIN, só se admite a intocabilidade dos direitos privados de *conteúdo patrimonial*, adquiridos por força de uma lei que os governa mesmo depois de revogada. Assim, estão fora da noção de direito adquirido os direitos subjetivos públicos e as expectativas de direito, por serem apenas direito em formação.

Tem-se dito, com certa razão, que, na prática, é, às vezes, difícil precisar o momento da aquisição de um direito, ficando, por isso, fora da noção de direito adquirido muitas situações jurídicas que merecem proteção da lei. Para que tal não se verificasse, VAREILLES-SOMMIÈRES (*Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, 1893), abandonando a noção de direito adquirido, propôs a *teoria do ato jurídico perfeito*, desenvolvida depois por COVIELLO (*Manuale*, cit.). Quais as conclusões dos defensores dessa posição? Ei-las: a lei nova deve respeitar o *factum praeteritum*, pois assim exigem a certeza e a segurança do comércio jurídico. Nem todos os atos são assim protegidos; só os acabados, inteiramente consumados sob o império da lei revogada, isto é, os que não necessitam de mais nenhum elemento a fim de produzir seus efeitos. A lei nova, sustenta VAREILLES-SOMMIÈRES deve respeitá-los em todos os seus efeitos, mesmo quando estes são produzidos depois da revogação da lei sob cujo império foram constituídos. COVIELLO concorda em que a lei nova deva respeitar o ato acabado, divergindo, entretanto, de VAREILLES-SOMMIÈRES por admitir que os efeitos dêse ato deverão ser regidos pela lei em vigor ao tempo de sua produção, salvo se a aplicação imediata da lei nova os afetar.

Entretanto, mesmo com as limitações estabelecidas por COVIELLO, a teoria do ato perfeito serve apenas para completar a teoria do direito adquirido, satisfazendo plenamente nos casos em que se trata de ato simples, que se consuma logo, apresentando, no entanto, falhas, no caso de ato complexo, que se constitui lentamente, através de várias fases, só se tornando perfeito segundo FERRARA, depois de realizado seu último elemento.

As teorias acima citadas não oferecem solução satisfatória para tais casos. Tentando completá-las, ROUBIER (*Les conflits de lois dans le temps*, 1929 - 33, refundido sob o título *Le droit transitoire*, 1960) arquitetou a *teoria da aplicação imediata da lei*¹.

1 Houve outras tentativas, dentre as quais pode ser lembrada a de BONNECASE, que dá como limite da eficácia da lei nova a *situação jurídica concreta*, assim definida por ele: situação em que se encontra uma pessoa" determinada, derivada de um ato ou de um fato jurídico, que faz atuar, em seu proveito ou contra ela, as regras de uma instituição jurídica, conferindo-lhe efetivamente as vantagens e as obrigações inerentes, ao funcionamento dessa instituição".

Mas, quando poderemos considerar *imediate*, e não *retroativa*, a aplicação da lei? Para responder a essa pergunta, ROUBIER faz distinções entre *facta praeterita*, *facta pendente* e *facta futura* quando, em relação ao fato, os efeitos já se produziram integralmente, parcialmente, ou ainda estão por se produzir. Portanto, os atos e fatos que constituem ou extinguem situações jurídicas que já produziram seus efeitos devem ser respeitados pela nova lei. Quanto aos atos e fatos em curso, a lei nova pode modificar as condições de sua constituição ou extinção. No mais, aplica-se a lei nova aos efeitos futuros e aos em realização desde que tal aplicação não afete os efeitos já produzidos. No campo dos direitos reais e no de família, predomina o princípio de unidade de regime jurídico, não devendo a lei nova ser aplicada a fatos e atos perfeitos, acabados, constitutivos de situações jurídicas, o que não impede sua aplicação a tôdas as conseqüências dessas situações que ainda não se haviam produzido por ocasião da implantação da lei nova. As situações jurídicas decorrentes de sucessão *mortis causa* devem ser regidas pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão; os contratos devem ser regidos pela lei vigente ao tempo de sua celebração, mesmo no que se refere aos efeitos que serão produzidos no império da lei nova, por ser o contrato, segundo ROUBIER, um ato de previsão. Seria antieconômico e injusto que um ato, em que as partes fizeram suas previsões em função de uma determinada lei, seja, em suas conseqüências, regido por outra, que as partes não previram.

Tais teorias, a nosso ver, não estão em choque; ao contrário, completam-se mutuamente.

3. Segundo nosso direito, lado a lado com o “direito adquirido” e com o “ato jurídico perfeito”, a “coisa julgada” é mais uma barreira à aplicação retroativa da lei.

Que se deve entender por coisa julgada? Pode-se dizer, de modo bastante amplo, que é a decisão definitiva da qual não caiba mais recurso, não podendo ser, assim, modificada ou renovada em juízo, ou, como escreve CASATI, o “ato jurisdicional que decida a controvérsia de modo definitivo”.

Ocorre coisa julgada, como assinala COVIELLO, quando a sentença não é mais atacável, ou porque os recursos concedidos pela lei não foram usados, ou, se o foram, não tiveram êxito, ou, ainda, por ter a parte vencida renunciado a tais recursos, concordando, assim, com a decisão. Ocorrendo uma dessas hipóteses, a sentença adquire força obrigatória entre as partes contendentes, não podendo ser mais renovada em Juízo. Por isso, como nota CHIOVENDA, ela não é mais sujeita a impugnações – é intocável, valendo não só no processo em que foi proferida, como também em qualquer outro.

Para que exista coisa julgada, é necessário que: 1.º) – haja identidade das partes (*eadem conditio personarum*), pois, como nota CHIOVENDA, “coisa julgada produz-se entre as partes”; 2.º) – identidade de objeto entre o caso já decidido definitivamente e o pendente de decisão; 3.º) – identidade de *causa petendi*. Assim, identidade de causa, identidade de coisa (*eadem res*) e identidade de pessoas (*eadem conditio personarum*) são os requisitos da coisa julgada: “para que se configure a coisa julgada, é necessário a coexistência da tríplice identidade: de causa, de coisa e de pessoas” (*Revista Forense*, vol. 182, página 255).

A coisa julgada é alegável em qualquer fase do processo, a título de exceção, dentro dos prazos das exceções, ou fora delas, por ser matéria de ordem pública que visa à estabilidade e segurança das relações jurídicas, o respeito ao já decidido. Assim é que a arguição de coisa julgada pode ser levantada por outra via que não a

exceção no tríduo legal” (*Revista Forense*, vol. 165, pág. 158), bem como “é pacífico que a coisa julgada pode ser levantada em qualquer fase da demanda e decretada de ofício” (*Revista Forense*, vol. 180, pág. 139). Além disso, reiterada jurisprudência proclama que a exceção de coisa julgada “pode ser utilmente oposta em qualquer fase do processo, independente de articulação naquele prazo, que se destina às demais exceções” (*Revista Forense*, vol. 160, pág. 238).

Eis aí, a largas pinceladas, as barreiras à ação do tempo no direito.

**Publicado originalmente na Revista nº 6 set./dez. 1968, p. 61.*

Autores que colaboraram com a Revista do Ministério Público* (1967-2015)

Adán Nieto Martín
A.B. Cotrim Neto
Abdul Sayol de Sá Peixoto
Adir Maria de Andrade Equi
Adolfo Borges Filho
Adolpho Lerner
Adriana Araujo Porto
Adriano Marcus Brito de Assis
Affonso Alípio Pernet de Aguiar
Afonso Henrique Reis Lemos Pereira
Afrânio Silva Jardim
Agnes Mussliner
Albert Krebs
Alcides de Mendonça Lima
Alcides Martins
Alcino Pinto Falcão
Alessandra Honorato Neves Batista
Alexander Araujo de Souza
Alexandre Araripe Marinho
Alexandre Couto Joppert
Alexandre Pires e Albuquerque Júnior
Alexandre Viana Schott
Aloysio Maria Teixeira
Aloysio Tavares Picanço
Altayr Venzon
Álvaro Mayrink da Costa
Alyrio Cavallieri
Amaro Cavalcanti Linhares
Américo Lúzio de Oliveira Filho
Amílcar de Araújo Falcão
Ana Acker Brito
Ana Lúcia da Silva Melo
Ana Paula Corrêa Esteves
Ana Paula Ribeiro Rocha de Oliveira
Anabelle Macedo Silva
Anália dos Santos Silva
Anco Marcio Valle
André Guilherme Tavares de Freitas
André Luis Cardoso
André Luis Farias
André Luiz de Souza Cruz
André Tunc
Andre Vasconcelos Roque
Angela Centurion Abranches
Antonio Augusto Dunshee de Abranches
Antônio Carlos Coelho dos Santos
Antonio Carlos da Graça de Mesquita
Antonio Carlos dos Santos Bittencourt
Antonio Carlos Martins
Antonio Carlos Silva Biscaia
Antonio Cláudio Bocayuva Cunha
Antonio Cláudio da Costa Machado
Antônio de Pádua Ramos Mello
Antônio de Pádua Ribeiro
Antonio do Passo Cabral
Antonio José Azevedo Pinto
Antonio José Campos Moreira
Antônio José dos Reis Júnior
Antônio José Martins Gabriel
Antonio Raphael Silva Salvador
Antônio Vicente da Costa Júnior
Arion Sayão Romita
Armando de Oliveira Marinho
Arnaldo Rodrigues Duarte
Arnóbio Tenório Wanderley
Arnoldo Wald
Arruda Alvim
Arthur de Castilho Neto
Arthur Faveret Cavalcanti
Arthur Leonardo de Sá Earp
Arthur Maciel Corrêa Meyer
Arthur Pereira de Castilho Neto
Astério Pereira dos Santos
Átila Pereira de Souza
Augusto Carlos de Souza
Augusto Dourado
Áurea Pimentel Pereira
Aurélio Virgílio Veiga Rios
Avelino Gomes Moreira Neto
Azevedo Franceschini
Bárbara Nascimento
Barna Horvath
Basileu Ribeiro Filho
Beatrice Marinho Paulo

* A relação engloba autores das seguintes seções: Doutrina, Pareceres, Pareceres e Razões, Peças Processuais, Biografias, Notas, Estudos, Atualidades, Revista em revista, Estudos e Atualidades, Perfil, Relíquias do Júri, Observatório Jurídico, Resenha e Jurisprudência Comentada.

Benedito Calheiros Bomfim
 Bernardo Buarque Schiller
 Bernardo Guimarães Loyola
 Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo
 Brazilmar Moraes Pinheiro
 Bruno Corrêa Gangoni
 Bruno de Sá Barcelos Cavaco
 Bruno dos Santos Guimarães
 Bruno Ferolla
 Bruno Gaspar de Oliveira Corrêa
 Caio Mario da Silva Pereira
 Caio Tácito
 Cândido de Oliveira Bisneto
 Carla Araújo de Carvalho Tilley
 Carla Carrubba
 Carla Carvalho Leite
 Carla Rodrigues Araújo de Castro
 Carlos Augusto Vianna de Albuquerque
 Carlos Alberto Dunshee de Abranches
 Carlos Alberto Pires de Carvalho e Albuquerque
 Carlos Alberto Provenciano Gallo
 Carlos Alberto Torres de Melo
 Carlos Andresano Moreira
 Carlos Antonio da Silva Navega
 Carlos Bernardo Alves Aarão Reis
 Carlos Cezar Alcântara da Amorim
 Carlos Cícero Duarte Júnior
 Carlos da Rocha Guimarães
 Carlos David Santos Aarão Reis
 Carlos de Mello Eboli
 Carlos de Mello Porto
 Carlos de Novaes Vianna
 Carlos Dodsworth Machado
 Carlos Domingues da Venda
 Carlos Machado Vianna
 Carlos Magna Maia Przewodowski
 Carlos Octávio da Veiga Lima
 Carlos Roberto Barbosa Moreira
 Carlos Roberto de Castro Jatahy
 Carlos Roberto de Siqueira Castro
 Carlos Roberto Lima Paganella
 Carlos Sussekind de Mendonça
 Carlos Urbano Freitas Villela
 Cássia Medeiros
 Celso Benjó
 Celso de Andrade Loureiro
 Celso Fernando de Barros
 Celso Quintella Aleixo
 Celso Soares Carneiro
 Cézar Augusto de Farias
 Christiane Monnerat Zéfiro
 Christiano Jorge Santos
 Chrysolito de Gusmão
 Cláudio Cardoso da Conceição
 Cláudia das Graças Mattos de
 Oliveira Portocarrero
 Cláudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos
 Cláudia Turner Pereira Duarte
 Cláudio Calo Sousa
 Cláudio da Silva Leiria
 Cláudio Henrique da Cruz Viana
 Cláudio Serra Feijó
 Cláudio Soares Lopes
 Cláudio Tenório F. Aguiar
 Cláudio Vianna de Lima
 Clóvis Paulo da Rocha
 Cristhiane Barradas Zeitone
 Cristiane Branquinho Lucas
 Cristiane de Carvalho Vasconcelos
 Cristiano Chaves de Farias
 Cristiano da Costa Pereira Villela Pedras
 Cristiano dos Santos Lajoia Garcia
 Cristina Maria dos Santos Caetano da Silva
 Custódio Toscano
 Cypriano Lopes Feijó
 Daisy Palmieri da Costa
 Dalmo Silva
 Dalva Pieri Nunes
 Damásio Evangelista de Jesus
 Daniel Aarão Reis
 Daniel Lima Ribeiro
 Daniela Bomfim
 Darcilo Melo Costa
 Dário Michéli Gadêlha
 David Francisco de Faria
 David Milech
 Décio Alonso Gomes
 Décio Meirelles Góes
 Delma Eyer Harris
 Delphim Salum de Oliveira
 Denise da Silva Vidal
 Denise de Matos Martinez Geraci
 Denise Freitas Fabião Guasque
 Denise Frossard
 Denise Soares Lopes
 Dennis Aceti Brasil Ferreira
 Derly Barreto e Silva Filho
 Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Diogo Mentor de Mattos Rocha
Dolores Maria Ferreira
Domingos Henrique Leal Braune
Duval Vianna
Ebert Chamoun
Ederson de Mello Serra
Édila Davies de Moura
Edmundo José Anjo Coutinho
Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto
Eduardo Luiz Peixoto Martins Silveira
Eduardo Morais Martins
Eduardo Oliveira
Eduardo Roberto Alcântara del Campo
Eduardo Santos de Carvalho
Eduardo Sens dos Santos
Eduardo Slerca
Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento
Eduardo Valle de Menezes Côrtes
Eliézer Rosa
Elio Gitelman Fischberg
Elisa Fraga do Rego Monteiro
Elisabeth de Moraes Cassar Ferraz Alves
Elizabeth Machado Carneiro
Elizabeth Regina Gomes de Oliveira Melo
Elizabeth Sussekind
Ellen Gracie Northfleet
Ellis Hermydio Figueira
Emerson Garcia
Emerson Luiz de Lima
Emiliano R. Brunet Paes
Ertulei Laureano Matos
Eugenio de Vasconcelos Sigaud
Evandro Barbosa Steele
Évanes Amaro Soares Junior
Everardo Moreira Lima
Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira
Fábio Carvalho Leite
Fábio de Sousa Coutinho
Fábio Konder Comparato
Fábio Ulhôa Coelho
Felipe Barbosa de Freitas Ribeiro
Felipe Rafael Ibeas
Fernando Capez
Fernando Chaves da Costa
Fernando Cury Goyano Bastos
Fernando da Costa Tourinho Filho
Fernando da Costa Tourinho Neto
Fernando de Almeida Pedroso
Fernando Galvão de Andréa Ferreira

Fernando Lúcio Lagoeiro de Magalhães
Fernando Portela Câmara
Luiz Fernando Whitaker Tavares da Cunha
Flávia Ábido Alves
Flávia Araujo Ferrer de Andrade
Flavia Fernandes da Rocha
Flávio de Araújo Willeman
Flavio Monteiro de Carvalho
Francisco Antonio Souto e Faria
Francisco das Neves Baptista
Francisco de Assis Machado Cardoso
Francisco de Oliveira e Silva
Francisco Habib Otoch
Francisco José Vaz
Francisco Mauro Dias
Francisco Pereira de Bulhões Carvalho
Frederico Bittencourt
Frederico Rangel de Albernaz
Fredie Didier Jr.
Gabriela Barros Cecchi de Azevedo Pegado
Gabriela Nery Barros
Galdino Augusto Coelho Bordallo
Gastão Lobão da Costa Araújo
Geraldo Batista de Siqueira
Gerson Silveira Arraes
Gevan de Carvalho Almeida
Gianpaolo Poggio Smanio
Gilberto Povina Cavalcanti
Giorgio Del Vecchio
Gisele Cantuária Seixas
Giuseppe Cassará
Glauber S. Tatagiba do Carmo
Gláucia Maria da Costa Santana
Glícia Pessanha Viana Crispim
Graccho Aurélio
Gregório Assagra de Almeida
Grupo de Estudos Avançados (GEA) -
Faculdade de Direito Damásio de Jesus:
 Olney Queiroz Assis
 Daniel Ricardo Lizi Castro
 Dioni Patrícia Alves dos Santos
 Lucas Lima Ferreira
 Nathalia de Jesus Reis de Souza e Silva
 Renata Lúcia Baptista
Guilherme Macabu Semeghini
Guilherme Magalhães Martins
Guilherme Mattos de Schüeler
Guilherme Peña de Moraes
Guilherme Soares Barbosa

Günter Suttinger
 Gustavo Adolfo Machado Cunha Lunz
 Gustavo Livio Dinigre
 Gustavo Tepedino
 Hamilton Carvalhido
 Hamilton de Moraes e Barros
 Haroldo Teixeira Valadão
 Hédel Luís Nara Ramos
 Heitor Costa Junior
 Heitor Gomes de Paiva
 Helane Vieira Ramos
 Hécio Alves de Assumpção
 Heleno Claudio Fragoso
 Hélio José Ferreira Rocha
 Helio Penna e Costa
 Hélio Tornaghi
 Heloisa Carpena Vieira de Mello
 Heloísa Helena Barboza
 Heloísa Helena Pires dos Santos Ferreira
 Heloisa Maria Daltro Leite
 Hely Lopes Meirelles
 Heriberto Ross Maciel
 Hermano Odilon dos Anjos
 Hermes Zaneti Jr.
 Herval Bazilio
 Hilton Massa
 Homero das Neves Freitas
 Homero Junger Mafra
 Horácio Afonso de Figueiredo da Fonseca
 Hortêncio Catunda de Medeiros
 Hugo de Brito Machado
 Hugo Nigro Mazzilli
 Humberto Dalla Bernardina de Pinho
 Humberto Piragibe Magalhães
 Ideel Coelho Silva
 Ivan Anátocles da Silva Ferreira
 Ives Gandra da Silva Martins
 J. C. César Salgado
 J. C. Sampaio de Lacerda
 José da Silveira Lobo
 Jacyr Villar de Oliveira
 James Tubenchiack
 Janaína Marques Corrêa
 Jarcléa Pereira Gomes
 Jayme Walmer de Freitas
 Jefferson Machado de Goes Soares
 João Baptista Cordeiro Guerra
 João Baptista Lopes de Assis Filho
 João Batista Berthier
 João Batista Petersen Mendes
 João Bernardo de Oliveira Rodrigues
 João Coelho Branco
 João Francisco Moreira Viegas
 João José de Queiroz
 João Marcello de Araújo Junior
 Jocymar Dias de Azevedo
 Joel Tovil
 Jorge Alberto Romeiro
 Jorge de Miranda Magalhães
 Jorge Guedes
 Jorge Joaquim Lobo
 Jorge Miranda
 Jorge S. Antoni
 Jorge Vázquez Rossi
 José Afonso da Silva
 José Antonio Leal Pereira
 José Augusto de Araújo Neto
 José Augusto Garcia de Sousa
 José Barcelos de Souza
 José Carlos Alves da Silva
 José Carlos Barbosa Moreira
 José Carlos de Matos Peixoto
 José Carlos Moreira Alves
 José Carlos Schmidt Murta Ribeiro
 José Cretella Júnior
 José dos Santos Carvalho Filho
 José Fontenelle Teixeira da Silva
 José Francisco Basílio de Oliveira
 José Geraldo Antônio
 José Gomes Bezerra Câmara
 José Guilherme Giacomuzzi
 José Hermano Saraiva
 José Ivanir Gussem
 José Marcelo Martins Proença
 José Marinho Paulo Junior
 José Medeiros
 José Muiños Piñeiro Filho
 José Roberto Antonini
 José Roberto Paredes
 José Rodrigues Pinheiro
 Juarez Tavares
 Juary C. Silva
 Julio Fabbrini Mirabete
 Júlio Machado Teixeira Costa
 Kai Ambos
 Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel
 Kleber Couto Pinto
 Laércio Pellegrino

Lair Amaro dos Santos Faria
Laiza de Paula Rossi
Laudelino Freire Junior
Laura Cristina Maia Costa Ferreira
Lauro Limborço
Leandro Silva Navega
Lenio Luiz Streck
Leny Costa de Assis
Leonardo Araújo Marques
Leonardo Cavalcanti Cerqueira
Leonardo de Souza Chaves
Leonardo Greco
Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira
Leopoldo Braga
Letícia de Campos Velho Martel
Lia Pantoja Milhomens
Lilian Moreira Pinho
Lincoln Antônio de Castro
Lucia Maria Teixeira Ferreira
Lucia Neves de Oliveira
Lúcia Valle Figueiredo
Luciana Caiado Ferreira
Luciano Oliveira Mattos de Souza
Luciano Moreira de Oliveira
Lucio Mendieta Y Núñez
Luís Alberto Thompson Flores Lenz
Luís Augusto Soares de Andrade
Luís Ivani de Amorim Araújo
Luis Roberto Barroso
Luiz Angelo Dourado
Luiz Antônio de Andrade
Luiz Antonio Miguel Ferreira
Luiz Antônio Severo da Costa
Luiz Brandão Gatti
Luiz Carlos Cáffaro
Luiz Carlos de Araújo
Luiz Carlos Humbert de Albuquerque Maranhão
Luiz Carlos Rodrigues da Costa
Luiz Carlos Silva
Luiz Cláudio Carvalho de Almeida
Luiz Eduardo Guimarães Rabello
Luiz Fabião Guasque
Luiz Felipe da Silva Haddad
Luiz Fernando Cardoso de Gusmão
Luiz Fernando de Freitas Santos
Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho
Luiz Flávio Gomes
Luiz Fux
Luiz Guilherme Marinoni
Luiz Gustavo Grandinetti
Castanho de Carvalho
Luiz Machado Guimarães
Luiz Murillo Fábregas
Luiz Noronha Neto
Luiz Otávio de Freitas
Luiz Paulo da Silva Araújo Filho
Luiz Polli
Luiz Renato Topan
Luiz Roldão de Freitas Gomes
Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho
Luiz Sergio Wigderowitz
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Marcella Cordeiro Orçai
Marcello Maria Domingues de Oliveira
Marcellus Polastri Lima
Marcelo Batlouni Mendroni
Marcelo Daltro Leite
Marcelo Lessa Bastos
Marcelo Moutinho Ramalho Bittencourt
Marcelo Novelino
Marcelo Pereira Marques
Marcelo Rocha Monteiro
Marcelo Zenkner
Márcia Colonese Lopes Guimarães
Márcia Maria Tamburini Porto
Márcia Nogueira da Silva
Márcio Antonio Inacarato
Márcio Klang
Márcio Mothé Fernandes
Márcio Souza Guimarães
Marcos A. Herrera
Marcos André Chut
Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa
Marcos da Motta
Marcos Kac
Marcos Lima Alves
Marcos Ramayana Blum de Moraes
Marcus Vinícius Amorim de Oliveira
Marcus Vinícius da Costa Moraes Leite
Marcus Vinícius Viveiros Dias
Maria Amélia Couto Carvalho
Maria Auxiliadora Minahim
Maria Celeste Pinto de Castro Jatahy
Maria Celina Bodin de Moraes
Maria Cristina Faria Magalhães
Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Maria Eugênia Monteiro Cavalcanti
Maria Fernanda Dias Mergulhão

Maria Helena Côrtes Pinheiro
 Maria Helena Ramos de Freitas
 Maria Henriqueta Lobo
 Maria Izaneide Silva
 Maria Luiza Ribeiro Cabral
 Maria Teresa Garrido da Costa
 Maria Teresa Moreira Lima
 Maria Zélia de Alvarenga
 Mariana de Oliveira
 Mariana Herescu
 Marija Yrneh Rodrigues de Moura
 Mario Henrique Mazza
 Mario Moraes Marques Junior
 Mário Portugal Fernandes Pinheiro
 Mario Robert Mannheimer
 Mário Slerca Júnior
 Maristela Santana
 Mariza Clotilde Villela Perigault
 Martinho da Rocha Doyle
 Martinho Garcez Neto
 Mary Virigina Northrup
 Mateus Picanço de Lemos Pinaud
 Maurício Assayag
 Maurício Caldas Lopes
 Maurício Eduardo Accioli Rabello
 Maurício Parreiras Horta
 Mauro Grinberg
 Mauro José Ferraz Lopes
 Mendelsohn Erwin Kieling Cardona Pereira
 Michel Christóvão Cheadi
 Miguel Alvares Armando
 Miguel Herrera Figueroa
 Miguel Seabra Fagundes
 Mildred Hettenhausen Lydia
 Mônica Cristina Moreira Pinto
 Mônica Maria Costa di Piero
 Monica Martino Pinheiro Marques
 Mônica Rodrigues Cuneo
 Mozart Mattos
 Murillo Bernardes Miguel
 Murillo Renault Leite
 Murilo Nunes de Bustamante
 Nader Couri Raad
 Nadia de Araujo
 Nanci da Costa Batista
 Nanci Mahfuz
 Neida Mirna Dalcomo
 Neje Hamaty
 Nelma Gloria Trindade de Lima
 Nelson Eizirik
 Nelson Hungria
 Nelson N. Saldanha
 Nelson Nery Junior
 Nelson Pecegueiro do Amaral
 Nerval Cardoso
 Newton de Barros e Vasconcellos
 Nicanor Médici Fischer
 Nilda Maria Benevides Baptista
 Nildson Araujo da Cruz
 Nilo Augusto Francisco Suassuna
 Nilo Batista
 Nilson Sant'Anna
 Nilton Salles
 Octávio de Aragão Bulcão
 Olavo Tostes
 Olavo Tostes Filho
 Orlando Carlos Neves Belém
 Oscar Tenório
 Osvaldo Hamilton Tavares
 Oswaldo Henrique Duek Marques
 Paolina Leone Candia Hryniewicz
 Patrícia Mothé Glioche Béze
 Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos
 Patrícia Silveira da Rosa
 Paula Andrade Mello
 Paula Sarno Braga
 Paulino Jacques
 Paulo Braga Galvão
 Paulo Cezar Aragão
 Paulo César Pinheiro Carneiro
 Paulo Chermont de Araújo
 Paulo Dourado de Gusmão
 Paulo Ferreira Rodrigues
 Paulo Henrique Pereira da Silva
 Paulo José Leite Farias
 Paulo Ladeira de Carvalho
 Paulo Roberto de Azevedo Freitas
 Paulo Sérgio Rangel do Nascimento
 Paulo Yutaka Matsutani
 Pedro Borges Mourão Sá Tavares de Oliveira
 Pedro de Oliveira Coutinho
 Pedro Elias Erthal Sanglard
 Pedro Henrique de Miranda Rosa
 Pedro Moreira Alves de Brito
 Pedro Paulo Marinho de Barros
 Pedro R. David
 Pedro Roberto Decomain
 Pedro Rubim Borges Fortes
 Petrus C. Van Duyne
 Rafael Estrela Nóbrega

Rafael Luiz Lemos de Sousa
Rafaella Carnevalli Villas-Bôas de Andrade
Raphael Cirigliano Filho
Raul Caneco de Araújo Jorge
Raúl Cervini
Regina Celi Silva Machado
Regina Maria Corrêa Parisot
Regis Fichtner Pereira
Reis Friede
Renata Neme Cavalcanti
Renato Lisboa Teixeira Pinto
Ricardo Canellas Rinaldi
Ricardo Diego Nunes Pereira
Ricardo R. Almeida
Ricardo Ribeiro Martins
Rita Tourinho
Roberto Bernardes Barroso
Roberto Campos
Roberto Lyra
Roberval Clementino Costa do Monte
Robson Renault Godinho
Rodolfo Araújo
Rodrigo da Silva Brandalise
Rodrigo de Abreu Fudoli
Rodrigo de Almeida Maia
Rodrigo Garcia da Fonseca
Rodrigo Molinaro Zacharias
Rodrigo Reis Mazzei
Rodrigo Terra
Rogério Pacheco Alves
Romão Côrtes de Lacerda
Romero Lallemand Lyra
Rommel Cruz Viégas
Ronaldo de Medeiros e Albuquerque
Ronaldo Leite Pedrosa
Ronaldo Rebello de Britto Poletti
Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro
Rosana Barbosa Cipriano Simão
Rosana Gomes Esperança
Rosângela Caterina Cassano
Rovane Tavares Guimarães
Rubem Maximiano Figueiredo
Rubens Requião
Ruy Barbosa Corrêa Filho
Sálua Bunahum
Samir José Caetano Martins
Samuel Auday Buzaglo
Sauvei Lai
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Sergio Antonio de Carvalho
Sergio Bastos Viana de Souza
Sérgio Bumashny
Sergio de Andréa Ferreira
Sérgio de Sá Mendes
Sergio Demoro Hamilton
Sérgio Ferraz
Sérgio Nogueira de Azeredo
Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Sérgio Verani
Silvia Cives Seabra
Silvio Ambrosi de Miranda Valverde
Silvio José Castellões Maisonnette
Simão Isaac Benjó
Simone Benício Ferolla
Simone de Lima e Silva Rossi
Simone Domingues Coachman
Sônia Simões Corrêa Fortes
Soraya Taveira Gaya
Sydney Sanches
Sylvio Capanema
Sylvio Tito Carvalho Coelho
Tânia da Silva Pereira
Tellius Alonso Avelino Memória
Telma Musse Diuana
Têmis Limberger
Teori Albino Zavascki
Themístocles Brandão Cavalcanti
Tiago Joffily
Túlio Caiban Bruno
Valéria Garcia da Silva Maron
Valneide Serrão Vieira
Vanda Menezes Rocha
Vanessa Quadros Soares Katz
Verônica Crespo Ribeiro Antunes Zylberman
Victor Santos Queiroz
Victor Sonegheti
Vinicius Lameira Bernardo
Vinicius Leal Cavalleiro
Vitor André de Soveral Junqueira Ayres
Vitor Frederico Kämpel
Viviane Alves Santos Silva
Walberto Fernandes de Lima
Waldemiro José Tróculo Junior
Waldírio Bulgarelli
Waldyr de Abreu
Wanderley de Andrade Monteiro
Weber Martins Batista
Wilney Magno de Azevedo Silva
Wilson Cavalcanti de Farias
Wilson Gomes de Menezes

